

FRITZ KERN

RECHT UND VERFASSUNG IM MITTELALTER

FRITZ KERN

Recht und Verfassung
im Mittelalter

SONDERAUSGABE
MCMLXV

WISSENSCHAFTLICHE BUCHGESELLSCHAFT
DARMSTADT

Herausgegeben von der
Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, Darmstadt,
in der Reihe »Libelli«

BAND III

Unveränderter reprografischer Nachdruck der Ausgabe Tübingen 1952
Druck und Einband: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt
Printed in Germany

VORWORT

Selten ist in solcher Kürze das innere tragende Wesen des mittelalterlichen Rechts- und Verfassungslebens geschildert worden, wie in dem vorliegenden Aufsatz, der 1919 in der Historischen Zeitschrift 120, Seite 1—79, erschienen ist. In den zwanziger Jahren hat er uns als Studenten in seinen Bann geschlagen und den inneren Blick eröffnet, so daß die Erarbeitung der Einzelheiten und ihre Einordnung in das große Gefüge leicht wurden.

Heute ist der Einblick in das Wesen des deutschen mittelalterlichen Staatsgefüges, in die Auffassung von Recht und Staat, in das innere Leben der deutschen Verfassung nicht minder von Wichtigkeit, und noch immer hat der Aufsatz von Fritz Kern dieselbe Kraft.

Aus diesem Grunde wird er hier in der von der Wissenschaftlichen Buchgemeinschaft herausgegebenen Reihe „Libelli“ wieder zugänglich gemacht, denn die Historische Zeitschrift von 1919 ist naturgemäß für sehr viele unzugänglich geworden.

Der Verfasser ist am 21. Mai 1950 verstorben. Notizen, die sich – soweit der Bombenkrieg sie nicht vernichtet hat – im Nachlaß des Verfassers noch befanden, hat Frau Dr. Liselotte Kern in dankenswerter Weise zur Verfügung gestellt. Es sind nur zwei Änderungen, die auf Seite 51 und 58 eingebaut und kenntlich gemacht sind.

Auch die auf die Anmerkungen verzichtende englische Ausgabe, die noch zu Lebzeiten des Verfassers als Anhang der englischen Ausgabe des „Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im Mittelalter“ (Kingship and Law in the Middle Ages II Law and Constitution in the Middle Ages, 1. Auflage Oxford 1939, 2. Auflage 1948) erschien, weist keine Umgestaltungen auf.

Das Handexemplar enthielt eine Änderung des Titels. Nach einigem Überlegen wurde davon abgesehen, den bekannten Titel aufzugeben. Den Hinweis, welche diese Änderung geben wollte, erfüllt seine Absicht, wenn er hier im Vorwort mitgeteilt wird. Der handschriftliche Titel lautete: „Recht und Verfassung in der Anschauung des Mittelalters“.

Tübingen, im April 1952

E. Anrich

INHALT

Vorbemerkung	7
I. Recht	
1. Das Recht ist alt. – 2. Das Recht ist gut. – 3. Das gute alte Recht ist ungesetzt und ungeschrieben. – 4. Altes Recht bricht jüngeres Recht. – 5. Rechtserneuerung ist Wiederherstellung guten alten Rechts. – 6. Rechtsanschauung und Rechtsleben	11
II. Verfassung	
1. Grundsatz der Rechtsschranken (der Herrscher ist an das Recht gebunden). – 2. Grundsatz der Volksvertretung (Konsenspflicht des Herrschers). – Grundsatz der Verantwortlichkeit (das Widerstandsrecht). – 4. Übergänge. .	66
III. Zeitliches und begriffliches	
Mittelalter	108

EINLEITUNG

Es sind nicht die „Realien“ sondern die „Ideen“ des mittelalterlichen Rechts- und Verfassungslebens, die auf den folgenden Seiten zur Darstellung gelangen: allerdings auch nicht die abstrakten Theorien mittelalterlicher Gelehrter, sondern die Anschauungen, wie sie bewußt und unbewußt, ausgesprochen und unausgesprochen dem breiten Rechts- und Verfassungsleben jenes großen vergangenen Zeitalters zugrunde lagen. Die Wechselwirkung von Rechtsanschauung und Rechtsleben wird uns stets vor Augen bleiben; aber zunächst soll doch die Anschauung als solche verständlich werden. Die Darstellung geht nach geistesgeschichtlicher oder weltanschauungsgeschichtlicher Methode vor. Sie sucht demgemäß die Geschichtsquellen nicht wie einen Steinbruch zu benutzen, sondern wie eine geologische Formation zu studieren. Während der Rechtshistoriker z. B. unbefangen von einem fränkischen „Privatrecht“ oder „staatsrechtlichen Normen“ der anglonormannischen Zeit sprechen und die „Realien“ unter diesen Stichworten ordnen darf, müssen wir feststellen, daß das Mittelalter gar kein „Privatrecht“ als solches und auch nicht unsern Begriff des „Staates“ kennt. Wer aus klassischen Werken wie Brunners Rechtsgeschichte die Rechtsanschauungen der betreffenden Zeit kennen lernen oder rekonstruieren wollte (wofür selbstverständlich eine solche Realiengeschichte gar nicht geschrieben ist): der würde zu einer wunderlich unzeitgemäßen Vorstellung gelangen. Theoretisch wird das jedermann ablehnen; praktisch aber wird in großen und kleinen Dingen sehr oft so verfahren, weil eben die Realien gut und leicht erreichbar dargestellt sind, die Ideen mit vereinzelten Ausnahmen bislang nicht.

Die geistesgeschichtliche Methode erschöpft sich aber selbstverständlich auch nicht in der Aufzählung der Wörter oder Begriffe, welche das betreffende Zeitalter im Munde geführt hat. Damit würde einmal die bewertende Anknüpfung und Einreihung in unsere eigene Begriffswelt versäumt, die mittelalterliche Anschauung bliebe unverständlich. Zweitens aber würde dieselbe durch solche Wort- und Begriffsphilologie auch in sich selbst nicht zutreffend erfaßt: denn das Beste und Tiefste, worauf ein Zeitalter fußt, kann es selber meist nur ungeschickt oder gar nicht aussprechen¹. Erst in der Abenddämmerung beginnt die Eule der Minerva ihren Flug. So müssen wir denn, indem wir es vermeiden, die Begriffe unserer Zeit kritiklos und anachronistisch ins Mittelalter zurückzutragen, anderseits doch mit den Worten unserer Zeit die mittelalterlichen Anschauungen zu umschreiben suchen. Wir vergegenwärtigen uns aus Reden und Taten des Mittelalters dessen von dem unserigen gänzlich verschiedenen Rechtsbegriff: dann aber fassen wir ihn in eine Sprache, die den Heutigen vertraut ist. Die Geistesgeschichte

¹ Hierfür vgl. F. Fleiner, Politik als Wissenschaft, Zürich 1917, S. 8: „Die leitenden Ideen einer Zeitepoche bleiben häufig den Zeitgenossen verborgen... Das 15. Jahrhundert ist erfüllt von den Eingriffen der staatlichen Obrigkeiten in die Angelegenheiten der Kirche. Ich brauche nur an die Kirchenpolitik Waldmanns oder an das Rechtssprichwort zu erinnern von dem Herzog von Cleve *qui papa est in suis terris*. Die Kompetenz zu solchen Eingriffen hat im 16. Jahrhundert den weltlichen Obrigkeiten die juristische Rechtfertigung zur Kirchenreform... geliefert. Worin liegt ihre Begründung? In einem von den Quellen des 15. Jahrhunderts stillschweigend vorausgesetzten Rechtsgrundsatz, demzufolge der Staat als *vicarius ecclesiae* vor Gott verpflichtet ist, den Glauben zu schirmen, wenn das geistliche Schwert lässig bleibt. Ein Rechtsgrundsatz ersten Ranges, den keine Urkunde ausspricht, sondern den wir allein aus seiner Anwendung in einer großen Zahl von Einzelfällen erkennen.“ – Vgl. auch MSt. 1, 482, 1.

macht den Dolmetscher zwischen einst und jetzt, und diese hermeneutische Aufgabe bedingt eine Methode, die, nachdem sie bei der Philologie wie bei der Rechtsgeschichte in die Schule ging, doch keines von beiden, sondern ein eigenes zwischen beiden ist.

Diese Vorbemerkungen würden für die folgenden anspruchlosen Beobachtungen fast zu schwer auftreten, wenn es nicht nötig wäre, Realienforschern gegenüber auf die Wahl des Standpunktes aufmerksam zu machen, um Erwartungen zu vermeiden, die hier nicht befriedigt werden könnten, und um eine Art der Auseinandersetzung zu erbitten, welche den beiderseitigen Standpunkt zu klären vermöchte, statt ihn zu vermengen.

I. RECHT¹

Für uns hat das Recht, damit es gelte, nur eine einzige Eigenschaft nötig: die unmittelbare oder mittelbare Einsetzung durch den Staat. Dem mittelalterlichen Recht dagegen sind zwei andere Eigenschaften anstatt dieser einen wesentlich: es ist „altes“ Recht und es ist „gutes“ Recht. Dagegen kann es das Merkmal der Einsetzung durch den Staat entbehren. Ohne jene zwei Eigenschaften des Alters und des Gutseins, die, wie wir sehen werden, merkwürdigerweise eigentlich nur für eine einzige und einheitliche Eigenschaft gehalten wurden, ist Recht kein Recht, selbst wenn es vom Machthaber in aller Form eingesetzt sein sollte.

1. Das Recht ist alt

Für subjektive Rechte, insbesondere für Besitzrechte, ist das Alter zu allen Zeiten von Bedeutung und kann unter Umständen rechtsbegründende Kraft haben (Ersitzung). Für die Gültigkeit des objektiven Rechtes dagegen bedeutet unter der Herrschaft des heutigen Gesetzrechtes Alter schlechterdings nichts. Für uns ist das Recht vom Tage

¹ Belege und nähere Ausführungen für alles Folgende siehe in meinen „Mittelalterlichen Studien“ Bd. 1 (Leipzig 1914), 286 ff., 456 ff. (abgekürzt angeführt MSt.). Mein Aufsatz „Über die mittelalterliche Anschauung vom Recht“ in der H. Z. Bd. 115 ist in die folgenden Ausführungen hineingearbeitet und damit überholt.

seiner Einführung bis zu dem seiner Abschaffung weder alt noch jung, sondern schlechthin gegenwärtig. Im Mittelalter war das anders: gerade für das objektive Recht galt das Alter als wichtigste Grundeigenschaft. Das Recht war ja Gewohnheit. Das unvordenkliche Herkommen, erwiesen durch die Erinnerung der ältesten und glaubwürdigsten Leute; die *leges patrum*, unter Umständen, aber nicht notwendig, bezeugt auch durch äußere Gedächtnishilfen, wie Urkunden, Landmarken, Rechtsbücher oder sonst eine die Lebenszeit der Menschengeschlechter überdauernde Sache: das ist das objektive Recht. Und für ein in Frage stehendes subjektives Recht war seine Zugehörigkeit zum Väterbrauch ungefähr dasselbe, was heute der Nachweis sein würde, daß dasselbe aus einem gültigen Staatsgesetz erfließe.

Freilich, damit Recht Recht sei, muß es nicht nur alt, sondern auch „gut“ sein. Die Streitfrage moderner Juristen, ob das hohe Alter die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrechtes erzeuge oder nur erkennen lasse, ist für das mittelalterliche Vorstellungsvermögen gegenstandslos. Denn das Alter an sich erzeugt noch kein Recht, und am Alter allein kann man es auch nicht erkennen. Vielmehr sind „hundert Jahre Unrecht noch keine Stunde Recht“, und Eike von Repgow betont z. B., daß die Unfreiheit nur von Zwang und unrechter Gewalt herstamme, freilich von alters her Gewohnheit sei, weshalb man sie nun „für Recht haben will“¹. Aber sie ist nur eine „unrechte Gewohnheit“. Das Vorhandensein unrechter oder „böser“ Gewohnheit von so langer Zeit her zeigt, daß Gewohnheit oder Alter allein

¹ Ssp. Ldr. 3, 42, 6. Der Paragraph fehlt in der Queblinb. Handschrift.

das Recht nicht macht oder erkennen läßt¹. Bei Eike ist die Unfreiheit ein später, wenn auch schon lange eingeführter Mißbrauch gegenüber der allgemeinen Freiheit, die herrschte, „als man das Recht zu allererst setzte“². Vor dem hundertjährigen Mißbrauch war eben ein tausendjähriges Recht oder vielleicht sogar ein ewiges, unverjährbares. Mit dem Unverjährbarkeitsgedanken bricht kirchlicher Ideenschwung in die germanische Anschauung vom Recht: das paradiesische Naturrecht des goldenen Zeitalters stempelt letzten Endes alle auf Ungleichheit der Menschen beruhende Rechtsordnung als Unrecht ab. Wird in diesem Beispiel die volkstümliche mittelalterliche Rechtsweltanschauung (mit der wir uns in dieser Studie allein befassen) auch durch die gelehrte Rechtsphilosophie gestreift, so ist doch dieser unbeugsame Trotz des Rechts gegen die Zeit und was sie bringt, ein Eckstein des mittelalterlichen Rechtsdenkens überhaupt.

Nicht der Staat, sondern „Gott ist der Anfang alles Rechts“. Das Recht ist ein Stück der Weltordnung; es ist unerschütterlich. Es kann gebeugt, gefälscht werden, aber dann stellt es sich selbst wieder her und zerschmettert zu-

¹ Schon hier erhellt, wie wenig der moderne Begriff des Gewohnheitsrechts den mittelalterlichen Begriff vom Recht erschöpft oder auch nur deckt. Im folgenden wird das noch mehr hervortreten. Trotzdem werden wir der Kürze halber das Wort Gewohnheitsrecht als Gegensatz zum gesetzten Recht beibehalten, wenn wir uns nur bewußt bleiben, daß es nur ein Stichwort, keine Wiedergabe der wesentlichen Begriffsmerkmale der mittelalterlichen Rechtsvorstellung bildet.

² Ebenda 3, 42, 3. Vgl. Schw. Sp. 44, und für die unrechte Gewohnheit i. allg. S. Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht 1 (Breslau 1899), 222 f., 236 ff. 247.

letzt doch den Missetäter, der es antastete. Hat irgendwer, ein Volksgenosse oder gar die Obrigkeit, ein „Recht“ geschaffen, welches einem guten alten Herkommen widerspricht, und dieses Herkommen wird zweifelsfrei, etwa durch Aussage bejahrter Zeugen oder durch Vorbringen einer Königsurkunde, erwiesen, so war jenes neugeschaffene Recht kein Recht, sondern Unrecht, nicht *usus*, sondern *abusus*, und es ist Pflicht jedes Rechtsgenossen, der Obrigkeit wie des gemeinen Mannes, das verdunkelte gute alte Recht wiederherzustellen. Der gemeine Mann ebenso wie die Obrigkeit ist dem Recht verpflichtet und berufen, an seiner Wiederaufrichtung teilzunehmen. Gegenüber der Heiligkeit des Rechtes, zu seiner Bewahrung sind Obrigkeit und Untertanen (Staatsgewalt und Private) ganz gleich befugt. Hieraus folgt für die Verfassung Ungemeines, wie wir sehen werden. Es wird sich dann auch zeigen, daß Begriffe von so großem Umfang, aber wenig bestimmtem Inhalt, wie der mittelalterliche Begriff vom Recht, im praktischen Leben viel Verwirrung stiften.

Beleuchten wir aber zunächst noch weiter die eigentümlichen Folgen, die sich aus der notwendigen Eigenschaft des Rechts als eines alten ergeben.

Wo ein neuer Rechtsfall auftaucht, für welchen kein geltendes Recht angeführt werden kann, da wird von den Rechtsgenossen bzw. den Urteilern neues Recht mit dem Bewußtsein geschaffen, daß es wiederum altes gutes Recht sei, zwar kein ausdrücklich überkommenes, aber ein stillschweigend vorhandenes. Sie „setzen“ das Recht darum nicht, sondern sie finden“ es. Das Einzelurteil im Gericht, das wir als besondere Folgerung aus feststehenden allgemeinen Rechtsnormen auffassen, unterscheidet sich für den

mittelalterlichen Denkbrauch in nichts von der Gesetzgebung der Rechtsgemeinde: beidmal wird ein zwar *verstecktes*, aber doch schon vorhandenes Recht *gefunden*, nicht geschaffen. Die „erste Anwendung eines Satzes“ bezeichnet sich im Mittelalter niemals als solche¹. Das Recht ist alt; neues Recht ist ein Widerspruch²; denn entweder erfließt es ausdrücklich oder stillschweigend aus dem alten oder es steht diesem entgegen, dann ist es eben Unrecht. Der Grundgedanke bleibt unangetastet, daß das alte Recht wirklich und das wirkliche Recht alt sei.

Sonach ist also Rechtsneuerung im Mittelalter überhaupt nicht möglich? Der Weltanschauung nach nicht. Jede Rechtsneuerung und Reform wird aufgefaßt als Wiederherstellung gekränkten guten alten Rechts³.

Hier müssen wir nun die zweite Eigenschaft des Rechts ins Auge fassen, die für das Mittelalter mit der ersten eng verschwistert, fast zusammenfallend ist:

2. Das Recht ist gut

Die Philologen streiten noch, ob das altgermanische Wort für Recht, *ê*, mit *aequus* oder mit *aevus*, mit „billig“ oder mit „Ewigkeit“ zusammenhänge. Für die mittelalterliche Auffassung würde beides fast dasselbe sein: denn was von Ewigkeit her bestand, ist billig, und was billig ist, muß sich

¹ Vgl. Brie a. a. O. 231, 27.

² Pollock und Maitland, *History of English Law* 1, 12; Brie a. a. O. 228, 16.

³ Vgl. unten S. 38 ff.

irgendwie auf ewige Ordnungen zurückbeziehen. Das alte Recht ist vernünftig, und das vernünftige Recht ist alt.

Dennoch würde man aus sachlichen Gründen der Begriffsverbindung *ê* mit *aequus* den Vorrang geben müssen. Ist es doch die grundlegende Eigentümlichkeit mittelalterlichen Rechtsdenkens (ohne deren Kenntnis sich der Historiker in lauter Fehlschlüssen bewegen müßte), daß es zwischen Recht, Billigkeit, Staatsräson und Sittlichkeit nicht unterscheidet. Wo wir dem Recht, der Politik und dem Gewissen drei getrennte Altäre errichtet haben und jeder dieser Ideen als einer souveränen Gottheit opfern, da sitzt für den mittelalterlichen Menschen die eine Frau *Justitia* auf dem Thron, über sich nur Gott und den Glauben, neben sich nichts, und zu ihren Füßen kniend Obrigkeit und Untertanen, Fürst und Volk (wir würden sagen Staatsgewalt und Private), über welche sie in ewiger, unverbrüchlicher Gleichheit Schwert und Waage hält. Ihr gegenüber aber, feindlich anrennend und die Knienden aufhetzend, die höllische Schattengestalt des Unrechts.

Daß die an der Stoa gebildete Rechtsphilosophie der Kirchenväter, welche das sittlich-rechtliche Mischgebiet des Naturrechts überlieferte, beim Mittelalter so viel Anklang fand, das hat seinen Grund darin, daß das Denken des Mittelalters noch nicht zu jener S o n d e r u n g von Rechts- und Sittlichkeitssphäre vorgedrungen war, welche in der Neuzeit rechtsphilosophisch bis zu der Fichteschen (dialektischen) E n t g e g e n s e t z u n g von Recht und Sittlichkeit vertieft worden ist.

Während aber die Gelehrten des Mittelalters gerade an dem Gegensatz der antiken Ideen und des lebendigen Gewohnheitsrechts ihrer Umwelt, sowie am Römischen Recht

dazu geschult wurden, allmählich den Begriff des positiven Rechts als Gegensatz- und Ergänzungsbegriff zum Naturrecht herauszuarbeiten, hat das volksmäßige Rechtsbewußtsein nichts von dieser Unterscheidung geahnt und in gewaltiger, ungebrochener Einfachheit das Recht als etwas großartig Ganzes und Eines gesehen, das Recht gleich der Gerechtigkeit schlechthin als Gottes Dienerin, die „Jeglichem das Seine gibt“. Mit diesem Bewußtsein, das dem breiten lebendigen Recht des Mittelalters zugrundelag, haben wir es hier allein zu tun, nicht mit der Begriffsarbeit der Scholastiker und Juristen und was aus ihr folgte. Darum haben wir die einfache Tatsache festzustellen, daß dem mittelalterlichen Denkbrauch, der die Handhabung des ungelehrten Rechts bestimmt hat, die Unterscheidung von positivem und idealem Rechte fehlt. Recht ist das Rechte, das Richtige, das Redliche, das Vernünftige. Das göttliche, das natürliche, das moralische Recht ist nicht über, neben oder außerhalb des positiven Rechts, sondern „das Recht“ ist göttlich, natürlich, moralisch und positiv zugleich, wenn wir überhaupt diese spaltenden Begriffe von außen daran herantragen dürfen, an dieses einfache, allumfassende „Recht“.

„Recht und redlich“, *„juste et rationabiliter“* ist eine der beliebtesten Wort-Ehen in der mittelalterlichen Rechtssprache, gemäß der Einerleiheit von „positivem“ und „moralischem“ Recht¹. Für uns ist das wirkliche geltende oder positive Recht etwas nicht Unmoralisches, aber Amoralisches, das seine Herkunft nicht aus Gewissen, Gott, Natur, Idealen, Ideen, Billigkeit o. dgl., sondern einfach aus dem Wil-

¹ F. Frensdorff, Recht und Rede. Histor. Aufs. G. Waitz gewidmet (Hann. 1886), 433 ff.

len des Staates und seine Sanktion in der Zwangsgewalt des Staates hat. Dafür ist eben – um hier den zartempfindenden Nichtjuristen zu beruhigen – für uns der Staat etwas Heiligeres als für den mittelalterlichen Menschen. Wenigstens der Staat, den wir anerkennen und lieben können, der ein Teil unserer selbst und unsere geistige Heimat ist. Verneinen wir ein, z. B. durch Fremdherrschaft oder Pöbelherrschaft aufgezwungenes Recht, so werden wir eben revolutionär gegen den Staat ganz im mittelalterlichen Sinn des noch zu besprechenden Widerstandsrechtes. Mit dieser außerjuristischen Abschweifung wollte ich nur erläutern, daß selbstverständlich auch für uns Recht und Staat in überrechtlichen und überstaatlichen Empfindungen wurzeln. Aber wir vermögen zu sondern, wir sehen auch im verhaßten Recht des verhaßtesten Staates vollgültiges positives Recht bis zu dem Tag, da wir beide zugleich durch Revolution zerbrechen können. Das Recht ist für uns Erben der juristisch-scholastischen Begriffsarbeit erst das Zweite, der Staat das Erste. Dem Mittelalter war das Recht Selbstzweck, weil unter Recht zugleich das sittliche Empfinden, die geistige Grundlage der ganzen Menschheitsordnungen, das Gute schlechthin mitgedacht wird, also auch die selbstverständliche Grundlage des Staates. Für das Mittelalter ist deshalb das Recht das Erste, der Staat erst das Zweite. Der Staat ist hier nur das Mittel zur Verwirklichung des Rechts; sein Dasein leitet sich ab aus dem Dasein des über ihm stehenden Rechts. Das Recht ist vor dem Staat, der Staat für das Recht und durch das Recht, nicht das Recht durch den Staat¹.

¹ Es könnte hier einem Leser einfallen, die Unterordnung des mittelalterlichen Staates unter das Recht gegen die wahre Staats-

Für uns hat das „moralische“, „natürliche“, „ideale“ Recht seinen Standort zunächst gar nicht innerhalb der Rechtssphäre. Nur wo das positive Recht ausdrücklich das sittliche Empfinden hereinruft in seinen Kreis, wird es zu einem Glied der Rechtswelt, bestimmt, als dienende Stütze am Bau des positiven Rechtes mitzutragen. Nur wo das positive, vom Staat gesetzte Recht im Bewußtsein einer Lücke seines eigenen Baues, in welchem es die Wirklichkeit des Lebens fangen und fassen soll, zur Schließung dieser Lücke die Billigkeit, das Ermessen (das sittliche Urteil) des Richters oder Beamten aufbietet oder dem

natur des mittelalterlichen Staates auszuspielen. Nichts wäre falscher als das. Wer die hier vorliegende Studie zu Ende gelesen hat, wird davor bewahrt sein, den mittelalterlichen Staat in ein System von Privatrechten oder Privatverträgen aufzulösen; er wird überhaupt mit der Entgegensetzung von Privat- und Staatsrecht im Mittelalter vorsichtig werden. Die wahre Staatsnatur des mittelalterlichen Staates ist von G. v. Below, *Der deutsche Staat des Mittelalters 1* (Leipzig 1914), wie man meinen sollte, endgültig nachgewiesen worden. Allerdings hat die Unterordnung des Staats unter das Recht, und zwar unter das so vielseitig schillernde „Recht“ im Sinne des mittelalterlichen Begriffs, auch für Gestalt und Schicksale des Staates die größten Wirkungen gehabt, wie dies in einer Studie über „Mittelalterliche Politik“ des näheren gezeigt werden soll. Aber so verschieden an Zwecksetzung und Gebarung auch der mittelalterliche Staat vom heutigen war und so sehr auch der Begriff Staat, wie wir ihn kennen, damals in Gemenge mit anderen Begriffen liegt (entsprechend der Gemengelage des Rechtsbegriffs), so ist er doch, sobald man die Realien und nicht die Ideen des Mittelalters anschaut, zweifellos Staat im vollen Sinne unseres heutigen Begriffs. Man vgl. die einleitende Bemerkung über die Methode der Geistesgeschichte in ihrem Unterschied zur rechtsgeschichtlichen Methode.

Staatsoberhaupt die Milderung des strikten Rechts durch das Walten der G n a d e einräumt, dort, und nur dort tritt bei uns das moralische „Recht“ aus dem inneren Waltekreis des Gewissens aufs Forum hinaus, eingeführt, befugt, umgrenzt und überwacht durch das positive Recht. Das positive Recht macht das moralische auf diese Weise zu seinem eigenen Bestandteil, so daß auch nunmehr noch der Form nach im Staate nur ein einziges Recht gilt, das positive, und kein anderes außer ihm¹. Dieses positive Recht aber kann der Staat nach der heute herrschenden Staats- und Rechtsidee jederzeit beliebig abändern. Der

¹ Einen Überblick über die ins moderne bürgerliche Recht hereingerufenen moralischen Bestandteile bietet O. v. Gierke, *Recht und Sittlichkeit*, Logos 6 (1917) 211 ff. Wenn aber Gierke 251 ff. den Gegensatz von striktem und billigem Recht hierbei ausscheiden will, so scheint er mir dabei den Standpunkt etwas zu verschieben. Gewiß ist Billigkeitsrecht auch vollgültiges Recht, aber das sind „sittliche Pflichten“ usf. auch, inso weit sie durch das positive Recht und für dasselbe erheblich gemacht worden sind. Es bestehen natürlich Gradunterschiede. Aber grundsätzlich gilt: alle „moralischen“ Bestandteile des systematischen positiven Rechts sind Recht, inso weit sie abgestempelt sind durch den gesetzgeberischen Akt, und nur inso weit. Das gilt auch für Billigkeit, Zweck usf. Das Billigkeitsrecht ändert gemäß dem allgemeineren Wandel der Rechtsvorstellung seinen Standort: im mittelalterlichen Recht, das aus Herkommen und Rechtsgefühl geschöpft wird, entsteht das Billigkeitsrecht aus Rechtsgefühl und Gewohnheit eines besonderen Richters, der kraft besonderen Herkommens (z. B. weil er König ist) nicht nach den Normen gleichzeitiger a n d e r e r Gerichte zu richten hat und dessen (außerordentliche) Gepflogenheit dann den Zeitgenossen gerechter (biegsamer, individualisierender) als jene anderen (ordentlichen) Normen vorkommt und darum als billig bezeichnet wird. Im heutigen Recht dagegen laufen nicht strik-

Staat ist der Souverän; er bestimmt also sogar, inwieweit das moralisch „Rechte“ Recht sein soll.

Es gibt nach der modernen Auffassung nur einen Weg, wie das ideale Recht, Antigones Gesetze der Götter, rechtmäßig (verfassungsmäßig) Herr werden könne über das positive Recht, die Gesetze des Staates: durch die staatliche Satzung neuen positiven Rechts. Das geschieht, wenn sich der Staat überzeugt, daß bisher außerrechtliche, moralische Empfindungen einen Umbau des geltenden Rechts empfehlen. Dann setzt sich aber nicht einfach das moralische Recht an die Stelle des positiven; aus dem außerrechtlichen Gebiet der moralischen Überzeugungen tritt nichts von sich aus in das Haus des Rechts hinüber. Sondern der Staat formt sein positives Recht um, was er jederzeit beliebig und souverän kann.

Inwieweit auch in diesem modernen Rechtsbild Fiktionen stecken, erörtern wir nicht; es ist uns genug, daß die Vorstellung einheitlich und ein geschlossenes Begriffsgebäude ist, bezogen auf die Souveränität des Staates und die alleinige Geltung des vom Staat erflossenen, d. h. positiven Rechts.

Völlig entgegengesetzt ist die Vorstellung des Mittelalters. Das Recht ist hier souverän, und nicht der Staat, d. h. das Gemeinwesen, die Obrigkeit, der Fürst oder wie die mittelalterlichen Begriffe sonst lauten, welche wir in diesem Zusammenhang dem Recht gegenüberstellen. Der Staat kann das Recht nicht ändern. Er würde damit etwas

tes und billiges Recht im Wettbewerb nebeneinander her, sondern das Billigkeitsrecht hat formal seine ihm bestimmt zugewiesene Stelle innerhalb des einen, der Idee nach lückenlos geschlossenen Satzungsrechts.

begehen wie Muttermord. Diese gewaltige Tatsache der mittelalterlichen Gedankenwelt werden wir im nächsten Abschnitt in ihren Folgen für das Rechtsleben zu betrachten beginnen; hier soll nur noch einmal der Grund dieser Überordnung des Rechts über den Staat verdeutlicht werden. Er liegt in der Nichtunterscheidung von idealem und positivem Recht. Ein Recht, das gleich ist mit dem Guten an sich, ist selbstverständlich vor und über dem Staat. Die mittelalterliche Welt schwilt über von begrifflicher Ehrfurcht für die Heiligkeit des Rechts: natürlich, denn es ist nicht das nüchterne, trockene, bewegliche, technische, vom Staat abhängige positive Recht von heutzutage: es trägt in unklarer Vermengung die Heiligkeit des moralischen Gesetzes in sich. Der Leser wird sich vermutlich rasch überzeugen, daß die Abspaltung des Rechts von der Moral nicht nur ein technischer Fortschritt und eine gesunde Ernüchterung war, welche die Neuzeit heraufführte, sondern daß auch die tatsächliche Heiligkeit des Rechts dadurch nur gewonnen hat, sowie auf anderem Gebiet z. B. der kalte moderne Gesetzesgehorsam mehr ist als die farbig warme, vieldeutige mittelalterliche Untertanentreue. Aus der schwerlastenden Erhabenheit des mittelalterlichen Rechtsbegriffs werden wir also nicht folgern, daß auch in Wirklichkeit das Recht besonders heilig geachtet war. Wir wollen hier überhaupt nicht kulturgeschichtlich den Wert und Einfluß des hochgespannten mittelalterlichen Rechtsbegriffs auf das Leben zu schildern versuchen, weder seine schöpferische, kulturbringende und vergeistigende Kraft noch auch seine unheilvolle Gestaltungsgabe für unklare Zuständigkeiten wie für Heuchelei; wir begnügen uns mit der einfachen Feststellung praktischer Unhandlichkeit

eines so vielsinnig bepackten und undeutlichen Begriffs, und wollen im übrigen zunächst nichts, als diesen Begriff selber darstellen und deutlich machen.

Die Sprache hütet oft die Begriffswelt eines entschwundenen Zeitalters und überliefert sie in ihrer veralteten Logik künftigen Geschlechtern. Wir haben in unserer altertümlichen Sprache auch noch ein Denkmal für diese einmalige Einerleiheit von Recht und Moral; wir können das, was „recht“ ist, von dem was „Recht“ ist, nur durch das Gewaltmittel der Rechtschreibung unterscheiden¹.

Es ist nun verständlich, in welchem Sinn dem Recht für die mittelalterliche Auffassung das Merkmal des Gutseins unerlässlich ist, und wir wenden uns somit einem dritten Satze zu:

3. Das gute alte Recht ist ungesetzt und ungeschrieben

Wir sind jetzt imstande, besser zu verstehen, warum das alte Recht und das gute Recht verschwistert sind und sozusagen zusammenfallen. Das moderne Recht ist immer irgendwie vom Staat gesetzt. Das mittelalterliche Recht ist einfach; der mittelalterliche Denkbrauch empfindet es nicht als menschlich gesetzt, sondern es ist schlechthin ein Teil

¹ Wo aber diese versagt, wie z. B. in dem Wort „Rechtschreibung“ selber, da können wir aus dem Begriff die alte Unklarheit nicht einmal sprachlich beseitigen. Verpflichtet die „Rechtschreibung“ rechtlich oder nur sittlich-sittenhaft zu ihrer Befolgung? Die Doppeldeutbarkeit der Wortverbindungen mit „Recht“ bleibt also bestehen.

des Guten, Gerechten, das immer ist, so wie das Böse (nach dem kirchenväterisch-mittelalterlichen Begriffsrealismus) niemals etwas ist als nur die Privation des Guten, die Verneinung des Seienden schlechtweg, also in Wirklichkeit nichts¹. Wir haben oben gesagt, das moderne Recht sei gegenwärtiges Recht vom Tag der Setzung ab bis zum Tag der Aufhebung; vorher war es künftiges Recht, nachher wird es veraltetes Recht sein, beidemal also nicht wirkliches Recht. Das moderne positive Recht hat weder vor seiner Setzung, noch während seiner Gültigkeit noch nach seiner Aufhebung jemals die Eigenschaften, alt oder gut zu sein. Das mittelalterliche Recht dagegen, das die Termine der Setzung und der Außerkraftsetzung nicht kennt, ist nicht sowohl gegenwärtig als zeitlos. Nur gutes

¹ Das Gute ist, das Schlechte ist nicht; das Sein hat Grade, und der höchste Grad des Seins fällt zusammen mit dem höchsten Grad des Guten. Dieser neuplatonische Bestandteil mittelalterlichen Wissenschaft durchdringt auch außerhalb der eigentlichen Wissenschaft die bewußte oder unbewußte mittelalterliche Weltanschauung. Ja, er ist eines der Hauptkennzeichen moralisierter Weltanschauung überhaupt. Besonders bedeutsam aber erscheint diese Grundform mittelalterlicher Anschauungsweise bei dem Grundsatz des seienden guten Rechts.

Daß das Recht nicht gesetzt, sondern gefunden wird, hat im kirchlichen Recht darin seine Parallele, daß das Recht aus Offenbarungstatsachen erfließt, die vom Gesetzgeber nur in ihren Folgerungen zu entwickeln sind und durch ihren göttlichen Ursprung über dem weltlichen Recht stehen.

Auch des Gottesurteils ist hier zu gedenken. Das Recht ist die heilige Gerechtigkeit, die in den *sapientes* unter den Menschen widerklingt. Zuweilen aber ist es unmöglich oder unschicklich, daß Menschen es finden; dann muß Gott selbst es offenbaren. Vgl. z. B. Widukind 2, 10.

Recht ist wirklich, einerlei ob der menschliche Gesetzgeber und Richter es erkennt oder verkennt, d. h. nach unseren Begriffen, einerlei ob es positives oder „nur“ ideales Recht sei. Das Verhalten des Gesetzgebers und Richters zum Recht ist nur ein Schatten, der über es dahinhuscht: er kann es verdunkeln, aber nicht beseitigen, denn das Recht ist wirklich, die etwaige Verdunkelung durch das „rechtswidrige“ positive Recht oder durch Vergessen ist ein wesentliches Nichts, eben ein Schatten, der über ein in sich bestehendes körperhaftes Ding hinweggleitet. Das echte gute Recht besteht auch in der Zeit seiner Verdunkelung unverbrüchlich fort. Es ist gegenüber der Verdunkelung „alt“; ob man sagt: das gute Recht oder das alte Recht, ist gänzlich gleichbedeutend.

Wenn das Recht aber nicht an einer Setzung kenntlich, wenn es ferner nicht am bloßen Alter erkenntlich ist, weil es auch altes Unrecht gibt, sondern es vor allem gut, folglich auch alt sein muß: woran erkennt man es dann mit Bestimmtheit? Wo wird das Recht gefunden?

Es wird gefunden einmal dort, wo alles Moralische seinen Sitz hat, im Gewissen, und zwar, da das Recht die einer Volksgesamtheit gemeinsamen Gebiete des Rechten umfaßt, im Gesamtwissen des Volks, im Rechtsgefühl der Volksgemeinde oder ihrer Vertrauensmänner, der erlesenen Schöffen. Nicht irgendein gelehrtes Wissen oder ein Buch ist ihnen vonnöten, sondern nur, daß sie das „normale“ Rechtsgefühl der Gesamtheit besitzen, daß sie *sapientes*, *prud'hommes*, Biedermänner seien.

Das Recht wird aber zweitens gefunden in alten Überlieferungen. Alles gute und echte Recht war nach der allgemeinen Überzeugung schon irgendwie in dem legendären

Recht eines sagenhaften Gesetzgebers, eines ehemaligen, besonders starken und weisen Königs enthalten.

Wir bemerken also einen zwiefachen Fundort des Rechts. Es wäre reizvoll, rechtsphilosophisch der Zweiheit dieser Brennpunkte nachzugehen, in denen sich Rechtsgefühl und Herkommen wechselseitig ineinander projizieren. Das Mittelalter denkt aber gar nicht über das Problem dieser Zweiheit nach, es nimmt sie naiv als gegeben. Es rätselt nicht über den „Volksgeist“, sondern ist überzeugt, daß in der Brust der Schöffen und in den alten Überlieferungen ein und dasselbe lebt, daß die Schöffen aus der Erinnerung „finden“, was die Alten schufen, also nach wahren guten Überlieferungen zeugen, und daß grundsätzlich diese Überlieferungen trotz aller etwaiger Verdunkelungen unvergänglich leben. Durch dies Ineinanderfließen von Rechtsgefühl und Überlieferung wird eben das alte Recht und das gute Recht zu einem guten, alten Recht.

In der Anknüpfung des Rechts an einen mythischen Gesetzgeber liegt scheinbar ein Widerspruch zu unserem Satz von der Ungesetztheit und Ungeschriebenheit des Rechts. Aber doch nur scheinbar. Denn jener Gesetzgeber wird weniger als ein willkürlicher Gesetzmacher, denn als eine besonders kräftige und deutliche Enthüllung des Wahren und Guten aufgefaßt. Gott ist der einzige Gesetzgeber im vollen und wahren Sinne des Worts. Bei den Sagenherrschern der Vorzeit offenbart sich sozusagen das Recht; auch sie schaffen es nicht, aber sie bringen es an den Tag und pflanzen seine Herrschaft unter den Menschen auf. Auch sie sind, wie alle Staatsgewalt, unter, nicht-über dem Recht. Aber als eine Art von Propheten oder Herren rücken sie allerdings über Menschenmaß hinaus in die Nähe göttlicher

Wirkungskräfte; sie können wohl dann auch als Schöpfer des Rechts selber verehrt werden, sobald sie übermenschliche Kräfte haben. Unserer Behauptung, daß das Recht nicht von Menschenwitz oder Menschenwille gesetzt sei, widerspricht das nicht, bekräftigt sie vielmehr.

Auch geschrieben ist dies Recht des mythischen Gesetzgebers nicht. Es ist überaus dehnbar und unbestimmt: alles Gute hat darin Platz, alles Schlechte ist eine spätere Abweichung und Verderbnis, die wieder abgestellt werden sollte.

Allerdings hat man auch im Mittelalter Rechtssätze aufgezeichnet. Es gibt kein geschriebenes, aber aufgeschriebenes Recht. Dieser Umstand erfordert sorgfältige Erwägung. Wir stehen hier an der geschichtlichen Naht zwischen Gewohnheits- und Satzungsrecht.

Zunächst wird hie und da als Gedächtnisstütze für Zweifelsfälle, um die Überlieferung stet und eindeutig zu halten, ein oder das andere Stück Rechts aufgezeichnet. Der Träger eines subjektiven Rechts, wie wir es nennen, läßt mit *publica fides* des Herrschers oder eines Notars sein Recht beurkunden. Die Gesamtheit des Volkes schreibt einige Sätze ihrer Rechtswelt feierlich und authentisch nieder, so daß der Wortlaut den Nachkommen erhalten bleibt. Oder ein einzelner Privater, wie wir es nennen, verbucht ohne Auftrag, nur aus dem Gewissen eines „Schöffens“ heraus, was er vom objektiven Recht kennt, wie wir sagen würden, oder was er als gutes altes Recht weiß, wie man im mittelalterlichen Sinne sagen würde. Dies sind die drei Formen der Rechtsaufzeichnung, die das Mittelalter kennt, die *Urkunde*, das *Volksrecht* (bzw. das authentische Recht irgendeiner Gesamtheit) und das *Rechtbuch*,

drei Rechtsquellen verschiedenen Rangs, aber für die mittelalterliche Bewertung selbst nicht von so großen Unterschieden, wie es uns scheinen müßte.

Alle diese drei aufgeschriebenen Rechtsausschnitte haben nämlich neben oder über sich noch das lebende Rechtsgefühl bzw. mündlich überlieferte Recht, das allein die Ganzheit des Rechts darstellt. Jenes aufgeschriebene Recht ist kein Satzungsrecht (mit Ausnahme der vertraglichen subjektiven Rechte, die natürlich auch im Mittelalter aus dem Willen der Kontrahenten gesetzt sind), sondern einfach aufgeschriebenes Gewohnheitsrecht, wie wir es nennen; immer bleibt es nur ein Bruchstück von jener Ganzheit, die einzig und allein in der Brust der Rechtsgemeinde lebt¹.

Dem entgegengesetzt ist der moderne Zustand des Satzungsrechts, das seinem Wesen nach geschriebenes Recht sein muß². Denn es besitzt die Ganzheit des Rechts in dem

¹ Im aufgeschriebenen mittelalterlichen Recht finden sich denn auch oft Ausdrücke und Bestimmungen, die nicht das Vollgewicht haben, wie jedes Wort aus einem Kodex, so z. B. von vornherein unlebendige Bestimmungen, drakonische, niemals angewandte Strafen, sogar scherzhafte Einfälle und theoretische Arabesken. Rechtsschreiber des Mittelalters durften sich solche Launen leisten, da ja das Rechtsleben an ihre Sätze nicht strikt gebunden ist und nur das wirklich Lebendige aus ihnen festhält und anwendet. So konnte der Rechtsschreiber auch geradezu unanwendbare und nie angewandte Sätze niederschreiben, ohne das Vertrauen des Volks zu verscherzen, wenn nur seine phantasievoll, theoretisch oder symbolisch aufgestutzten Sätze durch ihren tieferen Sinn als *Maximen* dem allgemeinen Rechtsbewußtsein gefielen.

² Dem Geschriebensein verwandt erschiene auf den ersten Blick buchstäbliches Memorieren des Rechts durch alle zur Rechtsan-

wörtlich fixierten Gebot der Autorität. Es ist ein Kodex, der den Anspruch auf systematische Vollständigkeit erhebt und folglich für alles, was nun außer diesen fixierten Sätzen noch Recht sein soll, die formale, technische Forderung erhebt, irgendwie aus dem Ergebnis jenes Kodifikationsaktes ableitbar zu sein. Auch die lebendige Fortbildung des Rechts aus dem Rechtsgefühl, etwa bei uns die Rechtsprechung des Reichsgerichts, ist formal und technisch nur insoweit möglich, als die Verfassung bzw. das kodifizierte Recht eine Behörde einsetzt, der in gewissen Grenzen die Rechtsfortbildung als Lebensfunktion des kodifizierten Rechts übertragen ist, und alle Rechtsfortbildung erscheint hier nur als Erläuterung, Anwendung, Individualisierung des als Ganzheit und als allumfassend geltenden Satzungsrechts¹.

Der Gegensatz zwischen Herkommensrecht und gesetztem Recht läßt sich also kurz so zusammendrängen, daß die Ganzheit des Rechts hier in einem Kodex (= geschriebenem Recht), dort in schwebendem Rechtsgefühl liegt. Aufgeschriebenes Gewohnheitsrecht ist darum immer nur Bruchstück. Die Nutzenanwendung dieses Satzes werden wir sogleich im mittelalterlichen Rechtsleben beobachten.

wendung Befugten, etwa in der Art, wie die Veden überliefert worden sind. Aber auch wo im Mittelalter das Recht buchstäblich memoriert wird (vgl. unten S. 29), ist es natürlich nur bruchstückweise aufgeschriebenem Gewohnheitsrecht und nicht dem als Totalität geschriebenen Satzungsrecht gleichzuachten.

¹ Vgl. oben S. 19 f.

4. Altes Recht bricht jüngeres Recht

Bei uns bricht selbstverständlich neueres positives Recht das ältere. Das ist ja der Sinn und Zweck seiner Setzung überhaupt. Es wäre ein Hohn, wollte das ältere, mit der Heiligkeit größeren Gutseins umkleidet, Lebensansprüche gegen das jüngere geltend machen. Der mittelalterliche Grundsatz wäre für uns ebenso unsinnig, wie wenn mein Urahn mich beerben wollte. Für die mittelalterliche Vorstellung aber paßt ein ganz anderes Gleichnis: wenn altes Recht jüngeres bricht, so weicht ein junger Fant dem ehrwürdigen Greis aus dem Wege, oder, noch genauer: der Eindringling weicht, wenn der rechtmäßige Besitzer heimkehrt.

Es kann ja auch im modernen Rechtswesen vorkommen, daß das jüngere Recht einen Rechtsirrtum enthält; dann wird eben ein neues (drittes) positives Recht geschaffen, welches zu dem ersten zurückkehrt. Aber in allen drei Zuständen ist dann das gültige Recht dasjenige, welches der Staat zu der betreffenden Zeit gesetzt hat. Nach mittelalterlicher Vorstellung besteht das erste Recht einfach auch während des zweiten Zustandes verdunkelt fort und stellt im dritten Zustand sich selber wieder her.

Was heißt überhaupt älteres Recht? Unter der Herrschaft ungeschriebenen Herkommens ist das Alter zumeist nicht in der Art festzustellen wie bei kodifiziertem, datiertem Satzungsrecht. Das „alte“ Recht ist hier mehr eine Qualitätsbezeichnung als eine genaue Zeitfeststellung. Das Recht, welches man für das bessere hält, wird man bis zum Beweis des Gegenteils auch immer für das ältere erklären. Im übrigen liegen die Fälle sehr mannigfaltig, wo-

von schon oben ein Beispiel aus dem Sachsenspiegel gegeben worden ist¹. Ein andermal wird man das Recht eines soeben gestorbenen unbeliebten Herrschers in Gegensatz bringen zu dem idealen Recht des mythischen Gesetzgebers, wird jenes als neues, schlechtes Recht widerrufen und das Recht des mythischen Gesetzgebers wiederherstellen, das indes vielleicht doch auch einigen zu achtenden Rechtsneuerungen widersprechen würde, so daß man dann auch das mythische Gesetzgeberrecht als vielleicht teilweise verderbt überliefert und verbesserungsfähig hinstellt: kurz, man hilft sich, wie man kann, um ohne Verletzung der Rechtstheorie doch dem praktischen Bedürfnis des Augenblicks zu dienen². Jedenfalls wird man dem Recht, das man haben will, stets möglichst die Eigenschaft ehrwürdigen Alters zusprechen³.

Besonders leicht konnte man die heikle Theorie von dem alten Recht, welches das neue bricht, mit den auch im Mittelalter nach neuem Recht verlangenden praktischen Ver-

¹ Siehe S. 12.

² In diesem Sinn erklärt Heinrich I. von England 1100 (W. Stubbs, *Select Charters of English constitutional history*, 8. Aufl., 1900, S. 100 f.): *Omnes malas consuetudines quibus regnum Angliae iniuste opprimebatur, inde aufero . . . Legem Edwardi regis vobis reddo cum illis emendationibus, quibus pater meus eam emendavit consilio baronum suorum*. Das Recht Eduards des Bekenners, d. h. die guten Gewohnheiten der angelsächsischen Zeit, sollen wiederhergestellt werden mit Ausnahme der guten, d. h. von den Volksvertretern gutgeheißenen normannischen Abänderungen oder „Verbesserungen“. Über das Eintreten der Volksvertretung als Quelle des Rechtsgefühls vgl. unten S. 52 ff. und zu dem angeführten Beispiel MST. 1, 468.

³ Darüber vgl. den nächsten Abschnitt.

hältnissen dann in Einklang setzen, wenn weder das „alte“ noch das „neue“ Recht bestimmt datiert waren. Es gab indes auch schwierigere Fälle; auch ihrer wurde die Praxis Herr, die sich niemals von einer Theorie endgültig in Fesseln schlagen läßt.

Im Jahr 819 entdeckten die Franken einen Widerspruch zwischen einem gewohnheitsrechtlichen Ehebrauch und dem, was die Lex Salica darüber bestimmte. Mußte man nun nicht den lebendigen Brauch als eine schlechte Neuerung gegenüber dem ausdrücklichen Zeugnis des ehrwürdigen Volksrechtes, welches das alte Väterrecht sei, verwerfen und rückgängig machen? Die Franken bestimmen einfach, der Ehebrauch solle so gehandhabt werden, „wie es bis jetzt die Altvordern gehalten haben“, und „nicht so, wie in der Lex Salica geschrieben steht“.

Man könnte vielleicht denken, hier läge die Rechtsregel zugrunde, daß Gewohnheitsrecht Gesetzesrecht breche. Aber nichts wäre falscher als diese Auslegung. Jener Rechtsgrundsatz ist bezeichnend für das Zeitalter, welches zwischen dem reinen mittelalterlichen Gewohnheitsrecht und dem reinen modernen Gesetzesrecht geschichtlich und logisch in der Mitte steht. In der Moderne ist dieser Satz unsinnig, da das Gewohnheitsrecht theoretisch zum Bestandteil und dienenden Glied des Gesetzrechts geworden ist und nur innerhalb des von diesem gezogenen Rahmens waltet¹. Für das Mittelalter ist diese Rechtsregel überhaupt unvorstellbar, da ja Gesetzrecht nichts ist als aufgeschriebenes Gewohnheitsrecht. Jene Rechtsregel ist dagegen unentbehrlich geworden für das gelehrte romanistische

¹ Vgl. oben S. 21.

Pandektenrecht, welches ein totes, wiederausgegrabenes Gesetzesrecht *cum grano salis* auf eine veränderte Gegenwart wieder anzuwenden hatte. Für das Mittelalter dagegen ist, wie gesagt, „Gesetzesrecht“ nichts als Gewohnheitsrecht, aufgezeichnet, damit seine an sich stets vorhandene unbegrenzte Geltung vor dem Vergessenwerden gesichert sei. Eine diesem „Gesetzesrecht“, d. h. fixiertem Überlieferungsrecht, widerstrebende neue Gewohnheit ist also Mißbrauch, Unrecht.

Wenn dem aber so ist, mußten sich dann nicht die Franken des Jahres 819 dem wider ihre Gewohnheit zeugenden Buchstaben der Lex Salica unterwerfen? Nein, denn sie empfanden hier keinen feindlichen Gegensatz zwischen freiem „modernem“ Rechtsgefühl und aufgeschriebenem „altem“ Gewohnheitsrecht: vielmehr, auch hier brach gutes altes Recht schlechtes neues. Wie wurde das dargestellt? Nun, sehr einfach. Ein in lebendiger Überlieferung bewußt gegenwärtiger Altvordernbrauch siegte über ein aufgeschriebenes totes Latein, über einen Schriftsatz, der für die Auffassung der Franken von 819 weiß Gott wie in die Lex Salica hereingekommen war, vielleicht durch einen Schreibfehler oder eine Einschaltung oder möglicherweise auch durch eine „unrechte“ Gewohnheit der Lex Salica-Verfasser, die ja auch irren können, soweit ihnen nicht göttliche Eingebung die Feder führt. Man sieht hier, wie sich die Praxis zu helfen wußte, ohne die Theorie zu verletzen.

Schwieriger aber war dies, wo das aufgeschriebene Recht einen authentischeren Charakter trägt, als dies bei einem Volksrecht der Fall ist, also bei der Herrscherurkunde. Hier wird in der Tat die Theorie zuweilen doch auch Herr über die Praxis.

Es war unmöglich, eine aus dem Nichts plötzlich auftauchende alte Königsurkunde beiseite zu setzen, wenn man sie für echt halten mußte. Mochte sie auch in den jetzigen Rechtsverhältnissen daliegen wie ein erratischer Block und bereits altbestehende Rechtszustände umstoßen: sie war und blieb Recht und brach alle jüngeren Herrscherurkunden, die nicht ausdrücklich jene ältere ausnahmen. Was haben z. B. mittelalterliche Fürsten von König Pipin angefangen nicht alles verfügt und verschenkt, im Glauben, gutes, altes Recht wiederherstellen zu müssen, wenn man ihnen ein Stück wie die Konstantinische Schenkung vor Augen hielt!

Man muß hier unterscheiden zwischen Rechtsbestimmungen, welche den Zustand Einzelner im Volke, z. B. das Besitzrecht an einem Acker, und solchen, welche den Zustand Aller oder doch generell Vieler betrafen, z. B. Erbrechtsbestimmungen oder Leistungen an den Herrscher. Bei Fällen der ersten Art kann der Rechtszustand vertraglich geändert werden, bei Fällen der zweiten Art wird er der Theorie nach nicht geändert, in Wirklichkeit aber befindet die Volksgesamtheit¹ jederzeit frei, was rechtens sei. Herrscherurkunden, die im Rechtsleben herangezogen werden, sind fast immer derart, daß eine interessierte Partei sie vorbringt. Da bricht nun die ältere Herrscherurkunde die jüngere, wenn aus der jüngeren nicht ausdrücklich hervorgeht, daß sie in Kenntnis jener älteren erlassen ist. Das hängt mit der schlechten Aufbewahrung der Urkunden zusammen: der Herrscher urkundet zwar mit *publica fides*, aber lange nicht so zuverlässig wie ein modernes Grundbuch: es ist verhältnismäßig leicht, von ihm eine Urkunde unter unge-

¹ Vgl. unten S. 76 ff.

nügender, parteiischer Kenntnis der Tatsachen zu erschleichen¹. Wird deshalb ein Rechtsverhältnis durch Vertrag geändert, so muß sich die interessierte Partei für den Fall, daß über den früheren Rechtszustand eine Königsurkunde bestand (und wer wollte mit Sicherheit wissen, ob sie nicht bestand und irgendwoher auftauchte?), sichern, indem sie eine Königsurkunde erwirkte, welche etwa entgegenstehende ältere Urkunden ausdrücklich widerrief. Auch dann lag es nicht so, daß man nun unbedingte Gewähr dafür hatte, daß der Herrscher in voller doppelseitiger Kenntnis des Tatbestandes urkundete; auch jetzt noch können für die Rechtsgültigkeit des durch eine ältere Urkunde bezeugten Zustandes gegenüber dem durch die jüngere Urkunde bezeugten unter Umständen Gründe angeführt werden. Hoffnungsloser aber wird die Sache für die jüngere Urkunde, wenn sie es versäumt, ältere Urkunden zu widerrufen, und am hoffnungslosesten steht das neue Recht dann da, wenn die tatsächliche jüngere Rechtslage überhaupt keinen urkundlichen Rückhalt aufweisen kann und ihr auf einmal ein ehrwürdiges Herrscherpergament einen anderen, älteren Rechtszustand, der denn der eigentlich sein sollende ist, gebieterisch entgegenstreckt. Im Zusammenstoß einer älteren mit einer jüngeren Urkunde aber gilt der Satz: *ut praecepta facta, quae anteriora essent, firmiora et stabiliora essent*².

In diesen Verhältnissen berühren wir eine der Hauptkrankheitsquellen des mittelalterlichen Rechtslebens, seiner großen Unsicherheit, des Herumtappens im Nebel, sobald

¹ Vgl. unten S. 49 ff.

² Vgl. Breßlau, Urkundenlehre 1² (1912), 645 f.

eine alte Urkunde auftaucht, oft zur Wut, Verachtung und zum deutlich ausgesprochenen Argwohn der damit überfallenen Gegenpartei¹; hier berühren wir auch schon das Gebiet der mittelalterlichen Fälscherindustrie. Wobei wir jetzt ohne weiteres einsehen, daß dieses Gewerbe nicht nur um deswillen möglichst alte Herrscher für seine Machwerke wählt, weil deren Urkunden sich der Nachprüfung leichter entziehen, sondern vor allem um deswillen, weil eine Urkunde um so kräftiger und vor Entwertung sicherer ist, je älter sie sich gibt. So geht der Fälscher bis zu Konstantin und Cäsar zurück.

Wir unterschieden vorhin der praktischen Deutlichkeit (nicht um irgendeines begrifflichen Grundes) willen zwischen Urkunden, die nur Sonderrechte, und solchen, die auch allgemeines Recht betreffen. Diese Unterscheidung müssen wir nun wieder zuschütten, denn sie ist gänzlich unmitttelalterlich. Nicht nur unterscheidet das Mittelalter nicht zwischen objektivem Recht und subjektivem Recht². Nicht nur ist ihm jeder Stein des Rechtsgefüges, des objektiven Rechts als Gefüge aller subjektiven Rechte, nach seiner edlen, idealen Grundauffassung gleich heilig und wert, das Äckerlein irgendeines Hörigen wie der Grenzstein des Reichs, die Gefälle eines Burgmanns wie die Gerichtsverfassung des Volkes. Sondern, um bei unserer Frage zu bleiben, die „Privaten“ (wie wir sagen würden) lassen sich mit Vorliebe gerade auch solche Rechte verbriefen, die einen allgemeinen

¹ Lebhaftes Äußerungen ebenda 651 f. Auf die hiermit angeschnittene Frage der Beweiskraft von Privaturkunden einzugehen, erlaubt die Allgemeinheit unseres Gedankenganges nicht.

² Siehe S. 48.

Charakter an sich tragen, die wir als öffentlich-rechtliche bezeichnen würden¹.

Taucht nun eine solche Urkunde auf, echt oder gefälscht, welche dem tatsächlichen öffentlich-rechtlichen (wie wir sagen würden) Zustand des Zeitalters widerspricht, in welchem sie auftaucht, so entsteht die schwierige Frage: kann man sie wegen dieses Widerspruchs zu offenkundig tatsächlichen Zuständen als Fälschung abtun? Oder kann man die Wiedereinführung des Zustandes der Urkunde beschränken auf den Urkundenvorweiser selbst, ohne die allgemeinen Zustände wieder zurückzuschrauben? Oder müßte man eigentlich allgemein zurückreformieren? Hier, bei Gegenständen von allgemeinerem Belang, entschieden natürlich vielfach Gesichtspunkte der Politik, Macht und Opportunität darüber, wie man sich zu der Urkunde stellte². Ich erinnere nur an das *Privilegium Majus* des Herzogs von Österreich. Aber der allgemeine Grundsatz, von dem wir ausgegangen sind, daß älteres Recht jüngerer bricht, wurde dabei niemals bestritten, und er konnte ja auch so wenig abgeleugnet werden wie der Satz, daß das Gute gut und das Schlechte schlecht sei³. Hieraus folgt nun ein weiterer Satz:

¹ Vgl. unten S. 58 f.

² Über Kompromißversuche zwischen altem und neuem Recht vgl. unten S. 60.

³ Ohne auf das Kirchenrecht näher einzugehen, sei doch so viel bemerkt, daß es durch seine Natur den allgemeinen Grundsatz bestätigt, daß altes Recht das jüngere bricht. Vgl. MSt. 1, 292, 272. Denn das allerälteste Recht ist auch das gottnächste, stärkste Recht. Nach der Offenbarung in den Evangelien folgen in absteigender Kraft die weiteren Rechtsquellen: Apostel, vier alte Konzilien, jüngere Konzilien, endlich die Dekretalen usf. In c. 21, C.

5. Rechtsneuerung ist Wiederherstellung guten alten Rechts

Sehen wir einen Augenblick auf die mittelalterliche Weltanschauung als Ganzes. Sie kennt nicht die Denkform der Entwicklung, des Wachsens und sich selber Emporbauens, sie betrachtet die menschlichen Vorgänge nicht biologisch (trotz dem aus der Antike geerbten, aber rein morphologisch erstarrten Organismusvergleich des Gesellschaftskör-

25 qu. 2 stellt Gratian in Erörterung eines Wortes des P. Pelagius I. fest, daß der Papst ein von einem seiner Vorgänger erteiltes Privileg nur *pietatis vel necessitatis intuitu* abändern könne. Im übrigen aber wächst gerade aus den Machtbefugnissen, die das Kirchenrecht dem Papst zuerteilt, auch der jüngere Zustand heraus, daß neues Recht altes bricht. Vgl. A. Hofmeister in Festschrift für Dietrich Schäfer (1915) 119, 1.

In MSt. 1, 289 ff. und H. Z. 115, 507 f. hatte ich mit einigen Worten auch die Rolle des Kirchenrechtes gestreift, ohne aber diese schwierige Frage auch nur im entferntesten lösen zu wollen. Hier möchte ich mich zurückhalten in der Hoffnung auf Unterstützung von berufenerer Seite. Das mittelalterliche Bewußtsein unterscheidet ja das Kirchenrecht wie auch das Lehnrecht usw. lange nicht mit so bestimmter Abgrenzung vom allgemeinen Recht, wie dies die spätere Jurisprudenz tut. Der Rechtsbegriff des Mittelalters ist ein viel einheitlicherer, als man gewöhnlich annimmt. Andererseits aber sprengt gerade das Kirchenrecht materiell den mittelalterlichen Rechtsbegriff durch seine antiken Bestandteile, seinen Offenbarungscharakter, seine Kirchenverfassung. Diese Verwandtschaft wie diese Gegensätzlichkeit des Kirchenrechts zu dem allgemeinen mittelalterlichen Rechtsbegriff kann nur ein Fachgelehrter zutreffend darstellen. Auch die Auffassung bei A. J. Carlyle, *Mediaeval political theory* ist noch recht lückenhaft.

pers). Sie kennt ein ruhendes, gradweis abgestuftes¹ Sein. Das zeitlos Starre, Apriorische der Ethik, nicht das Werden, sondern das Soll beherrscht ihre Anschauung von menschlichen Dingen. Diese Grundform des gebildeten Denkens im Mittelalter verbindet sich leicht der germanischen volkstümlichen Gewohnheit, das Recht als alt und bleibend, als ruhend und in seiner Ruhe zu schützend anzunehmen. Germanische Volksüberlieferung und kirchlich-ethische Bildung vereinigen sich, um einen beharrenden, rein verteidigungshaften, nicht vorantreibenden, sondern in die Unveränderlichkeit des Zeitlosen zurückgezogenen Rechtsbegriff zu schaffen.

Das Leben aber schafft auch im Mittelalter täglich Neues; nur muß es dies Neuschaffen vor seinem eigenen theoretischen Gewissen mit dem beharrenden Rechtsbegriff in Ordnung und Gleichklang bringen. Änderung und Erneuerung des Rechts ist möglich, ja geboten, sobald sie Wiederherstellung ist, bzw. als solche sich gibt: Kein Umsturz, keine Entwicklung, aber fortwährende Enthüllung, Klärung, Reinigung des wahren guten Rechts, das ewig im Kampf liegt mit Unrecht, Trübung, Mißverstand und Vergessen².

Wenn ein Recht zweifelhaft geworden ist, so sagen die zum Weistum aufgeforderten Weisen nicht, was als Recht gesetzt werden soll. Sondern sie finden in ihrem Wissen und Gewissen, was rechtens gewesen ist und folglich zu recht besteht. Sie können sich darin täuschen: ihr Rechtsbewußtsein kann tatsächlich ein Recht finden, das noch nie bestanden hat. Ja, sie können vielleicht selbst ein Bewußtsein davon haben, daß sie eine Neuerung vollziehen. Aber

¹ Vgl. oben S. 24 f.

² Weder Evolution, noch Revolution, sondern Reformation.

sie sagen es nicht. Sie können es nicht sagen, daß sie neues Recht schaffen, so wenig wie etwa ein moderner Gesetzgeber sagen darf, daß er aus selbstsüchtiger Willkür, Klassegeist o. dgl. Recht setze. Denn wenn auch das Mittelalter in Wirklichkeit jeden Tag neues Recht schafft, so darf es doch unter dem Zwang seiner Begriffswelt nichts anderes dafür aussagen, als daß das vernünftige, billige Recht auch das alte ist. Die „erste Anwendung eines Rechtsatzes“ bezeichnet sich darum, wie wir sahen, im Mittelalter niemals als solche¹. Zwar haben mittelalterliche Gesetzgeber häufig ausdrücklich, um mit Saxo Grammaticus zu reden, „ruchlose Gesetze abgeschafft und heilsame gegeben“. Dann ersetzten sie aber für ihre Anschauung nicht positives Recht durch anderes positives, sondern sie leiteten die Ströme des echten Rechts wieder zurück in das zeitweilig vom Unrecht versumpfte Bett. Der bezeichnende Ausdruck für mittelalterliche Rechtsform ist *legem emendare*, das Recht von seinen Verunstaltungen befreien. Man stellt Recht und Gesetz wieder her, wie sie in den guten Tagen König Erichs (in Schweden), Eduards des Bekenners (bei den Anglonormannen), Karls des Großen (bei Deutschen und Franzosen) oder sonst eines mythischen Gesetzgebers gewesen waren².

¹ Vgl. oben S. 14 f.

² Indem für das Reichsrecht der fromme Kaiser Justinian diese Stellung überkommt, mündet das mittelalterliche Recht, zuerst das (damit neuerstehende) Staatsrecht in das römische ein. Hier stößt man auf die Erscheinung, daß das Römische Recht, welches zusammen mit dem Kirchenrecht allmählich den mittelalterlichen Rechtsbegriff sprengt, doch zunächst unter dessen Schutz und Hülle, sozusagen naiv, rezipiert wurde, ja überhaupt nicht anders rezipiert werden konnte.

Häufiger als im (wie wir es nennen) Privatrecht gab es freilich in den öffentlichen Angelegenheiten Rechtsfälle, für welche der Natur der Sache nach ältere Rechte weder angeführt noch vorausgesetzt werden konnten. Aber auch da kommt es vor dem Zeitalter der Rezeption kaum vor, daß die Urteiler offen sagen, sie hätten beim Fehlen vorhandener Rechtsregeln nach ihrem *arbitrium* entschieden. Eine so unmittelalterliche Formel weist auf das Bestehen einer gewissen gelehrten Jurisprudenz hin¹. Allerdings gab es gewisse Fälle einer auch von dem mittelalterlichen Rechtsbegriff geduldeten Rechtsneuschöpfung: der Herrscher kann Privilegien frei erteilen, wenn dadurch niemand Unrecht geschieht. Er kann z. B. von dem Seinigen schenken, soweit dadurch nicht die Gesamtheit Schaden erleidet. Das (objektive) Recht wird aufgefaßt wie ein riesiger Knäuel untereinander verknüpfter (subjektiver) Berechtigungen. Keine Berechtigung darf außer durch freien Vertrag oder Rechtsverwirkung beseitigt werden. Aber wo Leerräume zwischen den Berechtigungen liegen, da darf der freie Wille eingreifen und neue Fäden knüpfen. Diese Selbstverständlichkeit durchbricht aber nicht die allgemeine Regel, daß wo ein Recht streitig ist, der gute alte Brauch und nicht die setzende Willkür Lebender maßgebend sein soll. Mit dem Grundgedanken der Wiederherstellung des guten alten Rechts gewann im allgemeinen die mittelalterliche Gesellschaft schon die für ihre Bedürfnisse genügende Freiheit, das bestehende Recht nach ihrem jeweiligen Rechtsgefühl elastisch fortzubilden. Man reformierte, indem man der Theorie nach zurückformierte, und hatte darin freie

¹ Vgl. Brie a. a. O. 263; für die langobardische Jurisprudenz 264, 29.

Hand, soweit nur eben nicht beurkundete subjektive Rechte und Privilegien ein Rührmichnichtan wurden und starr die Entwicklung des objektiven Rechts hemmten¹.

6. Rechtsanschauung und Rechtsleben

in ihrem wechselseitigen Verhältnis haben wir schon oben, z. B. in dem Abschnitt über das alte Recht, welches das jüngere bricht, beobachten müssen. Wir dürfen nicht daran denken, dies überwältigend große und schwierige Gebiet hier wirklich zu durchmessen. Nur ein paar vorläufige Wahrnehmungen seien noch angefügt.

Wäre das mittelalterliche Volksrecht auch nur in einigermaßen nennenswerter Vollständigkeit aufgeschrieben, aufbewahrt, nachgeschlagen und seine Aufzeichnung als echt anerkannt worden², so hätte sich nach dem, was wir gesehen haben, der freie Fluß der gewohnheitlichen Rechtsentwicklung in ein starres und ultrareaktionäres Beharren verwandeln müssen. Denn die Bestimmung König Pipins für Italien, einmal urkundlich erlassenes Recht dürfe nicht mehr durch Gewohnheit überwuchert werden³, gilt, obwohl

¹ Nur mit einem Wort sei daran erinnert, wie sehr z. B. vom Kirchenrecht aus der Begriff der *Reformatio ecclesiae*, d. h. ihre Reinigung und Zurückbildung auf den idealem Urstand, diese Denkgepflogenheiten stützt, ebenso von der Philosophie her der Gedanke des paradiesischen Naturrechts, wovon wir ja oben S. 13 f. ein Beispiel hatten.

² Zu letzterem Punkte vgl. S. 34.

³ Brie a. a. O. 255 ff. Man vergleiche damit den entgegengesetzten Grundsatz, der oben S. 32 erwähnt wurde.

sonst nicht so ausdrücklich festgesetzt, dennoch theoretisch für alles aufgezeichnete Volks- oder Königsrecht. Freilich wäre das Gewohnheitsrecht durchweg aufgezeichnet und nach dem aufgezeichneten Buchstaben beherzigt worden, dann hätte es sich durch die vollkommene Erstarrung, die ihm gefolgt wäre, selber *ad absurdum* geführt: oder anders ausgedrückt, das Gewohnheitsrecht hätte dann wie Satzungsrecht behandelt, sich in solches auch begrifflich verwandeln müssen. Man hätte dann notgedrungen zu dem Rechtsbegriff des kodifizierten Rechts übergehen müssen, das durch jüngeres kodifiziertes Recht aufgehoben wird. Für diesen Rechtsbegriff lag aber kein Bedürfnis vor, auch dort nicht, wo das Volksrecht aufgezeichnet wurde. Denn immer weiß das aufgeschriebene mittelalterliche Recht sich selbst nur als Ausschnitt aus dem allumfassenden Meer des Gewohnheitsrechts, als Bruchstück, nicht als lückenlose Kodifikation. Die Gesetze, Kapitularien usf. weisen regelmäßig auf das ungeschriebene Gewohnheitsrecht als das maßgeblich zu befolgende hin. Im Notfall aber, wie wir sahen, konnte man immer die Gültigkeit, d. h. Echtheit des aufgeschriebenen Rechts anzweifeln, ja sogar die des beurkundeten Rechts in sehr vielen Fällen; denn diese Abschriften und auch die Beurkundungen waren kein unwegdeutbarer Kodex, sondern blieben bei der Art ihrer Aufzeichnung und Aufbewahrung den mannigfachsten Anfechtungen ausgesetzt. Dies alles haben wir oben schon erörtert.

Das mittelalterliche Recht zeigt theoretisch absolute Beharrung, praktisch gemildert durch Vergeßlichkeit. Man konnte, wenn ein „altes“ Recht wohlbezeugt in den Gerichtsring trat, doch fast immer annehmen, daß es, falls

es dem Rechtsgefühl der Urteiler widersprach, auch irgendwie verfälscht, erschlichen, unzuverlässig und unvollkommen überliefert sei. Und da die mittelalterliche Rechtspraxis nicht wie das heutige Zivilrecht seinen Spruch absichtlich mit Beschränkung auf das von den Parteien beigebrachte Material fällt, sondern das wahre gute objektive Recht sucht, so kann durch jenes (dank der mittelalterlichen Unordnung nur zu wohl begründete) Mißtrauen gegen alles bezeugte alte Recht, soweit es dem Rechtsgefühl widerspricht, das urteilbestimmende Rechtsgefühl doch im ganzen beweglich bleiben. So wußte sich auch im Mittelalter das Leben von der Herrschaft des Buchstabens zu befreien und diesen für tot zu erklären. Das blinde Veto des aufgeschriebenen Rechts gegenüber dem lebendigen Fluß des nur gedächtnismäßig überlieferten Gewohnheitsrechts taucht immer nur vereinzelt auf, wo etwa eine vergessene alte Urkunde hervorgezogen wird, der man nicht zu widersprechen wagt; dann allerdings konnte die Entwicklung des Rechts unter Umständen rücksichtslos auf einen früheren Zustand zurückgeschraubt werden, da ja das alte Recht das jüngere bricht.

Wir sondern hier wieder aus praktischen Gründen (das Mittelalter sondert theoretisch nicht) die Fortbildung des objektiven Rechts und die Behandlung der subjektiven Rechte. Für das Gefundenwerden (oder Sichselberfinden) des objektiven Rechts ist die bezeichnende Form des Mittelalters das abstrakte Urteil des Weistums. Es wird häufig ohne eigentliche geschichtliche oder urkundliche Nachforschungen aus dem Gedächtnis und Rechtsgefühl Rechtserfahrener und Vertrauenswürdiger geschöpft. Es bildet leicht das Recht unbewußt oder doch unausgesprochen weiter, in-

sofern die Schöffen tatsächlich oft mehr nach ihrer *ratio* als nach einem vielleicht veralteten oder vergessenen Herkommen urteilten. Wo das Weistum o. dgl. dagegen aufgeschrieben wurde und unvergessen blieb, da konnte es wohl das Recht starrer binden, länger in altertümlichem Gang erhalten, als modernes kodifiziertes Recht. Denn zum Unterschied von letzterem konnte es niemals und durch nichts förmlich aufgehoben werden. Veraltetes Satzungsrecht wird ohne Zögern durch neue Satzung ersetzt, wenn nur wirklich der Gesetzgeber von seiner Veraltung überzeugt ist. Das Mittelalter hatte diesen Weg nicht, ererbtes, überständiges Recht los zu werden. Es kann nicht rufen:

„Der Wald ist alt, man muß ihn nächstens fällen
Und neuen pflanzen an die alten Stellen.“

Aber es hatte dafür den glücklichen Leichtsinn in der Bewahrung, Überlieferung und Bewertung aufgeschriebener Rechtssätze, und vermochte ein nicht mehr in die Zeit passendes Recht für die Praxis damit häufig unschädlich zu machen.

Rechtsneuerung und Rechtsbeharrung können beide nützlich und schädlich sein; auch im Mittelalter gewahren wir praktisch den ewigen Kampf beider Grundstrebungen miteinander. Dazu aber kommt hier hineinverflochten ein zweites Ringen, um das wir Heutigen uns unter der Herrschaft des wohlgepflegten Satzungsrechtes nicht mehr zu sorgen brauchen: das Ringen um die Rechtsbeständigkeit, um die zusammenhängende Überlieferung, die Kontinuität des Rechts. Je mehr der Rechtskreis hinauswächst über die Nachbar- und Dorfgemeinde, desto weniger kann man sich eben auf

das bloße Gedächtnis verlassen. In Skandinavien (nur dort) bestand der Brauch, das Recht in gemessenen Zeiträumen mündlich vorzutragen, damit es sich fixiere. Ähnlichen Dienst leisteten Aufzeichnungen kundiger Schöffen, Niederschriften, die in Hand und Herz zu halten den Rechtsmännern freilich niemals zur Pflicht hat gemacht werden können, die sich aber durch Zuverlässigkeit und Reichhaltigkeit, ja vergleichsweise durch eine gewisse Systematik und Vollständigkeit zum Massengebrauch empfohlen. Es ist bekannt, wie die Rechtsbücher des hohen und späteren Mittelalters einen solchen Dienst erfüllten. Auch diese privaten Aufzeichnungen des Gewohnheitsrechts konnten beim Mangel eines kodifizierten Rechts maßgebend, gesetzbuchartig und nicht nur rechtsbewahrend, sondern, den Zeitgenossen unbewußt oder doch unausgesprochen, auch rechtsfortbildend wirken. Dank dem Ansehen ihrer Verfasser wurden solche Rechtsbücher als getreue Aufbewahrungsstätten des guten alten Rechts angesehen, ebenso wie ja auch die geschriebenen Gesetze der Könige und Völker begrifflich nur Bekräftigungen, nicht Schöpfungen des Rechts sind.

Nun ist aber die Hauptsache zu bedenken. Für uns würde ein solches Bemühen um Rechtsbeständigkeit in jedem Falle etwas schlechthin Löbliches und Nützliches bedeuten. Es würde dem Streit um Rechtsneuerung oder Rechtsbeharrung in nichts vorgreifen, in diesem Streit neutral beiden Grundbestrebungen nur den zuverlässigen Stoff dessen, was ist, übermitteln, ohne darüber zu befinden, was nun etwa sein und werden soll. Der mittelalterliche Rechtsgedanke aber setzt ja das Recht, das ist, gleich mit dem Recht, das sein soll. Jedes Bemühen um Rechtsbeständigkeit ist also im Mittelalter zugleich schon eine Parteinahme für Rechts-

beharrung¹, und, wie ja nun klar ist, würde eine lückenlose Rechtsbeständigkeit auch eine vollkommene Abriegelung gegen Rechtsneuerung bedeuten. Darum ist jene Lässigkeit der Bewahrung, die immer wieder die Anstrengungen um vollkommene Rechtsbeständigkeit gleichmütig vernichtet, auch ein wohltätiges Übel, eine notwendige Luftschleuse für Rechtsfortbildung. Diese Lässigkeit geht auch ruhig über Geschriebenes hinweg; Artikel von Rechtsbüchern werden vergessen, Gesetzesbestimmungen, wie die aus der Lex Salica, werden verworfen, Urkunden für unecht oder durch ausdrückliche spätere Urkunde abgeschafft erklärt, wenn die Entwicklung sich nicht anders Luft zu machen weiß.

Es wäre nun mit die herrlichste Aufgabe mittelalterlicher Rechtsgeschichte, das Spiel dieser Gegensätze in der Entwicklung der Rechtswirklichkeit zu beachten, aufzuzeigen, wie der beharrende Rechtsgedanke, die biegsame Mündlichkeit des Gewohnheitsrechts, die Anläufe zur Rechtsfixierung und die unbehilfliche Rechtstechnik ineinanderwirken, fördernd oder schädlich, und wie aus alledem eine bestimmte Reihe mittelalterlicher Eigentümlichkeiten im konkreten Recht erwächst, neben den anderen Reihen von Besonderheiten, welche aus Wirtschaft, Gesellschaft, Sitte, Glauben und Politik des Mittelalters zu erklären sind.

Soviel vom objektiven Recht. Auf dem Gebiet der subjektiven Rechte aber drückt sich die geschilderte mittelalterliche Zusammenknüpfung von Theorie und Praxis zunächst aus in einer hervorstechenden Rechtsunsicherheit,

¹ Soweit nicht der Rechtsaufzeichner, wie Eike, vielfach eigene, d. h. neue Gedanken als geltendes Gewohnheitsrecht mitüberliefert.

welche, trotz vielen Bequemlichkeiten im einzelnen, doch den Übergang zur modernen Rechtstheorie als einen entscheidenden Fortschritt empfinden läßt.

Nicht als ob die Rechte der „Privaten“ irgendwie geringeren Ranges gewesen wären, verglichen mit der öffentlichen Rechtsordnung. Im Gegenteil, die Nichtunterscheidung von objektivem und subjektivem, von öffentlichem und privatem Recht¹ umkleidete auch den geringsten Rechtsanspruch eines Einzelnen mit der ganzen Heiligkeit der unverbrüchlichen Gesamtrechtsordnung, aus der kein Steinchen losgebröckelt werden kann, ohne daß das Ganze wanke. Die ethische Grundstimmung des Mittelalters verschmäht politische Wichtigkeitserwägungen und nimmt Recht und Unrecht immer gleich ernst, wie groß oder klein ihr Gegenstand. Also die Theorie des Rechts mußte die subjektiven Rechte sicherer stellen als irgendeine andere Rechtstheorie, z. B. als die moderne, in der öffentliches Recht das private Recht bricht². Aber es ist hier wie so oft mit dem Mittelalter: sein idealer Flug scheitert an der Unzulänglichkeit der technischen Zurüstungen. Auch die theoretisch so felsenfeste Rechtssicherheit, für groß und klein, unterschiedslos für Staatsgewalt oder Private, stellt sich in der Praxis beim Mangel an Rechtsbeständigkeit weit anders dar.

Auch hier wie beim objektiven Recht entscheidet praktisch die Spärlichkeit und Unsystematik der Aufzeichnung, der Mangel geordneter und vollständiger Gesetzbücher, das Fehlen registrierter Urkunden und Erlasse, das Nichtvorhandensein gelehrter Richter und Gesetzgeber, die ungleich-

¹ Vgl. oben S. 36 und unten S. 58 f.

² Das Nähere hierüber im Abschnitt von der Verfassung.

mäßige Kenntnis und zweifelnde Benutzung des einmal aufgeschriebenen Rechts durch die Nachfahren. Auch hier steht das subjektive Recht am festesten im räumlich engbegrenzten Nachbarkreis, in zeitlich naheliegenden Abständen der rechtserheblichen Ereignisse. Schwieriger wurde die Bewahrung subjektiver Rechte über Raum und Zeit hinweg. Nur die Interessenten selbst, die Träger subjektiver Rechte, kümmerten sich innerhalb ihres engen Gesichtsfeldes um die Rechtsbeständigkeit; nur sie taten etwas dafür, natürlich in einseitiger, die Rechtssicherheit mit der einen Hand stützender, mit der anderen Hand umbiegender Parteilichkeit; nur sie legten Archive der Urkundentitel ihrer subjektiven Rechte an, zu deren Nachprüfung überparteiliche Archive mit öffentlichem Geschäftskreis meistens mangelten. Die ausgleichende Rechtsbewahrung des Staats wird auch vom mittelalterlichen Herrscher mit lauten Tönen gefordert; die Scholastiker preisen die *justitia distributiva* des Herrschers: aber praktisch hatte er keine Hilfsmittel und Handhaben, um unparteiisch und genau festzustellen, was „jedem das Seine“ sei. Praktisch war er auf die immer der Parteilichkeit verdächtige *justitia commutativa* der Privaten angewiesen. Die gebildetsten, technisch bestgerüsteten Privaten waren stets die geistlichen Anstalten, die Kirchen und Klöster: die hatten Archive, Urkundenregister usf., sie haben für das dem Zeitalter höchsterreichbare Maß von Rechtssicherheit gesorgt. Aber sie haben zugleich bei der Dürftigkeit der Urkundenkritik, der technischen Hilflosigkeit der öffentlichen Behörden auch erfundene Rechte am häufigsten und am leichtesten erschlichen, indem sie z. B. Rechtsakte früherer Herrscher fälschten. Die Versuchung der Rechtsfälschung war

aber nicht nur deshalb so groß, weil eine Nachprüfung meist ausgeschlossen, dem kühnen Dieb also der Erfolg so gut wie sicher war. Wir müssen der *pia fraus* des Mittelalters eben aus der mangelnden Rechtsbeständigkeit heraus noch einen gewissen Milderungsgrund zugestehen. Ich bin überzeugt, wenn es sich auch mangels Fälscherkonfessionen des Mittelalters schwer quellenmäßig belegen läßt, daß manch ein für sein Kloster Urkunden komponierendes Mönchlein, von Fälscherheiligen wie Pseudo-Isidor ganz abgesehen, in seinem Maulwurfsbau sich den Himmel verdient hat. War es denn nicht sozusagen aus Vernunft, Rechtsgefühl, leisen oder lauten Überlieferungen usw. klar und einleuchtend, daß jener Acker nicht dem bösen Vogt gehören kann, da er doch so geschnitten ist, daß er zu dem anstoßenden Klostergut ursprünglich gehört haben muß. Ist nicht klar, daß Konstantin, als er nach Neurom ging, in Altrom den Papst zum Erben einsetzen mußte? Ist nicht die Kirchenverfassung des 9. Jahrhunderts ein unerträglich verunstaltetes Ding, gegenüber der reineren Form, wie sie in der alten Kirche bestanden haben muß? Gewiß, über all das fehlen schriftliche Belege, das hundertjährige Unrecht hat sich breit gemacht und kann von dem älteren und unveraltenden Recht erfolgreich nur noch angegriffen und vertrieben werden, wenn dies alte, wahre Recht Zeugnisse für sich ins Feld führen kann. Ist es aber nun nicht der reine Zufall, ob solche Zeugnisse noch da sind oder nicht? Können sie nicht beim Normannenbrand vor hundert Jahren zugrunde gegangen sein? Kann nicht Leichtsinn irgendeines Vorfahren ihre Ausstellung oder ihre Aufbewahrung vernachlässigt haben? Kann nicht schließlich ein älterer, vom Glück be-

günstiger Fälscher der Gegenpartei durch sein Werk das Recht verdrängt und das Unrecht triumphierend gemacht haben? So hilft man nun der Wahrheit und dem Recht durch eine neue Fälschung zum Sieg. Man korrigiert den Zufall der Rechtsüberlieferung, schafft wahre Rechtsbeständigkeit; indem man die Zeugnisse herstellt, stellt man das Recht selbst wieder her. So arbeiten in verborgener Minierarbeit und doch mit beiderseits bestem Gewissen zwei Heere geschickter Fälscherparteien gegeneinander, sie flicken die Löcher der Überlieferung in der allein rechtswirksamen Weise. Sie reden nicht über ihr Tun und doch ist ihr Gewissen gut, wie dasjenige der Northcliffe-Agenten, wenn sie zum Nutzen ihres Volkes unterirdische Bestechungsgänge in die öffentliche Meinung graben: beidemale der Natur der Sache nach geheime, aber beidemale auch selbstverständliche und berechtigte Tätigkeiten. Wenn Pseudo-Isidor das Kirchenrecht wieder herstellte, wie es hat sein müssen, und wenn jener Acker für das Kloster zurückbewiesen war, dann durfte sich der geschickte Urkundenstrategie freuen als über einen unblutigen, wahrhaft rechtlichen Sieg, und man darf vermuten, daß ihm die Absolution nicht schwer gemacht worden ist. Die Rechtsunbeständigkeit des Mittelalters war ein zu bequemer und verführerischer Antrieb zum Fälschen¹.

Soviel über die zu vermutende Seelenkunde der mittel-

¹ Dazu der Wunsch, ein (vielleicht subjektiv für gut gehaltenes) Recht für alt auszugeben, dasselbe Motiv, das auch bei der Her-einnahme der alten Herrscherakte in jede Bestätigung des betreffenden Rechts bestimmend ist. Vgl. G. Kallen in der Festgabe für Friedrich von Bezold, Bonn 1921. S. 118 (Zusatz aus der Hs.).

alterlichen Fälscher, die man ohne anschauliche Kenntniss des mittelalterlichen Rechtsbegriffs nicht verstehen kann. Die ganze vorstehende Abhandlung dient in gewisser Weise zur Erklärung der massenhaften Fälscherei; als *advocatus diaboli* beweist sie, weshalb das Wasser, mit dem die Kirche kochte, nicht immer rein sein konnte. Damit soll natürlich nicht geleugnet werden, daß auch das Mittelalter selbst dies Mittel als ein fragwürdiges und bedenkliches empfand. Nur wo der Zweck ein guter, ja heiliger, auch überpersönlicher war, wo ein verbreitetes Rechtsgefühl Zustände als einst wirklich vorhandene so annahm, wie man sie dann fälschenderweise wieder in die Welt setzte, nur dort konnte die Selbstrechtfertigung im obigen Sinne wirken.

Neben den Fälschungen sind es besonders die massenhaften **Urkundenbestätigungen** des Mittelalters, deren Hypertrophie eine gewisse Störung des Rechtskreislaufs verrät.

Man sucht die Sitte der Bestätigungen daraus zu erklären, daß das Mittelalter im allgemeinen keine überpersönliche Staatsgewalt gekannt und deshalb auf die persönliche Bindung jedes neuen Herrschers so großes Gewicht gelegt habe¹. Wir werden aber im Abschnitt über die Verfassung sehen, daß der jeweilige Herrscher zwar nicht im Namen einer überpersönlichen Staatsgewalt, wohl aber im Namen der Rechtsgemeinschaft und des überpersönlichen, unvergänglichen Rechtes urkundet. Aus allgemeinen Verfassungsanschauungen ist darum die Bestätigungssitte nicht

¹ So z. B. A. Hofmeister in der Festschrift für D. Schäfer, Jena 1915, S. 79 f. Vgl. auch S. 74, 1. So wie Hofmeister die Bestätigungssitte darstellt, ist die Erklärung nicht falsch, nur unvollständig.

ohne weiteres ableitbar; wir müssen zu ihrer Erklärung mehr ins Praktische, einfach Technische des mittelalterlichen Rechtsganges hinabsteigen.

Jeder Herrscher war an sich, der Verfassung nach, an seine eigenen früheren Herrscherhandlungen, sowie an die rechtmäßigen Regierungsakte aller seiner Vorgänger gebunden. Hätte der mittelalterliche Staat ein gutes behördliches Urkundenregister gehabt, mit Löschung der getilgten und immerwährender Schauhaltung aller noch gültigen Urkunden, dann hätte das Mittelalter nicht eine einzige Bestätigung gebraucht. Diese sind einfach technische Behelfe für Rechtsbeständigkeit, Vorsichts-, wenn man will, Angsterzeugnisse, gegen die Rechtsunsicherheit. Wenn man ein verbrieftes subjektives Recht besaß, so lebte man immer in der Erwartung, daß der Gegeninteressent plötzlich mit einem das Gegenteil bekundenden Herrscherdiplom anrückte. Zwar war die ältere Urkunde besser, wenn nicht die jüngere Urkunde ausdrücklich die ältere ausnahm. Aber wie leichtfertig wurde doch oft in mittelalterlichen Herrscherkanzleien nach Gunst oder in flüchtiger Kenntnis der Sachlage entschieden¹: Die Rechtsprechung war materiell man-

¹ Eine kontradiktorische Verhandlung bei der Bestätigung älter Urkunden war nicht vorgeschrieben, sondern nur freigestellt. Die päpstliche Kanzlei marschiert hier an der Spitze der Sorgfalt und vergleichswisen Rechtssicherheit, wie auch in der Pflege der Register. Absolute Rechtsbeständigkeit darf man aber auch bei ihr noch nicht voraussetzen. Vgl. Breßlau, Urkundenlehre 2, 1², 30f. Der höhere Kredit und Kursstand päpstlicher Privilegien infolge dieser vergleichsweise besseren Ordnung in der Kanzlei ist ein Bestandteil der Überlegenheit päpstlicher Politik. Bei strittigen Fällen fand allerdings die Urkundenbestätigung auch im weltlichen Staat wohl durch ein ordentliches Ge-

gelhaft, die Urkundenausfertigung ein Teil dieser mangelhaften Rechtsprechung; bei aller Erhabenheit des Rechtsbegriffs war die Technik schwach. Man mußte also jeden Augenblick gewärtigen, daß die gute alte Herrscherurkunde, die man für sein subjektives Recht besaß, vom Gegeninteressenten durch eine neuerdings gut oder schlechtgläubig erschlichene, formell einwandfreie, vielleicht sogar die ausdrückliche Widerrufung jener eigenen Urkunde enthaltende Herrscherverbriefung überrannt wurde. Wer bürgte dafür, daß nicht in jedem Augenblick die Gegenpartei ein altes Diplom „fand“, welches dann der augenblicklich regierende Herrscher gutgläubig vidimierte¹? Kurz, in diesem Dornestrüpp möglicher Gefährde im Rechtswirrwarr des Mittelalters gab es nur ein verhältnismäßig sicheres Auskunftsmittel: man beeilte sich, von dem neuen Herrscher eine Bestätigung der eigenen subjektiven Rechte zu er-

richtsverfahren statt. Breßlau a. a. O. 74 f. Aber abgesehen davon, daß dies keine Regel war, krankte auch das Gerichtsverfahren an demselben entscheidenden Mangel einer absoluten öffentlichen Evidenzhaltung der mit *publica fides* ausgestellten alten Urkunden. Eine besonders starke Gefährdung der Parteigegner durch Urkundenbestätigungen mußte dort eintreten, wo (Breßlau ebenda) dem Empfänger der Bestätigung noch außerdem ein besonderer Akt erneuerter Besitzeinweisung zuteil wurde.

¹ Es war wieder der päpstlichen Kanzlei vorbehalten, in Fällen, denen sie selbst nicht traute, ihrem Vidimus die dispositive Rechtskraft vorzuenthalten (Breßlau a. a. O. 31, 2), ein bezeichnendes Übergangsverfahren zur „Sanierung“ der bereits als überlebt empfundenen mittelalterlichen Sitte, solche nur beim Empfänger überlieferten Urkunden zu bestätigen, einer Sitte, von der man sich ganz noch nicht lossagen kann, da die behördlichen Register nicht genügen.

wirken. Dann war man für dessen Lebenszeit gegen unerwünschte Zwischenfälle verhältnismäßig gesichert. Er hatte sich persönlich gebunden und würde diese Bindung nicht so leicht widerrufen können. Gesichert hatte man sich gegen eine (der Verfassung widersprechende) materielle Willkür des Herrschers, Akte seiner Vorgänger nach Belieben zu widerrufen; aber gegen sein praktisches Unvermögen, den wirklichen Stand des Rechts, den zu schützen er berufen und verpflichtet war, überall einwandfrei zu erkennen; gesichert hatte man sich gegen den so leicht zu befürchtenden Hereinfall des Herrschers auf ihm vorgelegene, von ihm nicht wirklich nachprüfbare Beweismittel der Gegenpartei. Auch war es wertvoll, neben alten Urkunden, welche das ehrwürdige Alter und damit die steigende Güte des betreffenden Rechtes verbürgten, auch junge Urkunden für dasselbe Recht zu besitzen. Gegen alte Urkunden hatte nämlich die Bestätigungsbehörde ein berechtigtes Mißtrauen, weil die Prüfung ihrer Echtheit so viel schwieriger war (Breßlau a. a. O. 30), und vielleicht noch mehr, weil die Rechtsverhältnisse jener alten Zeit noch gar zu vielen Verschiebungen in der Zwischenzeit ausgesetzt sein konnten, die eine einfache Bestätigung bedenklich machten, wenn die Kanzlei es genau nahm¹. Die Parteien hatten also allen Anlaß, die Kette der Bestätigungsurkunden durch alle Herrscher hindurch nicht abreißen zu lassen. Man ließ gern einen Herrscher seine eigenen Urkunden selber nochmals bestätigen, z. B. den deutschen König, nachdem er Kaiser geworden war, nicht etwa deshalb, weil

¹ Bez. des Auskunftsmittels der Kanzlei, in bedenklichen Fällen nur zu transsumieren, nicht eine neue dispositive Urkunde auszufertigen, vgl. oben S. 54 Anm. 1.

er mit der Kaiserkrönung eine neue staatsrechtliche Persönlichkeit an- und die alte ausgezogen hätte und für seine früheren Herrscherhandlungen nicht mehr aufzukommen brauchte; sondern einfach deshalb, weil die Staatskanzlei oft in der größten Hilflosigkeit war, festzustellen, ob eine bestimmte Urkunde wirklich von ihr ausgegangen sei oder nicht, selbst wenn es sich dabei um den noch lebenden Herrscher handelte¹; und so konnte es unter Umständen peinlich sein, wenn man nur eine Urkunde des Königs Heinrich im Schreine hatte, während die Gegenpartei eine solche des Kaisers Heinrich aufwies. Doppelt genäht hielt besser.

So erklärt sich die Sitte der Bestätigungen aus dem ungeheuren prozessualischen Wert der Herrscherurkunde, innerhalb der fließenden Nebel mündlichen Gewohnheitsrechts sozusagen des einzigen festen Pfeilers der Rechtsüberlieferung², in Verbindung mit dem technisch hilflosen Zustand der Aufbewahrung dieser Hauptbeweismittel nur bei den Parteien. Die Kanzleigebühr, die man für die immer wiederholten Bestätigungen erlegte, waren Versicherungsprämien nicht gegen eine staatsrechtliche Gefährdung der eigenen Privatrechte (eine solche Gefährdung etwa durch Herrschwerwechsel bestand, wie bemerkt, verfassungsrechtlich nicht), wohl aber gegen eine rechtstechnische Gefährdung; nicht gegen

¹ Anschaulich bei Breßlau, Urkundenlehre 1² (1912), 644, 5.

² Für die riesige, Urkundenfälscher geradezu privilegierende prozessuale Vorzugsstellung des Urkundenbesitzers vgl. die ungelenk frühmittelalterliche Bestimmung der Lex Ribuarie 60, 6, die den eine Königsurkunde erfolglos Anfechtenden mit dem Leben bestraft, Breßlau a. a. O. 643 f.

rechtlichen Absolutismus des Herrschers gegenüber früheren Regierungshandlungen, sondern gegen die Anarchie seiner Kanzlei.

Wie die Herrscher selbst, und zwar in großen staatsrechtlichen Fragen, unter dem technischen Unvermögen, die Rechtsbeständigkeit zu sichern, und den daraus folgenden schwankenden Zuständen litten, davon wäre an anderem Ort zu erzählen. Diese Rechtsunbeständigkeit ist streckenweise so groß, daß man zuweilen gemeint hat, dem mittelalterlichen öffentlichen Leben den Rechtscharakter überhaupt absprechen und darin nur ein Chaos der Machtkämpfe sehen zu dürfen: in diesem mittelalterlichen Leben, dessen eigene Anschauungswelt nicht nur das Recht, sondern sogar die Politik so ehern in dem ewigen Grund der Moral zu verankern strebt wie kein Zeitalter vor und nach ihm! Das praktisch Entscheidende ist auch hier das technische Unvermögen, die Idee in die Wirklichkeit überzuführen, weshalb eben die Neuzeit, trotzdem sie dem Recht nicht mehr solche theoretische Heiligkeit zuspricht, in all ihrer Nüchternheit doch dem Recht eine viel größere praktische Erhabenheit durch wirksamere Beständigkeit zu sichern wußte¹. Wenn ein Barbarossa vom Papst zu Stallknechtsdiensten aufgefordert wird, gewiß eine Frage hohen Belanges für das Verhältnis von Papst-

¹ Hier wären Fragen zu erörtern wie die, warum einschneidende Gesetze und Verträge des mittelalterlichen Lebens, wie das Wormser Konkordat oder die Goldene Bulle, so wenig befolgt worden sind; weshalb bei derlei Vorkommnissen immer nur die Interessenten auf Befolgung und Erinnerung dringen, aber die Gegeninteressenten keinem allgemeinen Zwang dazu unterliegen usf. Doch wird dies besser einer Studie über mittelalterliche Politik vorbehalten.

und Kaisertum, welche Hilfsmittel hat er, um die Berechtigung dieses Verlangens nachzuprüfen bzw. im Fürstengericht nachprüfen zu lassen? Die zufällige mündliche Überlieferung, das Gedächtnis seiner Romzugsgesellen an frühere Kaiserfahrten, und zweitens Urkunden, die der Papst, also der Gegeninteressent, ihm vorwies¹. Begreiflich, daß der Fürst sich sträubte und gegen die Zuverlässigkeit dieses „Rechtes“ auch dann noch sich innerlich gesträubt haben mag², wenn er aus politischen Gründen sich ihm unterwarf.

Den Schaden, den in diesem Falle ein Herrscher in seinen subjektiven Rechten erlitt, weil er den Urkunden der Gegenpartei keine Urkunden entgegenzustellen hatte, erlitten Untertanen noch viel leichter.

Je umsichtiger darum ein mittelalterlicher Rechtsträger war, desto mehr hielt er nicht nur auf Bestätigungen, sondern überhaupt auf einen möglichst vollständigen *U r k u n d e n s c h a t z*. Man ließ sich vorsichtshalber möglichst alle seine Rechte verbriefen, nicht nur singuläre, sondern auch generelle und solche, die wir als von öffentlich-rechtlicher Natur bezeichnen. Ich führe hier die trefflichen Worte Steinackers an, die an wenig zugänglichem Orte gedruckt sind³: „Die Fähigkeit des römischen oder moder-

¹ MSt. 1, 470. Wiesen beide Parteien Urkunden vor, konnte der politische Streit sich entscheidungslos fortsetzen (Arnold von Lübeck zu 1184).

² Für das Mißtrauen gegen Urkunden vgl. oben S. 36.

³ H. Steinacker, Über die Entstehung der beiden Fassungen des österreichischen Landesrechtes, Jahrbuch des Vereins für Landeskunde von Niederösterreich 1916/17, Wien 1917, S. 261. Die Abhandlung, deren konkretes Ergebnis ich im übrigen zu beurteilen nicht in der Lage bin, stützt sich für die allgemeinen

nen Gesetzes, dem Einzelnen das subjektive Recht, das ihm nach der objektiven Rechtsanordnung zustand, auch unmittelbar zu sichern und zu verschaffen, fehlt dem Recht der ständischen Zeit; und eben darum richtete sich damals die Aufzeichnung des Rechtes so selten auf das objektive Recht und schon gar nicht auf eine vollständige und systematische Kodifizierung des objektiven Rechts, sondern zumeist auf die Festlegung der subjektiven Rechte der einzelnen Personen. Mit anderen Worten: sie nimmt überwiegend die Form des „Privilegs“ an. Der Einzelne läßt sich sein subjektives Recht unmittelbar von den Trägern der öffentlichen Gewalt urkundlich verbürgen, und zwar nicht nur Vorrechte, die andere Standes- und Rechtsgenossen nicht besitzen, die also Ausnahmen von der allgemeinen Rechtsordnung, „Privilegien“ im eigentlichen Sinn des Wortes bilden, sondern auch Berechtigungen, die er auch ohne ausdrückliche Privilegierung und Beurkundung beanspruchen durfte, weil sie, wie die Urkunden selbst oft unmittelbar sagen, gewohnheitsmäßig kraft allgemeingültiger Rechtsanschauungen allen Mitgliedern eines bestimmten Kreises, etwa allen Grundherren, allen Bürgern usw., zustehen. Und solche Urkunden erwirbt der Einzelne für sich ganz ohne Rücksicht darauf, ob und wie der betreffende allgemeine Grundsatz, kraft dessen unter vielen anderen auch ihm jene Berechtigung zustehen würde, als solcher aufgezeichnet war. In der Tat, diese Form des Privilegs, die Beurkundung der subjektiven Rechte einer be-

Erwägungen z. T. auf meine Ausführungen in H. Z. 115 und bestrebt sich, meine grundsätzliche Auffassung methodisch bei der Lösung eines Einzelproblems zu verwerten. Vgl. S. 241 ff., 261 f. (Ebenso Kallen a. a. O., vgl. S. 51 Anm. 1 [Zusatz a. d. Hs.]).

stimmten Person, boten dieser verhältnismäßig noch am meisten Sicherheit. Denn die mittelalterlichen Aufzeichnungen der objektiven Rechtsordnung wurden immer wieder von gewohnheitsrechtlichen Bildungen überwuchert, zersetzt, ausgeschaltet.“

Wieweit wir in kleinen Einzelheiten den Ausdruck anders schattieren würden als Steinacker, geht aus den früheren Darlegungen hervor. In allem Wesentlichen aber geben diese Ausführungen Steinackers den Grund und die Eigenart mittelalterlicher Privilegienjagd unübertrefflich an.

Es konnte also vorkommen, daß ein Einzelner, der sich ein generelles Recht seines Standes verbriefen läßt, nach Ablauf einer Zeit, während welcher jenes Recht als generelles verschwand und neuen gewohnheitsrechtlichen Zuständen Platz machte, nunmehr kraft der Urkunde dieses Recht als singuläres Privileg trotzdem weitergenießt.

Es wäre nun noch der Übergang von der mittelalterlichen zur modernen Rechtsanschauung, vom Gewohnheits- zum Satzungsrecht darzustellen, doch müssen wir dies berufenerer Hand überlassen und wagen nur vorläufige Bemerkungen.

Einen besonders großen Anteil an der Entstehung des modernen Rechtsbegriffs möchten wir der oben dargestellten und auch von den Zeitgenossen empfundenen technischen Unvollkommenheit der mittelalterlichen Rechtspraxis zusprechen. Aus der Praxis heraus mußte z. B. auch das Bewußtsein aufsteigen, daß neues Recht altes *b r e c h e*¹. Schon das ribuarische Gesetz (60, 7) sucht einen naiven Verlegenheitsausgleich zwischen dem Grundsatz vom guten

¹ Vgl. auch oben S. 38 f.

alten Recht und dem Rechte „das mit uns geboren“: beim Zusammenstoß zweier Königsurkunden solle der unstrittene Gegenstand geteilt werden, und zwar so, daß der Besitzer der älteren $\frac{2}{3}$, der der jüngeren Urkunde $\frac{1}{3}$ des Streitgegenstandes erhalte. Tatsächlich bricht ja auch im Mittelalter fortwährend junges Recht das alte, nur daß dies nicht ausgesprochen und begrifflich klar werden kann. Erst im Satzungsrecht gilt dann grundsätzlich die jüngste Satzung, wie beim Gewohnheitsrecht das älteste Herkommen. Damit aber der Grundsatz vom kräftigeren neuen Recht durchdringen könne, muß erst das Satzungsrecht mit dem Anspruch der Ganzheit (Totalität) auftreten, dergestalt, daß es für den Kreis der betreffenden Satzung oder Kodifikation alles ältere Recht lösche oder zudecke.

Ein Übergang vom grundsätzlichen Gewohnheitsrecht zum grundsätzlichen Satzungsrecht vollzog sich jedenfalls durch das gelehrte Recht. Das Römische Recht spielt dabei seine Rolle. Es wird vom Gewohnheitsrecht arglos wie ein Stück seiner selbst aufgenommen, und sprengt dann als treibender Kern die immer schwächer werdende Schale des Gewohnheitsrechts¹. Das Corpus Juris ist eine Sammlung von Bruchstücken, keine Ganzheit von Satzungen. Aber als totes Recht, nicht lebendes Herkommen, zwingt es zu systematischer Durchdringung und zur Findung von Grundsätzen. Diese Grundsätze bzw. die wissenschaftliche Operation, die zu ihnen führt, macht das System des Römischen Rechts zu einer Ganzheit und gibt der Jurisprudenz ihre Natur als Auslegekunst einer allumfassenden Satzung. Wie aber das Pandektenrecht eine Ganzheit für das

¹ Vgl. oben S. 40 Anm. 2.

bürgerliche Recht wird, so vollzieht die Wissenschaft, und auf ihren Spuren auch die Kodifikation, dieselbe Totalisierung der Bruchstücke auch für Strafrecht, Prozeßrecht, Staatsrecht usf. Ist diese moderne Ganzheit des gesetzten Rechts nicht minder eine Fiktion, wie die mittelalterliche Anschauung vom Recht, so hat sie doch entscheidende technische Vorzüge und ist bei der heutigen Größe der Rechtsgemeinschaften schlechterdings unentbehrlich; das Gewohnheitsrecht paßt nur für Nachbarrecht. Die technischen Fortschritte aber, nicht die ideellen, sind es, die den modernen Rechtsbegriff über den mittelalterlichen stellen. Jedenfalls können wir geschichtlich diese fortwährende Überführung von örtlich begrenztem und bruchstückhaftem Gewohnheitsrecht in allumfassendes Satzungsrecht beobachten. Das Recht wird dabei zugleich flüssiger und bestimmter, sowie sicherer. Es wird ein besseres Verkehrsmittel: das Gewohnheitsrecht war zu unbeweglich und, wo es, seiner eigenen Idee zum Trotz, sich bewegte, da war es zu fraglich und schwankend, niemals über große Räume und Zeiten hinweg zu gebrauchen.

Die neue Auffassung, daß das Recht lückenlos im Kodex stehe, erwuchs aus dem allmählich sich durchsetzen-

¹ Nicht nur das tote Recht des *Corpus juris*, sondern auch das lebende Gewohnheitsrecht des Mittelalters hat die Entstehung der Rechtswissenschaft ganz anders angeregt, als es ein bereits bestehendes totales geschriebenes Recht vermocht hätte. Verleitet dieses einfach zur mechanischen Tradierung der Paragraphen, so mußten jene zerstückelten Trümmer und fragwürdigen Bruchstücke der Überlieferung zur Schöpfung einer gedanklichen Totalität, d. h. zu wissenschaftlicher Findung von Grundsätzen anregen. So z. B. bei der Entstehung der englischen Jurisprudenz.

den Bedürfnis, die privaten, zufälligen, lückenhaften Rechtsniederschriften irgendwie authentisch zu fixieren¹. Tat aber die Wissenschaft oder der Staat dem Rechtsleben diesen Gefallen, dann mußte es schließlich zu der Ganzheit der Niederschriften und zu der Fiktion von der Lückenlosigkeit des positiven Rechtes kommen. Denn die als unfehlbar befragte Autorität der Wissenschaft oder des Gesetzbuchs antwortet auch dann, wenn sie schweigt. So ist der Staat, seit er überhaupt als solcher Recht schreibt, ebenso wie seine Vorgängerin hierin, die Wissenschaft, gezwungen, der Idee nach auch lückenlos zu schreiben und alles im Rechtsgefühl schwebende Recht in gesetztes Recht zu verwandeln. Die natürliche Ganzheit des Rechtsbewußtseins wird dabei umgegossen in die künstliche Ganzheit eines Rechtssystems, vermöge der Grundsätze, die die Wissenschaft einführt, welche die Brücke schlagen zwischen Kodex und Rechtswissen.

Diese Bemerkungen sind, wie gesagt, unzulänglich und verlangen nach einer Ersetzung durch kundigere Hand.

Nur darauf sei zuletzt noch der Blick gelenkt, wie sich die mittelalterliche Rechtsanschauung gegen die moderne wehrt und ihr nur zögernd die Alleinherrschaft überläßt. Für das naive Empfinden, in welchem ein Stück Mittelalter fortlebt, ist es eine unheimliche Sache, daß alles Recht in Büchern stehe und nicht dort, wo Gott das Recht hervorwachsen ließ, im Gewissen und der gemeinen Meinung, in der Gewohnheit und dem gesunden Menschenverstand. Das positive geschriebene Recht bringt die Rechtsgelahrten, die vom Volk abgesonderten Studierten mit sich und umgekehrt. Obwohl in Wahrheit das Satzungsrecht genauer und

bestimmter arbeitet, wird für den Ungelehrten nun immer unsicherer, was Recht sei. Er kann es nicht mehr überschauen und fühlt sich den Juristen, den „Rechtsverdrehern“ und Advokaten mit nicht geringerem Mißtrauen ausgeliefert als Ärzten und Apothekern. Die Krankheiten sind nun einmal von Gott gesandt, aber diese unverständlichen Gesetze scheinen willkürlich von Menschen gemacht, ja sogar von dem alten Heidenvolk übernommen, wieder ausgegraben zu Bologna, in Hörsälen und Folianten. Der alte Bauer glaubt recht zu tun, wenn er seinem Sohn, dem Studenten, der in den Ferien das *Corpus Juris* mitbringt, wenigstens die Glossen ringsherum wegschneidet.

Oft erweist das positive, kodifizierte Recht sich in der Tat auch schwerfälliger und unbehilflicher als das Gewohnheitsrecht. Dieses gleitet über veraltende Rechte still hinweg; sie sinken in Vergessen und sterben geräuschlos wie von selber weg; und das Recht selbst bleibt jung, immer unter der Anschauung, daß es das alte sei, doch in Wirklichkeit ist es ein unaufhörliches lebendiges Zusammenwachsen neuen Rechts mit altem, ein frisches Hervorquellen zeitgemäßen Rechts aus der Zeugungsstätte des Unterbewußtseins, meist nicht allzusehr abgezüchtet durch starre Schranken aufgeschriebenen urkundlichen Rechts. Das Satzungsrecht dagegen kann vom Buchstaben nicht los, solange nicht ein neuer Buchstabe den alten getötet hat, habe gleich das Leben den alten Buchstaben längst zum Tode verurteilt: der tote Buchstabe behält vorerst über das Leben Gewalt. Das Gewohnheitsrecht gleicht dem wuchernden Urwald, der, nie gefällt, seinen äußeren Umriß kaum leise wandelnd, sich stets verjüngt und in hundert Jahren ein anderer wird, obwohl er von außen derselbe „alte“ Wald

bleibt, wobei das langsame Wachsen auch ein unmerkliches Modern anderer Teile bedingt. Das positive geschriebene Recht dagegen gleicht in seiner Verjüngung ruckweise einsetzenden Erdrevolutionen; wenn Vernunft Unsinn, Wohltat Plage geworden ist, so bedarf es einer einmaligen bewußten Abänderung, bis zu der hin kein allmähliches Absterben des Alten erlaubt wird. Das naive volkstümliche Bewußtsein aber erhebt dort, wo ein Zustand seinem Rechtsgefühl widerspricht, noch heute die echt mittelalterliche Frage, warum denn, was recht sei, nicht auch Recht sein solle, heute, sofort und ohne alle Verschleppung, Umständlichkeiten und unverständliche bürokratisch-juristische Bedenken. Der mittelalterliche Rechtsbegriff ist warmblütig, unklar, verworren und unpraktisch, technisch unhandlich, aber schöpferisch, von einer nicht zu übertreffenden Erhabenheit und Tröstlichkeit der Idee; zu ihm kehren die Menschen besonders gern dann zurück, wenn sich ungeschriebene Urrechte der menschlichen Brust empören gegen die kalte Herzlosigkeit, wie es ihnen dünkt, geschriebener Satzung (im verführerischen Urrecht der Revolution z. B.). Doch das werden wir näher sehen, wenn wir uns nun dem zweiten Teil unserer Untersuchung, dem Staatsrecht im engeren Sinne, zuwenden.

II. VERFASSUNG¹

Unter „Verfassung“ begreifen wir Modernen denjenigen Teil der allgemeinen Rechtsordnung eines Staates, welcher die Zusammensetzung der Staatsgewalt sowie die wechselseitigen Beziehungen zwischen Staatsgewalt und Untertanen regelt. Gibt es in diesem Sinn im Mittelalter eine Verfassung? Daß das Wort „Verfassung“ modern ist, bedarf ja keiner Darlegung¹. Wie aber verhält es sich mit der Sache selbst?

Das Mittelalter kennt die Herrschaft der Volkssouveränitätslehre nicht². Der Herrscher ist keinen Menschen untertan. Aber er ist dem Recht untertan. Daß dies souveräne Recht, dem auch der Herrscher untersteht, kein geschriebenes Recht ist, versteht sich nach dem Vorausgesagten von selbst. Nicht einer bestimmten Verfassungsurkunde, sondern dem Recht überhaupt, in seiner ganzen Weiträumigkeit, Allgewalt und fließender, fast grenzenloser Unbestimmtheit ist der Herrscher unterworfen, durch dieses Recht beschränkt, an dieses Recht gebunden. Technisch wird diese Bindung, das ahnen wir nun schon aus der Allgemeinheit des Rechtsbegriffes, vermutlich sehr unvollkommen und unfest sein. Aber dem Gedanken und der Forderung nach läßt sich eine vollständigere Bindung des Herrschers,

¹ Vgl. R. Schmidt, Vorgeschichte der geschriebenen Verfassungen, Leipzig 1916, S. 89 ff.

² Für alles folgende finden sich die Quellenbelege, auch ohne daß darauf ausdrücklich verwiesen wird, in meinen MSt. 1, 142 ff., sowie den entsprechenden Anhängen.

eine Bindung ans Recht bis zu dem Grad, welcher die Politik knebelt und die Staatsräson ausschließt, gar nicht denken. Wir gewinnen damit für das Mittelalter sofort den

1. Grundsatz der Rechtsschranke (Der Herrscher ist an das Recht gebunden)

Man kann für diese Bindung des mittelalterlichen Herrschers ans Recht drei Quellen namhaft machen, die germanische, schon von Tacitus bezeugte Gewohnheit, das stoische, durch die Kirchenväter überlieferte Naturrecht und den christlichen Gedanken, daß jede Regierung Gottes Stellvertreterin und Vollzugsorgan sei¹. Das Recht steht über allen Menschen, auch über dem Herrscher:

Nieman ist so here, so daz reht zware.

¹ Wenn man die Entstehung des Verfassungsgedankens bis ins letzte verfolgt, so stößt man außer auf die germanische Rechtsgebundenheit des Herrschers, den germanischen Schutz der Untertanenrechte, auch auf die kirchliche Versittlichung der Herrscherpflicht. Aber die Vertreter der Kirche, z. B. die Fürstenspiegelverfasser, reden theoretisch doch immer nur von den inneren Schranken des Herrschers, wie schon Plutarch, von dem Gesetz in seinem Gewissen; alles, was sie sagen, kann auch der absolute Monarch des 18. Jahrhunderts, der der erste Diener seines Staates sein will, unterschreiben. Insofern hat die kirchliche Lehre nirgends nachweislich die germanische Verfassungsgebundenheit des Herrschers gestärkt. In den einzelnen Fragen hat ja sogar das Kirchenrecht den Herrscher vielfach von der Rücksicht auf das Volksrecht entbunden. Aber bei alledem bleibt es doch wahr, daß auch die Kirche unausgesetzt den Herrscher an eine Seite der ihm gezogenen Schranken

Der Herrscher steht unter dem Recht: freilich denkt das Volk und die Kirche dabei an verschiedenes Recht. Aber einig sind Volk und Kirche darin, daß es kein besonderes Staatsrecht gibt, sondern daß der Herrscher unter dem Recht als solchem steht. Das objektive Recht umfaßt als solches sämtliche subjektiven Rechte sämtlicher Volksgenossen, oder vielmehr es besteht überhaupt aus ihnen. Auch das Recht, kraft welchem der Herrscher regiert, ist nichts Besonderes, nichts hiervon Verschiedenes. Der Regent hat sein subjektives Recht auf Herrschaft, wie der letzte Hörige sein Recht auf Bearbeitung der Scholle. Diese Einheit und Unteilbarkeit aller (subjektiven) Rechte in dem (objektiven) Recht ist der entscheidende Bestandteil des mittelalterlichen Verfassungsgedankens, wie wir später bei der Erörterung der Grundrechte sehen werden. Hier haben wir nun vorerst besonders die Seite ins Auge zu fassen, daß es kein besonderes Staatsrecht, keine Unterscheidung von Staatsrecht und Privatrecht gibt. Wer die Einheit des subjektiven und objektiven, sowie des privaten und des öffentlichen Rechts im Mittelalter nicht beachtet, wird niemals verstehen können, was mittelalterliche Verfassung ist, oder wie sie sich zu moderner Verfassung verhält.

Bei uns ist das Recht teilweise eine unselbständige Funktion der Politik. Der Staat setzt als Recht, was er für sein Leben braucht, und dieses Staatsrecht bricht die privaten Rechte. Wir söhnen uns damit aus, wenn wir in diesem politischen Recht, dem Staatsrecht, die Willkür vermieden und das Notwendige befolgt sehen. Und als Bürgschaft erinnert, und das nicht nur mit Worten, sondern auch fühlbar mit Taten, wo er nämlich gegen die eigene Macht der Kirche anstößt.

hierfür fordern wir, daß das Staatsrecht nicht von einem Einzelnen nach Laune und Willkür, sondern von der Vertretung der Gesamtheit geschaffen werde. Das Mittelalter aber, mit seinem rein bewahrenden, erhaltenden Rechtsbegriff, mit seiner Ablehnung der Politik, seiner Verschmelzung von Moral und Recht, von idealem und positivem Recht kann überhaupt kein Staatsrecht kennen, welches die privaten Rechte verändert oder bricht. Die Rechtsgebundenheit des selbstregierenden mittelalterlichen Fürsten oder Verwesers ist dem Gedanken nach noch viel größer als in der Moderne selbst beim verfassungsbeschränktesten Monarchen oder Präsidenten. Denn dieser kann doch mit den übrigen Verfassungsorganen zusammen neues Recht setzen: der mittelalterliche Herrscher aber ist dazu da, das gute alte Recht in dem vollen, schweren Wortsinn, den wir kennen, anzuwenden und zu schützen. Für den Dienst am guten alten Recht ist er eingesetzt: das ist seine *justitia*, und aus der Bewahrung der subjektiven Rechte eines jeden, des *suum cuique*, erfließt die *pax*, der innere Rechtsfriede, der das vornehmste, ja beinahe ausschließliche Ziel der inneren Herrschaft ist. In dieser Rechtsbewahrung im weitesten und konservativsten Sinn empfängt der Herrscher auch die Sicherung seiner eigenen Herrschaft: denn das heilig bewahrte Recht aller Volksgenossen, bis hinab zu jener Scholle des letzten Hörigen, bewahrt auch ihm selbst das Recht auf die Krone.

Bei seiner Thronbesteigung legt der mittelalterliche Herrscher das Gelübde aufs Recht ab, er verpflichtet sich persönlich auf das Recht. In diesen Throngelübden liegt der Anfang zum modernen Verfassungseid. Wenn man die Vorgeschichte der Verfassungen schreiben will, wird man diese

Selbstbindung des mittelalterlichen Herrschers zum Ausgangspunkt nehmen müssen: es ist die **a u s d r ü c k l i c h e** Bindung der Staatsgewalt an das über ihr stehende Recht.

Nun empfing allerdings die mittelalterliche Bildung mit den überlieferten Resten antiker Kultur auch einzelne Sätze und Schlagworte, die aus dem völlig entgegengesetzten Denken des römisch-kaiserlichen Absolutismus stammten. Aber die mittelalterliche Wissenschaft wandte hier dasselbe Verfahren an, das sie auch sonst zur Verfügung hatte, um unverdauliche Brocken antiker Überlieferung zu neutralisieren. Sie machte den *princeps legibus absolutus* durch Auslegungskünste unschädlich. Die als eine Art von Rechtssprüchwörtern aus der Antike entlehnten Sätze, welche von einer über, nicht unter dem Recht stehenden Staatsgewalt Zeugnis ablegten, wurden so lange tunlichst ins Moralische umgedeutet, bis in ihnen das Recht doch die Oberhand über den Träger der Staatsgewalt zu behalten schien. Der *rex* wird als *animata lex* bezeichnet, das heißt nicht: des Herrschers Belieben ist Gesetz, sondern der Herrscher hat das Gesetz in seinen Willen aufgenommen. Auch im Kirchenrecht bedeutet die Formel, daß der Papst alles Recht im Schreine seiner Brust trage, nicht absolutistische Willkür, sondern die Rechtsvermutung für päpstliche Erlasse, daß sie in Kenntnis und im Einklang des älteren Kirchenrechts erfließen seien. Ganz allgemein darf man die römisch-rechtlichen und die absolutistisch klingenden Formeln nicht zu ernsthaft nehmen, zumal da, wie wir im Abschnitt über die Konsenspflicht des Herrschers sehen werden, ein **u n s** absolutistisch berührendes Vorgehen des Herrschers das Mittelalter nicht notwendig absolutistisch anmutet: das hängt mit der mangelhaften Technik der Volksvertretung

zusammen. Freilich, es kommt später ein Zeitalter, das mit den absolutistischen Formeln auch den absolutistischen Geist einführt; aber das ist dann eben das Ende des mittelalterlichen Staats- und Rechtsbegriffs¹.

Die Nichtunterscheidung von idealem und positivem Recht, die wir kennen, bot dem Mittelalter die Handhabe, um einer allzu starren Fesselung an überkommenes Recht zu entgehen. Konnte das Überkommene nicht ein Mißbrauch sein? Besonders die Kirche lockert hier die Verpflichtung der Staatsgewalt auf das Volksrecht. Wohl steht auch für sie die Regierung unter dem Recht, aber doch nur gnadenweise unter dem von der Staatsgewalt selbst gesetzten Recht. Der Herrscher gilt ihr als zur Billigkeit verpflichtet: das ist das „Recht“, dem er unbedingt untersteht. Folglich, wo das strikte Recht etwas Unbilliges enthält, ist es eben nicht „recht“, die Obrigkeit nicht zu seiner Erhaltung, sondern zu seiner Beseitigung verpflichtet².

Die Meinung, die Erlasse mittelalterlicher Herrscher hätten nur für deren jeweilige eigene Regierungszeit gegolten, ist so unsinnig wie nur denkbar. Als unrechtmäßig erkannte Herrscherhandlungen werden widerrufen, wie alt oder wie jung sie sein mögen. Für recht anerkannte dagegen haben Rechtskraft ganz unabhängig von Thronwechsel, ja, um so heiligere Kraft, je älter sie sind.

¹ Ganz verkehrt ist es, wenn E. Mayer, Ital. Verfassungsgesch. 2, 208, den *consensus* (s. unten S. 76 ff.) auf Grund absolutistischer Theorien und des *Corpus juris* unter Barbarossa aufhören lassen will.

² Das Kirchenrecht ist hier vorbildlich. Der Papst ist den Kanones enthoben, aber der *aequitas* unterworfen. Carlyle 2, 172 f.

Hier beginnt in der Regel die Verlegenheit des modernen Historikers, der nicht vom mittelalterlichen Rechtsbegriff ausgeht, über die Sonderbarkeiten der mittelalterlichen Verfassungsgeschichte. Man findet, daß das Mittelalter gar keine eigentliche staatliche Gesetzgebung kennt. Die Verfügungen oder Gesetze der Staatsgewalt wollen nur das geltende Volks- oder Gewohnheitsrecht wiederherstellen und durchführen¹. Das Recht führt sein souveränes Eigenleben. Der Staat greift darin nicht ein. Er schützt nur sein Dasein von außen her, wo es nötig wird. Ganze Jahrhunderte kommen aus ohne die leisesten Ansätze einer Gesetzgebungs- oder Verordnungstätigkeit in unserem Sinne. Der mittelalterliche Rechtsbegriff enthält die Erklärung dieser Erscheinung. In ihm aber liegt auch schon die Frage der Grund- oder Menschenrechte beschlossen. Fassen wir mit Rücksicht hierauf noch einmal das Gesagte zusammen.

Es gibt kein Staatsrecht. Das objektive Recht ist nichts als die Summe oder das Geflecht aller subjektiven Rechte der Volksgenossen. Das Recht ist vor und über dem Staat. Die ganze Auffassung vom Staat oder der Obrigkeit hängt davon ab: der Staat ist sozusagen der Leidtragende beim mittelalterlichen Rechtsbegriff. Denn, daß der Herrscher nicht vor, sondern unter dem Recht ist, darin jedem Einzelnen im Volke gleich und nur im Gegensatz zu den anderen Einzelnen er verantwortlich für die Rechte Aller und für alle Rechte allein haftbar: das klingt dem Gedanken nach wunderschön und scheint die Rechte der Einzelnen sicherer zu verankern als irgendeine andere Verfassungskonstruktion. Es ist nur wieder die-technische Aus-

¹ Vgl. z.B. B. R. Holtzmann, Französ. Verfassungsgesch. (München 1910) 131 über die Ordonnanzen.

führung, die mangelhaft ist und die es bewirkt, daß die Vorzüge des Systems, der Schutz der Privatrechte, in der Wirklichkeit weniger hervortreten als seine Mängel, nämlich die verhängnisvolle Knebelung der Staatsgewalt. Denn da der einzige Zweck des Staates ist (germanisch), das vorhandene Recht oder die vorhandenen Rechte zu beschirmen, bzw. (kirchlich) die göttlichen Gebote auszuführen, so ist es dem Staat verwehrt, eigenen Staatsnotwendigkeiten nachzuleben und das Recht der Gesamtheit wie der Einzelnen nach diesen Notwendigkeiten (vermöge des modernen Begriffes vom Staatsrecht) umzuformen. Der mittelalterliche Staat ist als bloße Rechtsbewahranstalt nicht befugt, in die Privatrechte zum Nutzen der Allgemeinheit einzugreifen. Nur Rechtlosen, z. B. den im Kriege Unterworfenen oder den für friedlos Erklärten gegenüber darf einseitig etwas bestimmt werden. Sonst aber sind alle Privatrechte Einzelner dem Staat gegenüber, wie ein späterer Naturrechtler sagen würde, Grundrechte, d. h. sie dürfen samt und sonders nicht durch einseitig gesetztes neues Recht verdrängt werden. Den Volksgenossen hat die Regierung alle subjektiven Rechte zu erhalten, denn aus deren Summe besteht ja das ganze objektive Recht, deren Teilglied auch die Obrigkeit, der Staat selber ist. Der Staat hat kein Recht *sui generis* für sich, keinen Nenner, durch welchen er jene Summe privater Rechte dividieren dürfte. Er kann z. B. keine Steuern erheben; denn Steuer ist für die mittelalterliche Auffassung eine Vermögensbeschlagnahme. Diesen Eingriff in das Privateigentum kann der Staat also nur im freiwilligen Einverständnis aller Betroffenen (oder mindestens ihrer Vertreter) vollziehen. Darum ist die mittelalterliche Steuer „Bitte“ (Bede). Nur wo

eine Abgabe schon herkömmlich ist, hat der Staat bzw. der Herrscher auch seinerseits ein subjektives Anrecht darauf. Die Vermögensrechte jedes einzelnen Volksgenossen sind ein absolut heiliger Bestandteil der ganzen absolut heiligen Rechtsordnung: die Vermögensrechte der Privaten wie des Staates. Maßstab für beides ist das gute alte Recht.

An diesem Steuerbeispiel erkennen wir klar, warum das Mittelalter keine einzelnen Grundrechte der Untertanen absondern kann, aber auch nicht braucht. Denn alle subjektiven Rechte sind eben, wie wir sagen würden, verfassungsmäßig geschützt, unantastbar umhegt durch das Recht an sich. Abgesonderte Grundrechte gewinnen erst dann einen Sinn, wenn sich ein besonderes Staatsrecht ausgebildet haben wird, das dann im allgemeinen den Privatrechten souverän gegenübersteht. Erst aus der Tätigkeit des absolutistischen Staates, welcher auf den mittelalterlichen und ständischen Staat folgt und rücksichtslos in die Privatrechte eingreift, verstehen wir das Verlangen nach verfassungsumhegten Grund- und Menschenrechten, d. h. nach der Anerkennung gewisser Schranken der Staatssouveränität beim Eingriff in das Privatrecht¹. Für das Mittelalter liegt ein solches Bedürfnis nach begrifflicher Aussonderung von Grundrechten nicht vor, wie aus dem Vorhergehenden klar geworden sein dürfte. Man versteht nun auch, warum bei der mittelalterlichen Nichtunterscheidung

¹ Es bleibe außer Betracht, daß bei der technischen Natur des modernen Rechts diese begrifflich über dem Staatsrecht stehenden Grundrechte formell auch nur als Bestandteil des Staatsrechts selbst, unter ihm, auftreten können. Es wiederholt sich hier, was oben betreffs der Stellung des idealen Rechts im modernen Rechtsbegriff ausgeführt worden ist. S. oben S. 19 f.

von Staats- und Privatrecht (ferner von Recht und Moral, positivem und idealem Recht) theoretisch nur der Staat, nicht der Privatmann der Leidtragende war. Die Staatsrason litt Not, die Politik. In Wirklichkeit litt freilich auch der Einzelne unter der Sache. Aber zunächst wurde doch der Staat in der Idee geknebelt, und das wirkte aufs tiefste auch ins wirkliche Leben zurück.

Die technische Mangelhaftigkeit der mittelalterlichen Verfassung bei allem idealen Schwung kann erst in den nächsten Abschnitten besprochen werden, wenn wir der Volksvertretung und den Sanktionen der Verfassung nähertreten. Hier, wo wir zunächst nur den Verfassungsgrundsatz für sich betrachten, fiel uns überhaupt erst ein Ansatz zur technischen Ausführung auf: das Throngelübde des Herrschers. Wie wenig das in der Tat eine Bürgschaft für die Vollziehung der mittelalterlichen Verfassungsidee (die in ihrem buchstäblichen Umfang überhaupt nicht vollziehbar war) bot, das liegt auf der Hand.

Woran erkannte man denn nun aber, ob der Herrscher mit dem Recht im Einklang blieb, ob er, wie wir sagen würden, verfassungsmäßig sich verhielt oder nicht? Bei dem ungeschriebenen, flüssigen guten alten Recht war dies unendlich schwieriger festzustellen als bei modernem geschriebenem Verfassungsrecht. Es gab eben letzten Ortes nur *eine* Entscheidungsstelle: das Rechtsgefühl der Gesamtheit. Damit kommen wir zum

2. Grundsatz der Volksvertretung (Konsenspflicht des Herrschers)

Die monarchische Ordnung des mittelalterlichen Staates kann in unserem Zusammenhang als etwas rein Tatsächliches hingenommen werden, obwohl auch sie ideelle Wurzeln und Begründungen hat¹. Auch bei republikanischen Einrichtungen verhält sich der mittelalterliche Staat in den grundlegenden Verfassungsgedanken nicht anders als bei der Monarchie; da Vorsteher und Genossenschaft verfassungsmäßig in einem ganz analogen Verhältnis stehen wie Herrscher und Volk². Rein tatsächlich gegeben

¹ Über das monarchische Prinzip vgl. MSt. 1, 149 ff.

² Man kann nicht von mittelalterlicher Verfassung handeln, ohne der ihr unvermeidlichen Einrichtung des Interregnums zu gedenken. Es entsteht aus der monarchischen Staatsform einerseits, dem Mangel einer von der Verfassung vorgeschriebenen festen Thronfolgeordnung anderseits. Nur durch die Wahl des Nachfolgers bei Lebzeiten des Vorgängers konnte man der Unbequemlichkeit des Interregnums entgehen. Vgl. im allgemeinen MSt. I, 461 ff. Hierzu noch folgende Bemerkungen. Das Interregnum gilt als Unglück: wenn die Tätigkeit des Monarchen in der Aufrechterhaltung von Recht und Frieden besteht, so muß beim Fehlen des Monarchen notwendig Unfriede und Unrecht überwuchern. Wäre dem nicht so, dann brauchte man ja den Herrscher nicht. Dies ganz schematisch bei Wipo, der ja überhaupt für die Verhältnisse der Thronerlangung einer der typischsten Schilderer des Mittelalters ist (Wipo, S.-A. der MG., 3. Aufl. 1915, S. 9, Kap. 1). Zum *rex justus* gehört aber auch eine *idonea electio*. Diese herbeizuführen, ist der einzige von Gott gewollte Inhalt des Interregnums. Die Wahl erfolgt nicht durch Mehrheitsbeschlüsse. Der Zufall soll aus ihr möglichst ausgeschaltet sein: sie hat sich als göttlich inspiriert darzustellen, darum auch einhellig. So umgeht wenigstens die

nehmen wir ferner hier die Vertretung der Gesamtheit durch die *meliores et maiores*, obwohl auch hierfür idelle Wurzeln nachgewiesen werden könnten. Nach dieser vorläufigen doppelten Entlastung unseres Gedankengangs (wir fragen nicht nach Unterschieden zwischen Monarchen und Genossenschaftsvorstehern, fragen nicht nach den Regeln, wie das Volk sich vertreten läßt) können wir unmittelbar an die Hauptfrage herantreten: ist der Herrscher an die Zustimmung des Volkes gebunden? Worin ist er gebunden, worin ist er frei?

Daß der mittelalterliche Herrscher materiell nicht absolut ist, haben wir zur Genüge gesehen. Er ist an das Recht gebunden. Aber formell erscheint der mittelalterliche Herrscher u n s praktisch absolut: denn er ist nicht verpflichtet, diesen von ihm erforderten Einklang mit dem Recht auf irgendeinem formvorgeschriebenen Weg zu erreichen. Der Einklang des Herrschers mit dem Recht vollzieht sich in der Regel völlig formlos. Im Z w e i f e l allerdings zeigt sich sein Einklang mit dem Recht an der Zustimmung der Volksgesamtheit bzw. ihrer Vertreter. Aber es gibt keine bindende Regel dafür, in welchen Fällen diese Zustimmung eingeholt werden müßte. In gewöhnlichen Zeiten besteht für alle Handlungen des Herrschers die Rechtsvermutung, daß sie stillschweigend oder ausdrücklich im Einklang mit dem Recht und dem Rechtsgefühl der Gesamtheit geschehen seien.

Um dies verständlich zu machen, dazu müssen wir an die eigentümlich unbestimmte und unbegriffliche Gemeinschaftlichkeit erinnern, in welcher Herrscher und Untertantheorie die Klippe der fehlenden festen Wahlkörper und Wahlregeln.

nenschar im Mittelalter zusammen den Staat oder das Volk bilden. Es gibt keinen Gegensatz zwischen Herrscher und Volk etwa im Sinne der Volkssouveränitätslehre oder der Lehre vom Herrschaftsvertrag.

Was der Herrscher tut, tut er im Namen, im Sinne, nach dem Willen des Volks; er redet als der Mund des Volks¹. Herrscher und Volk hängen gemeinsam im Recht, sie finden und bewahren es gemeinsam. Bis zum Beweis des Gegenteils ist alles, was vom Herrscher ausgeht, Recht in demselben Sinne, wie wenn es vom Volk, von der Gesamtheit ausgegangen wäre. Der Herrscher könnte bis zum Beweis des Gegenteils als der ständige Vertreter des Volks bzw. seines Rechts bezeichnet werden. Darum sind die Bestimmungen darüber, wie sich der Herrscher der Übereinstimmung mit der Gesamtheit und damit seines eigenen Einklangs mit dem Recht versichert, so überaus verschwommen und unentwickelt.

Es gibt drei Stufen der Anteilnahme der Gesamtheit (d. h. ihrer Vertreter, der *maiores et meliores* usw.) an den Handlungen der Staatsgewalt. Die erste Stufe ist die schweigende Zustimmung: hier handelt der Herrscher formell allein, wenn man so will absolutistisch (der Form, nicht der Sache nach). Die zweite Stufe ist beratende Zustimmung, die dritte Stufe gerichtsförmlicher Urteilsspruch. Das eigentümlich mittelalterliche ist nun, daß für die Anwendung dieser drei Stufen keine festen Regeln bestehen und daß

¹ Man kann sich das allgemeine Verhältnis von Herrscher und Volk in der mittelalterlichen Verfassung veranschaulichen durch das gleichzeitige Verhältnis von Richter und urteilsfindender Gemeinde im germanischen Gericht, ohne aber die Analogie auf die Spitze zu treiben.

sie alle drei zu (unterschiedslos) gleich rechtsgültigen Staatshandlungen führen können.

Unter der heutigen Herrschaft eines verselbständigten Staatsrechts und eines geschriebenen Rechts unterscheiden wir peinlich zwischen jenen drei Stufen der Volksmitwirkung und haben für jede von ihnen ihren Umkreis festgelegt. Es ist genau bestimmt, welche Rechtsangelegenheiten in Gerichtsform erledigt werden, und diese Gerichtsvorgänge sind der persönlichen Einwirkung des Herrschers bzw. der Regierung im Verfassungsstaat entzogen. Es ist genau festgelegt, in welchen Angelegenheiten die Regierung nicht ohne den Rat der Volksvertretung handeln darf, und diese Konsenspflicht ist bis zu einem unerläßlichen Beschlußfassungsrecht der Volksvertretung im Verfassungsstaat gesteigert. Es ist endlich genau festgelegt, welches der Umkreis der freien Verordnungsgewalt der Regierung ist, für welche also die schweigende Zustimmung der Gesamtheit mittels der Verfassungsurkunde ein für allemal durch Satzungsrecht erteilt ist. Nichts von allem dem ist im mittelalterlichen Staat umschrieben und festgelegt.

Es steht dem mittelalterlichen Herrscher, vorausgesetzt, daß er mit dem Recht im Einklang bleibt, vollkommen frei, welchen der drei Wege er für die Erledigung eines Geschäftes einschlagen will. Ob er mit persönlicher Verfügung oder nach Anhörung, etwa auch unter Mitbeurkundung von Ratgebern, d. h. Vertretern der Gesamtheit, oder endlich durch Erwirkung eines Hofgerichtsurteils oder Fürstenspruchs die Angelegenheit regeln will, ist ihm völlig freigestellt. Verfügt er allein und rein persönlich, aber im Einklang mit dem Recht, dann besteht seine Verfügung zu Recht und der durch Nichtauflehnung erteilte stillschwei-

gende Konsens der Gesamtheit ist völlig ausreichend. Andererseits aber kann es auch vorkommen, daß der Rat bzw. die Volksvertretung, ja selbst das feierlichste Gericht einen Fehlspruch tut: dann muß die widerrechtliche Entscheidung, trotzdem sie im ausdrücklichen Einklang von Herrscher und Volk erfolgt ist, widerrufen werden. Die Form, in der eine staatliche Maßnahme geschieht, ist dem Mittelalter einerlei, wenn sie nur inhaltlich mit dem Recht in Übereinstimmung steht.

Immerhin haben sich gewisse Konsensgepflogenheiten herausgebildet. Bevor wir jedoch auf sie eingehen, müssen wir des Gegensatzes von Volksrecht und Königsrecht gedenken. Diese umstrittene Frage löst sich von dem jetzt gewonnenen Standort aus von selbst. In der Rechtswirklichkeit haben wir bestimmt zu scheiden zwischen volksrechtlichen und königsrechtlichen, volksgerichtlichen und königsgerichtlichen Normen, z. B. in der fränkischen Zeit. Aber das Zeitalter selbst, seine Theorie, hat den Unterschied nicht gekannt und nicht kennen können. Denn ob die Volksgerichte und das Königsgeschicht auch nach verschiedenen Grundsätzen entschieden, es war doch beides einerlei Recht, das Recht. Was der König mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Billigung der Gesamtheit setzt, ist Recht; insoweit es mit dem Rechtsgefühl der Gesamtheit übereinstimmt, ist es selbst ein Teil des guten alten Brauches, auch wenn es ganz neu ist. Königsrecht gilt als Volksrecht und Volksrecht wird auch vom König ausdrücklich als für ihn rechtsverbindlich und als Schranke für seine Verfügungsgewalt anerkannt¹.

¹ Z. B. von Chlotachar II. in einem Königsgesetz. MSt. 1, 485, 493 f.

Wenn also der moderne Realienforscher Königs- (oder Amts)recht und Volksrecht aus guten Gründen unterscheidet, so muß er sich doch hüten, diesen Begriffsgegensatz in die mittelalterlichen Anschauungen selbst hineinzusehen. Das Volksrecht im mittelalterlichen Sinn ist das von Fürst und Volk gemeinsam anerkannte aufgezeichnete oder nicht aufgezeichnete Recht, zu dem auch die rein persönlichen Handlungen des Königs gehören, soweit das Volk ihre Rechtskraft anerkennt. Das Recht des Königs, Urkunden auszustellen, im Krieg zu befehlen, seine Banngewalt u.dgl. ist ein Stück Volksrechtes selbst und findet seine Schranke durchweg an dem vorgefundenen objektiven Recht, gleich der Summe subjektiver Rechte aller Volksgenossen. Daß der theoretisch ganz ans überlieferte Recht gebundene mittelalterliche Herrscher und das ebenso gebundene Volk praktisch trotzdem in Gesetzen und Urkunden willkürlich und scheinbar absolutistisch die Gesetze und Urkunden früherer Zeit überspringen konnten, dieser grelle Widerspruch erklärt sich eben aus den oben zur Genüge erläuterten technischen Unvollkommenheiten in der Überlieferung und Festlegung des Rechts. Theoretisch band jeder rechtmäßige Herrscherakt wie jedes wohlerworbene Recht die Nachfolger und die ganze nachlebende Volksgesamtheit. Praktisch wußte man sehr schlecht für die Rechtsbeständigkeit zu sorgen, und die Erfordernisse der Politik, für die im Rahmen der Rechts- und Verfassungstheorie des Mittelalters ein Raum überhaupt nicht vorgesehen war, brechen sich wilde Bahn. Sie konnten es, ohne die so feingewobene Theorie selbst zu verletzen, da die Rechtspraxis weitmaschig genug war. Dieser Widerspruch von Theorie und Praxis aber hat mit der Frage

der Konsensgebundenheit oder persönlichen Verfügungsgewalt des Herrschers (der Regierung) unmittelbar nichts zu tun. Praktische Willkür bei theoretischer Gebundenheit wird von der Volksgesamtheit ganz ebenso verbrochen wie vom Herrscher. Denn sie ist ja ganz ebenso theoretisch rechtsgebunden wie er. Tatsächlich kehrt man sich eben an wirklich überlebte, wenn auch dem Begriff des Gewohnheitsrechts gemäß niemals abgeschaffte, ja nicht abschaffbare Rechte keinen Deut mehr, wenn man nicht, etwa infolge auftauchender Urkunden, sich darum kümmern mußte.

Hier ist nun aber doch ein Unterschied auch für das mittelalterliche Denken zwischen der Rechtsgebundenheit des Volks und der des Herrschers zu bemerken.

Wenn die Gesamtheit sich zum Recht in Widerspruch setzte, so hatte das nichts zu besagen, wenn nur das Rechtsgefühl der Gesamtheit oder ihres ausschlaggebenden Teiles mit sich selber einig blieb. Anders, wenn sich der Herrscher als ein Einzelner mit einem beachtlichen Teil der öffentlichen Meinung in Widerspruch setzte. Dann war er sehr stark gefährdet, einmal wegen des tatsächlichen Aufbaus mittelalterlicher Staatsmacht oder -ohnmacht, worüber in einer Abhandlung über mittelalterliche Politik mehr zu sagen wäre, und anderseits wegen der auch theoretisch so starken Verantwortlichkeit des Herrschers für seine Handlungen, wovon wir im nächsten Abschnitt sprechen werden.

Darum sichert sich der Herrscher vielfach gegen etwa zu gewärtigenden Widerspruch, indem er von vornherein die Zustimmung der Gesamtheit bzw. ihrer Vertreter einholt und beurkunden läßt. Auf die nähere Geschichte dieser Konsensgepflogenheiten des Mittelalters hier einzugehen,

besteht kein Anlaß. Das Entscheidende bleibt immer, daß es dem Herrscher freistand, ob er diese Sicherung einschalten wollte oder nicht, und daß auch ohne die vorher nachgesuchte oder beurkundete Zustimmung (der bloße „Rat“ gilt auch als solche) rechtsgültige Verfügungen des Herrschers zustande kommen konnten.

Niemals aber konnte die Gesamtheit, bzw. wer sie vertrat, und natürlich auch nicht der Herrscher, einseitig über die wohlerworbenen Rechte anderer Volksgenossen verfügen. An diesem Punkt wird die Bindung des mittelalterlichen Staates an das Recht besonders klar, eine Bindung, die etwas unendlich viel Grundsätzlicheres an sich hat als irgendeine Bindung eines Staatsorgans innerhalb des modernen Verfassungsstaats. Bei uns ist die Staatsgewalt souverän. Nur eine gewisse letzte Sphäre privater Rechte oder Freiheiten soll naturrechtlich auch heute dem Zugriff des absolut souveränen Staates entzogen sein: dies eben ist der Sinn der sog. Menschen- oder Grundrechte, die selbstverständlich erst unter der Herrschaft eines souveränen Staatsbegriffs aufgebracht werden konnten (und auch da zweifelhaft bleiben; denn, gesetzt den Fall, die Mehrheit in einem modernen Staat beschlösse die Aufhebung der Menschenrechte, wer wollte auf dem Boden des modernen Staatsrechts dann noch ihre fortdauernde Gültigkeit behaupten? Indes: der Sinn der Menschenrechte ist eben, daß nach der Naturveranlagung der Menschen sich niemals eine Mehrheit zur Aufhebung gerade dieser Bestimmungen würde finden lassen). Im Mittelalter nun hat jedes wohlerworbene Recht, auch das Recht auf einen jährlichen Zins in Gestalt eines Huhnes, ungefähr dieselbe Heiligkeit wie in gewissen modernen Verfassungen die Menschen-

rechte. Es gibt nur den freiwilligen Verzicht des Berechtigten und nichts anderes, was dieses Recht auf rechtlichem Weg beseitigen kann; keine Herrscherverfügung vermag das, und wenn sie sich auch auf das breiteste Votum einer Volksvertretung stützte; gegen den Willen des Berechtigten kann kein gültiger Staatsakt zustande kommen.

Bei strenger Auslegung (die allerdings dem von ihr Gebrauchmachenden persönlich übel bekommen konnte) war es so einem Einzelnen möglich, die Bildung eines Staatswillens gänzlich zu lähmen, denn auch die Erhaltung des bestehenden Staatszustandes bis in kleine Einzelheiten hin ist für diese mittelalterliche Auffassung letzthin ein Bestandteil der subjektiven Rechte jedes beliebigen Volksgenossen. Der Staat, der bis zuletzt an diesem echt mittelalterlichen Grundsatz festgehalten hat, wenigstens für seine adeligen Volksgenossen, und darum an einem auf die Spitze getriebenen *liberum veto* zugrunde ging, ist Polen. Aber auch bei den Germanen gibt es verwandte Ansätze. Ein Beispiel möge dies erläutern.

König Chlodowech wünschte aus einer Kriegsbeute über den ihm rechtlich zustehenden Anteil hinaus eine kostbare Vase zu erhalten, um sie einer Kirche zu stiften. Alle stimmen zu, nur ein Neider aus dem Volk widerspricht in einer den König beleidigenden Weise und schlägt mit der Axt auf die Vase. Er bleibt straflos, denn er erhärtet in dieser Auflehnung gegen den allgemeinen Willen nichts als sein unzerstörbares subjektives Anrecht auf das objektive Recht der einmal festgesetzten Beuteteilung, die auch durch Mehrheitsbeschlüsse nicht über den Kopf eines Einzelnen hinweg verändert werden darf. Zwar rächt sich der

König ein Jahr später in einer Art von spiegelnder Rache¹, durch ähnlich rigoristische Übertreibung eines anderen Teiles der objektiven Rechtsordnung, nämlich seiner militärischen Kommandogewalt. Aber daß er sich rächen muß, bei günstig scheinender Gelegenheit, und nicht strafen kann, zeigt eben, daß der Franke auf gutem Grund stand, als er leugnete, daß ein Recht, an welchem alle teilhaben, anders als durch einhelligen Beschluß Aller geändert werden könne. Er zog sich zwar durch die formalistische Übertreibung seines Rechtes Rache zu, aber er war formal im Recht auch gegen die Gewalt der Mehrheit: denn sein Recht auf Wahrung der Beuteordnung konnte ihm durch keinen Mehrheitsbeschluß entzogen werden, weil es kein Staatsrecht gab, welches private Rechte hätte brechen dürfen.

Hier haben wir also einen Fall des später zu besprechenden Widerstandsrechtes, der sich nicht sowohl gegen den König als gegen das ganze Volk, ausgenommen einen Volksgenossen, richtet. Solange auch nur ein einziger Volksgenosse auf ein subjektives wohlerworbenes Recht nicht freiwillig verzichtet, kann der Staat das objektive Recht, in welchem jenes subjektive Recht steckt, durch keinen Beschluß abändern. Wir sehen hier die theoretischen Schranken nicht nur des Herrschers, sondern auch des Volkes selbst gegenüber dem Recht. Der Einzelne ist aus dem Recht unvertreiblich: es gibt keine Majorisierung. *Fiat justitia, pereat mundus*. Der politisch-staatsrechtliche Gesichtspunkt wird von der gewaltig einheitlichen mittelalterlichen Denkweise vollständig verdrängt.

¹ Die Axt war nicht die gleiche (gegen MSt. 1, 322, 323).

Wir haben hier zweierlei gelernt: einmal, daß der Herrscher z. B. Steuern (vgl. oben S. 50) nur ausschreiben konnte nach gütlicher Verständigung mit der Volksgesamtheit, und zweitens, daß diese Verständigung der Theorie nach wenigstens das Wesen eines Verhandelns mit jedem Einzelnen, ob er gutwillig zahlen wollte, trug. Der Fürst konnte im Mittelalter noch nicht schreiben, wie Friedrich Wilhelm I. an seinen Nachfolger betreffs der Stände: „*Accordiren* sie *de bonne grace*, gut. Machen sie *Difficultät*, so hat euch Gott ja *Suverein* gemacht.“ Solche Andeutung wäre im Mittelalter fast als Gotteslästerung herausgekommen. Auch der Besitzstand, sowie der Rechtsstand des Reiches oder der Volksgesamtheit gilt als ein Recht, das der König nicht einseitig schmälern darf. So gibt es eine Reihe von Fällen, wo der Herrscher von vornherein nicht einseitig verfügen darf, sondern auf eine gütliche Verständigung mit der Gesamtheit angewiesen ist, der Theorie nach. In der Praxis war es freilich nicht immer ganz einfach, diese Fälle eindeutig zu bestimmen, und noch weniger leicht war es, einen mächtigen Fürsten handgreiflich davon zu überzeugen, worin er etwa seine Konsenspflicht verletzt habe. Die Macht entschied auch hier. Wer die Macht hatte, dessen Auffassung bestimmte, was Recht sei. Doch auch diese Ketzerei hätte das Mittelalter niemals aussprechen, ein solch nichtswürdiges Stück der Wirklichkeit niemals beim Namen nennen dürfen.

Damit aber sind wir schon hinübergeglitten zum

3. Grundsatz der Verantwortlichkeit (Das Widerstandsrecht)

Der Einzelne schützt das Recht gegen jedermann, auch gegen die Staatsgewalt. Jeder Einzelne ist hierzu berufen, berechtigt, ja verpflichtet. Das ist der Sinn des Widerstandsrechts, über das ich an anderem Ort so ausgiebig gehandelt habe, daß ich mich hier kurz fassen darf¹. Das Widerstandsrecht ist aber nur die begrifflich und technisch unbehilfliche mittelalterliche Ausführungsform für einen viel allgemeineren Grundsatz, für den sich nachmals auch technisch geeignetere Verwirklichungen fanden als das (für unser Auge revolutionäre) Recht des Widerstandes. Dieser Grundsatz ist der der Verantwortlichkeit der Regierung oder der Staatsgewalt, mittelalterlich gesprochen des Herrschers und seiner Räte². Da die Regierung eingesetzt ist zum Schutze des Rechts, so verliert sie durch den Bruch des Rechts ihre eigene Befugnis. *Il n'est mie seignor de faire tort*. Der Herrscher, der das objektive Recht verletzt, zerstört auch zugleich sein eigenes subjektives Herrschaftsrecht, das der objektiven Rechtsordnung als ein untrennbarer Bestandteil angehört. *Rex eris, si recte egeris*. Oder: *recte faciendo regis nomen tenetur, peccando amittitur*. Die Nichtunterscheidung von idealem und positivem Recht macht

¹ MSt. 1.

² Der Ratgeber des Fürsten erscheint im Mittelalter in schillernder Doppeleigenschaft als Volksvertreter gegen den Herrscher und als mitverantwortlicher Korregent gegenüber dem Volk, was ja auch die Nachfolger des unbestimmten mittelalterlichen *consilium*, die spätmittelalterlichen Stände, noch übernommen haben.

auch diese Herrschaftsverwirkung zu einem halb rechtlichen, halb moralisch-innerlichen Vorgang. *Ipso facto* verliert der Herrscher durch einen Rechtsbruch sein Herrschaftsrecht. Er setzt sich selber ab. Der Spruch der Gesamtheit, der formlose Abfall Einzelner, die Wahl eines neuen Königs (Gegenkönigs): all das, und was sonst bei den unzähligen Fällen der Anwendung mittelalterlichen Widerstandsrechtes begegnet, hat alles eigentlich nur noch deklaratorische Bedeutung, während die Herrschaftsverwirkung durch Selbstabsetzung konstitutiv schon im Augenblick der fürstlichen Rechtsüberschreitung vollzogen ist.

Wir treten hier nicht in die Betrachtung des praktischen Verfassungslebens ein: diese Widerstandstheorie selbst, die reifste Frucht des mittelalterlichen Rechts- und Staatsbegriffs, birgt die praktische Anarchie unter ihrer Schale.

Bedarf diese Theorie des Vertragsbegriffs? Nicht unbedingt. Wer subjektive Rechte anderer verletzt, der setzt sich selber außerhalb der Rechtsordnung und verliert seinerseits den Anspruch auf den Schutz seiner subjektiven Rechte. Dem Träger der Staatsgewalt geht es dabei mangels eines eigenen Staatsrechts nicht anders wie dem geringsten Volksgenossen, und der Senator, den der Kaiser willkürlich absetzt, antwortet in der mittelalterlichen Rechtsanekdote dem Kaiser: „Wenn du mich nicht mehr als Senator betrachtest, betrachte ich dich nicht mehr als Kaiser.“ Der rechtmäßig eingesetzte Herrscher hat ein Anrecht auf die Herrschaft, wie der Bauer auf den ererbten Hof; ebenso heilig ist sein Anspruch, aber ebensowenig unverwundbar. Es ist ein (wir würden sagen „privates“) Recht wie jedes andere.¹ Dem Herrscher muß man gehorchen, dem

¹ Das Mittelalter selbst kennt selbstverständlich kein *privates*

Tyrannen nicht¹. Im Augenblick aber, wo der Herrscher die Anrechte anderer Volksgenossen einseitig ändert, wandelt er sich selbst freiwillig von einem *rex* in einen *tyrannus* um und verliert sein Anrecht auf Gehorsam in demselben Augenblick, ohne daß es dazu noch ein rechtsförmliches Verfahren seitens der Gesamtheit brauchte.

Wie man sieht, bedarf es der Einführung des Vertragsbegriffes nicht, um das Widerstandsrecht zu erklären². Volles Verständnis des mittelalterlichen Rechtsbegriffs sichert überhaupt gegen eine Überschätzung der rechtstheoretischen Bedeutung des Vertragsbegriffs. Immerhin wird auf die eben geschilderten Verhältnisse vom späteren Mittelalter auch das privatrechtliche Symbol des Herrschafts„vertrages“ angewendet, nachdem man es in der antiken Literatur gefunden hatte. Altgermanisch ist dieser Vertragsgedanke nicht, aber für das gelehrte Denken bietet er sich als passendstes Gleichnis, um die wechselseitige Verpflichtung von Herrscher und Volk auf das über beiden thronende Recht zu veranschaulichen. Germanisch ist nicht der Vertragsgedanke, sondern der Begriff der wechselseitigen Treue, deren Schnittpunkt im objektiven Recht liegt. Durch Treue ist die Staatsgewalt dem Volk verpflichtet, wie dieses jener. In der Wirklichkeit aber kam die germanische

Recht, weil der es setzende Gegensatz des souveränen Staatsrechts gegenüber dem Privatrecht fehlt.

¹ Die ethisch-soteriologisch gerichtete Kirche läßt es nicht einmal dabei bewenden, daß dem Tyrannen nicht gehorcht werden braucht. Ihr zufolge darf man ihm gar nicht gehorchen.

² Näheres in MSt. I. Ich freue mich, hier völlig mit R. Schmidt, Vorgeschichte der geschr. Verf. 156, 3, übereinzustimmen.

Verwirkung des Treuanspruchs seitens des selber Treubrühigen auf eines hinaus mit der kirchlichen Lehre vom *tyrannus*, der sich selber absetzt, und mit der naturrechtlichen Konstruktion von der Auflösung des Herrschaftsvertrags durch Rechtsverletzung des Herrschers.

Um das mittelalterliche Widerstandsrecht ganz zu verstehen, müssen wir es hier noch abgrenzen gegen das moderne Notrecht der Revolution. Auch wir werden unter Umständen es billigen, wenn sich irgendein „Naturrecht“ „elementar“ gegen ein noch so formell unanfechtbares Staatsrecht empört. Denn das Recht (worunter wir nur noch positives Recht verstehen) ist für uns nichts in sich Letztes und Alleiniges: es wird, wie von der Staatsräson oder Politik einerseits, so von der Sittlichkeit anderseits begrenzt, überwacht und unter Umständen zertrümmert. Solch einen Einbruch rechtsfremder, aber politisch oder sittlich begründeter Materie in den Kreis des Rechts anerkennen wir unter Umständen in dem (nicht Recht, aber) Notrecht des Umsturzes. Das mittelalterliche Widerstandsrecht aber ist *kein* Revolutionsrecht, sondern einer der klarsten Bestandteile des Verfassungsrechtes selbst: eine wahre verfassungsrechtliche Auflehnungsbefugnis des Untertans. Die Erklärung hierfür liegt nicht sowohl in der Nichtunterscheidung von Staatsrecht und Privatrecht, als vielmehr in der Gleichsetzung von idealem und positivem Recht. Jene für uns *außerrechtliche* Macht der Sittlichkeit (Politik oder Staatsräson wird im Mittelalter überhaupt nicht anerkannt) steckt eben im mittelalterlichen Rechtsbegriff selber drin.

Da das Recht Recht schlankweg, nicht positives Recht war, machte es für seinen Gehalt und seine Gültigkeit nichts

aus, ob die Staatsgewalt es kannte und anerkannte. Um so schlimmer für die Staatsgewalt, wenn sie das Recht verkannte! Es mochte also der Fall eintreten (und ist oft eingetreten), daß ein einzelner Volksgenosse das Recht erkannte oder zu erkennen glaubte, während die Staatsgewalt es angeblich oder in Wahrheit verkannte. Da aber die Staatsgewalt nur ist durch und für das Recht und nur Obrigkeit ist, insofern sie das Recht spendet und verwaltet, so hört die Obrigkeit, die sich an das Unrecht gebunden hat, auf, Obrigkeit zu sein für den Mann, der sich an das Recht gebunden weiß. Das Recht ist der Souverän, und jene Obrigkeit Tyrannei, d. h. nichtig. Der Einzelne kämpft dann mit Fug und Recht gegen den angemäßen Träger der Staatsgewalt, der zu dem betreffenden besonderen Unrecht noch das allgemeine fügt, sich widerrechtlich als Obrigkeit aufzuführen, während doch der aufhört *rex* zu sein, der das Recht (*rectum*) nicht achtet¹.

¹ In vielem ähnelt der mittelalterliche Herrscher nach der Auffassung der Zeit dem Abt. Dieser rein zu sittlicher Erziehung seiner Brüder eingesetzte Vater ist Vorbild auch des Verhältnisses weltlicher Herrscher zu ihren Untertanen, so wie das Kloster das ideale Vorbild der menschlichen Gesellschaft überhaupt sein soll. Näher ist hierauf nicht einzugehen; es gehört in die Geschichte der mittelalterlichen Politik. Ich erwähne es hier nur um des einen Umstandes willen, daß der Abt trotz seinen typisch mittelalterlichen diskretionären Herrscherbefugnissen, trotz der Unbestimmtheit seiner Konsenspflichten usf., doch in einem mehr der modernen verfassungsbeschränkten Regierung als dem mittelalterlichen weltlichen Herrscher ähnelt: er hat eine geschriebene Verfassung, die Regel, über sich. Mit den entsprechenden Einschränkungen gilt ähnliches überhaupt von der geistlichen Obrigkeit des Mittelalters.

In allem übrigen aber ist nach der Regel Benedikts der Abt

4. Übergänge

Die nachmittelalterliche Verfassungsentwicklung hat das hier gezeichnete Bild allmählich in allen seinen Einzelheiten verwischt. Vor allem hat der moderne Rechtsbegriff, indem er das positive, das kodifizierte und das Staatsrecht herausarbeitete, die Pfeiler des mittelalterlichen Gedankengebäudes selbst zum Einsturz gebracht.

Noch bevor dies eintrat, hat das Spätmittelalter innerhalb des alten Rechtsbegriffes selbst einige technische Neuerungen vollzogen, durch die verbesserten bzw. geregelteren Konsensgepflogenheiten des Ständestaats.

Der Ständestaat bewahrt (im Gegensatz zum landesfürstlichen Absolutismus) den Grundzug des mittelalterlichen Verfassungsgedankens und verschärft ihn sogar noch: nämlich den Schutz der Individualrechte und die Schwächung, Bindung und Beschränkung der Staatsgewalt. Der im Frühmittelalter noch schwankende Kreis der konsensberechtigten Personen wird abgegrenzt, der im Frühmittelalter noch fließende Rahmen der konsenspflichtigen Herrscherverfügungen wird abgesteckt. Das wirkliche Volk tritt in seiner Bedeutung freilich zurück, je mehr die Volksvertreter, die

das Vorbild mittelalterlichen Herrschertums selbst, das monarchisch, nichtabsolutistisch, aber ohne bestimmte Bindungen ist (mit Ausnahme eben der „Regel“ als geschriebenen Rechts, an das der Abt gebunden ist; aber die Regel läßt sehr vieles unbestimmt!). Der Abt soll in wichtigen Dingen die Gesamtheit der Mönche, in unwichtigeren die Seniores hören. Er selbst aber bestimmt, was wichtig und was weniger wichtig ist; ebenso wer *senior* sei und wie viele *seniores* er hören will. Endlich soll er diese Ratgeber nur hören, entscheiden und Beschluß fassen soll er monarchisch-allein.

Stände sich abzirkeln und damit auch zu einer Art von Volk in oder über dem Volke, zu einer Art von Nebensaatsgewalt oder Korregenten werden. Auch das Widerstandsrecht, das dem Ständestaat infolge der unverrückt beibehaltenen mittelalterlichen Grundzüge noch unentbehrlich ist, wird auf die Stände eingeschränkt und damit mehr und mehr von einer fallweise repressiven zu einer ständig präventiven Verfassungseinrichtung, die zu den modernen Formen der Regierungsverantwortlichkeit, der parlamentarischen Verantwortlichkeit hinüberleitet. In dieser Festlegung sowohl des Personenkreises wie der Geschäftsbefugnisse der Volksvertretung vollzieht der Ständestaat entscheidende Klärungen, zu denen noch als weitere technische Verbesserung die Einführung des Mehrheitsgrundsatzes innerhalb der Volksvertretung kommen konnte.

Das, was das Mittelalter nicht fertiggebracht hatte und worauf es doch für eine praktisch gedeihliche Arbeit der Staatsmaschinerie ankommt, die klare Abgrenzung der Organe und ihrer Zuständigkeiten, das wird jetzt einigermaßen erreicht. Die wohltätige Fiktion kommt auf, daß der Wille der einzelnen Volksgenossen für sie selbst rechtsverbindlich ausgedrückt und zusammengefaßt wird durch den Willen der Mehrheit der Volksvertreter. Der Herrscher aber weiß jetzt genau, für welche Angelegenheiten er die Zustimmung ganz bestimmter Persönlichkeiten einholen muß.

Diese Fortschritte des Ständestaats konnte das Mittelalter sozusagen noch aus seinem eigenen Geiste heraus anbahnen. Der Ständestaat ist Geist von seinem Geist; das beweist er auch in der immer noch weiter getriebenen Knebelung der Staatsgewalt, dem Vordrängen der privatrechtlichen und

privatwirtschaftlichen Gesichtspunkte. Infolgedessen konnte auch der moderne Staat nicht geradlinig aus dem Ständestaat herauswachsen, sondern es mußte erst die Staatsvernunft und Staatsnotwendigkeit sich gewaltsam Bahn erzwingen durch den Durchbruch des absolutistischen Fürstenrechtes, ausgehend von einem wurzelhaft unmitttelalterlichen und gegenmittelalterlichen Staats- und Rechtsbegriff. Der Gedanke der Verfassung war im Mittelalter infolge des moraldurchtränkten mittelalterlichen Rechtsbegriffs zu staats- und machtföndlich. Der rauhe Rückschlag des absolutistischen Fürstenstaats bringt den Verfassungsgedanken völlig unter die kräftigen Klauen der Politik, der Staatsvernunft. Und dann erst, als sich Privatrecht und Moral unter der Hülle des Naturrechts wieder dem nunmehr machtesättigten Leviathan-Staat nähern, entsteht nach langen Verfassungskämpfen aus dem billigen Ausgleich zwischen Macht (Staatsrecht) und „Recht“ (Natur- und Privatrecht) der moderne Verfassungsstaat.

Man kann von einem „ewigen Mittelalter“ sprechen, das auch in der Neuzeit fortlebe. In einem doppelten Sinn möchte ich hier diesen Ausdruck zugeben: einmal, indem die Neuzeit mittelalterliche Grundgedanken in völliger technischer Umarbeitung beibehält und manchmal besser zum Ziele föhrt, als das Mittelalter selbst es vermochte. Und sodann: indem die verwickelte Technik des modernen Kulturlebens einen Zwiespalt aufreißt zwischen der gelehrt-gebildeten Kultur und dem volkstümlichen Denken, das vielfach bei mittelalterlichen oder halbmittelalterlichen Denkbräuchen stehen bleibt, die zu ihrer Zeit noch eine ungebrochene Einheit zwischen Gebildeten und Ungebildeten darstellten. Diese beiden Gesichtspunkte des Fortlebens des

Mittelalterlichen sollen hier für das Verfassungsgebiet einer nach dem andern erwähnt werden. Ich bemerke aber, daß in diesem Zusammenhang, wie in unserer ganzen Studie „Mittelalter“ im rein zeitlichen Sinn, für die Kultur des Jahrtausends von 500 bis 1500 gesetzt ist. Daß dies nicht mit begrifflichem Mittelalter zusammenfällt, soll nachher noch erörtert werden.

Betrachten wir die Erfüllung mittelalterlicher Zielgedanken durch moderne Verfassungen. Es bedarf gar keiner langen Beweisführung, um zu zeigen, daß die Grundgedanken des modernen Verfassungsstaates: Rechtsgebundenheit der Regierung, Mitwirkung der Volksvertretung, Verantwortlichkeit der Regierung genau die Grundlinien auch der mittelalterlichen Verfassung sind. Außerordentlich groß aber sind die technischen Veränderungen, durch welche die Neuzeit diesen übereinstimmenden Endzweck der Verfassung scheinbar umständlicher, in Wahrheit sicherer und reibungsloser erreicht.

Die moderne Staatsgewalt ist nicht mehr an „das Recht“, sondern an positives Recht, an eine geschriebene Verfassung gebunden. Moderne Verfassungen enthalten zwei gänzlich verschiedene Bestandteile: naturrechtlich beeinflusste Grund- oder Menschenrechte auf der einen, rein technische Bestimmungen auf der anderen Seite. Zu der ersten Reihe würde z. B. auch die Trennung der Gewalten zu zählen sein, zu der zweiten die Einzelbestimmungen über das Zustandekommen der Volksvertretung, Wahlgesetze usf.¹. Aber beide

¹ Soll der Begriff der Grund- oder Menschenrechte überhaupt einen guten Sinn behalten, so scheint mir nötig, daß nur naturrechtliche Bestimmungen darunter verstanden werden. R. Schmidt beginnt abweichend hiervon seine „Vorgeschichte der geschriebe-

Reihen von Bestimmungen erscheinen äußerlich als positives Recht. Jedes einzelne Organ des Staates, auch die Regierung, steht unter diesem positiven Recht, aber die Staatsgewalt als Ganzes steht darüber. Sie, nicht das positive Recht, ist souverän. Während also die Regierung in ähnlicher Weise ans Recht, wenn auch an ein anderes Recht, gebunden ist, wie der mittelalterliche Herrscher, ist doch die moderne Staatsgewalt als Ganzes an kein Recht gebunden, sondern steht darüber. Der Herrscher- oder Regierungswillkür sind Schranken gezogen, aber nicht mehr wie im Mittelalter auch dem Staatsermessen, der Staatsvernunft.

Ob die Staatsgewalt das Recht beobachtete oder verletzte, konnte im Mittelalter bei der Vieldeutigkeit des Rechtsbegriffs einerseits, der mangelhaften Rechtsbeständigkeit andererseits fast in jedem einzelnen Fall strittig bleiben. Heute ist es sehr leicht festzustellen, ob irgendein Staatsorgan in Einklang mit dem Recht blieb oder nicht: diese leichte Erkennbarkeit teilt die moderne geschriebene Ver-

nen Verfassungen“ auf S. 81 damit, daß er alle diejenigen Verfassungsbestimmungen, welche das Verhältnis von Staat und Individuum berühren, als Menschenrechte bezeichnet, also auch so rein technische und positiv-rechtliche Einzelheiten wie die Festsetzung des Wahl- oder Militäralters u. dgl. Auf der anderen Seite würden auch die wichtigsten Festsetzungen über die Organe der Staatsgewalt hiernach nicht unter die Grundrechte fallen. Schutz des privaten Vermögens, der persönlichen Freiheit und des Lebens sind gewiß Menschenrechte. Aber gehört hierzu nicht auch mein Menschenrecht auf Trennung der Justiz von der Verwaltung? Die naturrechtliche Hoheit und damit die Geburtsurkunde der Menschenrechte scheint mir bei der Schmidtschen Auslegung verloren gegangen, und der Begriff einerseits zu eng, anderseits zu weit gefaßt.

fassung mit dem geschriebenen Recht überhaupt, dessen Krone sie ist. Gesetzt also auch, es gäbe heute noch ein Widerstandsrecht des Einzelnen, so würden doch die Fälle seines Eintretens heute unendlich viel einwandfreier festzustellen sein als unter der Herrschaft des mittelalterlichen Rechtsbegriffs, und schon damit wäre für die Erhaltung der Staatsmacht und Rechtssicherheit Entscheidendes gewonnen. Aber es bedarf des Widerstandsrechtes gar nicht mehr. Denn die moderne geschriebene Verfassung verzahnt die wechselseitigen Befugnisse der Staatsorgane so untereinander, daß ein seine Zuständigkeit überschreitendes Organ wie von selbst durch eintretende Sicherungen gehemmt und unschädlich gemacht wird. Freilich nicht unbedingt gilt das: immer entscheidet zuletzt auch hier die Macht. Verfassungsbrüche sind möglich, Staatsstreich und Umsturz. Aber das sind außerrechtliche Vorgänge. Innerhalb von Recht und Verfassung selbst ist das repressive Recht des Widerstandes durch präventive gegenseitige Überwachungsmaßnahmen der Staatsglieder ersetzt worden. Die Geschichte der Anarchie im Mittelalter zeigt, welch segensreiche Entdeckung die Wiederausgrabung des Begriffs „positives Recht“ und die Scheidung von Staats- und Privatrecht gewesen ist; sie war manches Bataillon Soldaten wert. Im Mittelalter durfte und mußte, um zu wissen, was Recht sei, jeder das eigene Rechtsgefühl befragen. Wenn heute eine Minderheit ihr von der Gewalt des Bestehenden abweichendes Rechtsgefühl durchsetzen will, so muß sie streben, zur Mehrheit zu werden und den Willen der Staatsorgane zu bestimmen, welche festsetzen, was Recht sein soll. Im Mittelalter war das kein anerkannter Weg: denn das Recht wurde nicht von Staatsorganen gemacht, am wenigsten von Mehr-

heiten, sondern es war v o r allen Staatsorganen und u n -
g e a c h t e t aller Mehrheitsbeschlüsse. Wohl fragte der
Fürst, um zu wissen, was Recht sei, wenn er wollte, aus-
erlesene Männer, die dann gewissermaßen als Vertreter der
Gesamtheit galten. Aber o b er sie fragen wollte, w e n
er fragen wollte, ob er sich an ihre Antwort k e h r e n
wollte, stand bei ihm. Was aber die Meinungsbildung der
Volksvertreter anlangt, so bestand die moderne staats-
rechtliche Fiktion noch nicht (vielmehr sie kam eben erst im
Kirchenrecht auf), daß der Vertreterwille den Willen der
Vertretenen, der Mehrheitswille den Minderheitswillen tö-
tet, so daß aus ihm ein Gesamtwille wird, der alle bindet.
Da man nun im Mittelalter Minderheits- oder Individual-
anschauungen über das, was Rechtsens sei, nicht positivrecht-
lich vernichten konnte, weil es kein positives Recht gab,
und da auch die Herstellung der theoretisch geforderten
Einstimmigkeit praktisch nicht einmal auf dem Weg des
Niedersäbelns, wie im polnischen Reichstag, für die zahl-
losen Fälle des Rechtslebens in Betracht kam¹, so konnte
man Minderheiten und Einzelne niemals daran hindern,
zu glauben und zu erklären, ihre Kenntniss und Überzeu-
gung vom Recht sei die echte, die der herrschenden Partei
aber Rechtsverdrehung. Und da nun das Recht damals
durch sich selber war und nicht durch Satzung des Staates,
so hatte jeder Volksgenosse das Recht, wo nicht die Pflicht,
Recht zu verteidigen gegen Unrecht, und zum Michael
Kohlhaas zu werden: er schützt das Recht, an das jeder
gebunden ist, gegen das Unrecht, an welches sich die Staats-
gewalt gebunden hat, ohne daß sie damit die einzelnen
Volksgenossen gleichfalls dem Teufel verpflichten konnte.

¹ Vgl. MSt. 1, 461.

Es liegt eben alles in der Nichtunterscheidung des idealen und des positiven Rechtes: sie bestimmt das von unserem modernen Leben so abweichende Verhalten des Einzelnen zu Recht, Gesetzgeber und Staatsgewalt. Wenn heute jemand ein positives Recht schilt, so kann er seine verfassungsmäßige Ersetzung durch das ihm vorschwebende ideale Recht nur erreichen durch Umstimmung des Gesetzgebers, der dann das geforderte ideale Recht in positives verwandelt. Wenn aber im Mittelalter jemand ein Unrecht (und jede „Ungerechtigkeit“ ist damals gleichbedeutend mit „Unrechtmäßigkeit“, ja „Gewalt“¹) im Verhalten der Staatsgewalt entdeckte, so durfte er erklären, das Recht sei durch Gewalt unterdrückt: nicht neues Recht brauche erlassen zu werden, sondern einfach das Nichtrecht sei zugunsten des bedrängten, aber allein seienden Rechts wieder aufzuheben; das verlange er, Michael Kohlhaas, und werde nötigenfalls den Staat dazu zwingen, Gewalt wider Gewalt setzend.

Wir brauchen, wo wir die Gerechtigkeit gekränkt sehen, glücklicherweise nicht mehr gleich „Gewalt“ zu rufen. Begriffliche Verfeinerungen und technische Verbesserungen haben den Zweck der mittelalterlichen Verfassung innerhalb des modernen Verfassungsstaats zu einer ruhiger und sicherer arbeitenden Erfüllung gebracht, ohne ihn irgendwie zu verflüchtigen. Aber unsere letzten Bemerkungen haben doch auch schon auf jene zweite Seite des „ewigen Mittelalters“ hinübergeführt, die oben bezeichnet wurde als das Festhalten volkstümlicher Anschauungsweise an mittelalterlichen Denkbräuchen auch innerhalb der Moderne,

¹ Vgl. auch MSt. 1, 313, 307, zum Sprachgebrauch von *vis*. Daß *iuris* und *iustitia* wechselweise gebraucht werden, ist bekannt.

die eben durch ihren verwickelteren Ausbau eine Spaltung zwischen gebildetem und ungebildetem Denken erzeugen mußte. Wir haben das schon oben am Ende unserer Ausführungen über das Recht im allgemeinen betont, und müssen es hier nun für die *V e r f a s s u n g* wiederholen.

Dem naiven Volksempfinden wurde und wird es immer schwer, einzusehen, daß etwas, was es für recht hält, dennoch nicht Recht sein solle. Denn zu allen Zeiten empfängt der Staat sein Daseinsrecht daraus, daß sein Walten dem Rechtsgefühl entspreche: nicht immer aber sind Staatsnotwendigkeiten ohne weiteres verständlich. Der Weg der gesetzmäßigen Reform ist lang und für Minderheiten zudem meist hoffnungslos verschlossen. Wie segensreich und notwendig die technischen Hemmungen, das langsame und verwickelte Räderwerk des modernen Staats- und Rechtslebens ist, das überblickt der gemeine Mann nicht. Er ahnt es vielleicht dunkel, aber Michael Kohlhaas ist seinem rechtstrotzigen Empfinden jedenfalls lieber. Freilich, die starken Staatsgewalten der Neuzeit haben mit ihrem positiven, geschriebenen Recht und zumal Staatsrecht die Völker erzogen. Das Murren des Volks blieb jetzt im allgemeinen davor bewahrt, Widerstandsrecht wie in alter Zeit und so sich selber furchtbar zu werden. Ausgenommen bei unterdrückten Völkern, die unter volksfremden Staatsgewalten seufzen und denen deshalb das Widerstandsrecht auch heute als eines der ewigen, in den Sternen geschriebenen Rechte gelten muß¹, ist es erloschen. Das ewig junge Verlan-

¹ Man vergleiche z. B. folgende, beliebig herausgegriffene Meldung der „Norddeutschen Allgemeinen Zeitung“ von 1918:

Die irischen Bischöfe und die Dienstpflicht
Haag, den 27. April. (Privattelegramm.) Der „Telegraaf“

gen nach einem idealen Recht weiß heute, was es im Mittelalter noch nicht wissen konnte: daß der Umbau des Rechts sich, wenn auch unter Widersprüchen und Verzögerungen, doch gewisser durch ein absolut bindendes positives Recht, Mehrheitsbeschlüsse und Kodifikationen erzielen läßt als durch den Glauben an ein durch sich selbst seiendes Recht mit dem Rechtszug an die Souveränität des Einzelgewissens, welches befugt ist, jenes Recht wiederherzustellen, wenn es gekränkt wurde, und die Staatsgewalt abzulehnen, welche es kränkte.

Völker, die staatlich gut erzogen sind und die Staatsräson in den Willen der Einzelnen aufgenommen haben, wie Franzosen und Engländer, töten sich nicht mehr so leicht selbst durch Revolution wie mittelalterlich unpolitische Völker in der Art der Deutschen oder Russen.

Freilich in einem Punkt wird es dem Privaten, dem Un-

läßt sich aus London melden: „Der eigenartige Standpunkt, den die katholische Priesterschaft Irlands zu der Dienstpflicht eingenommen hat, wird durch die Erklärung Foleys, des Bischofs von Kildare, beleuchtet. Einem Bericht zufolge, den die „Times“ aus Dublin erhielt, hat der genannte Bischof in einer Rede in der Kathedrale von Carlow gesagt, daß die Bischöfe der Meinung seien, das Dienstpflichtgesetz sei kein Gesetz. Es liege außerhalb der Befugnisse der Regierung, weil es einen Versuch darstellt, eine unerträgliche Last auf das Gewissen des Volkes zubürden. Darum ist ein Widerstand des Volkes gegen dieses sog. Gesetz rechtmäßig und darum können alle Mittel angewandt werden, die mit dem göttlichen Gesetz in Übereinstimmung stehen. Diese These, so sagt die „Times“, ruft zu einem öffentlichen Widerstand gegen ein regulär vom Parlament angenommenes Gesetz auf. Es ist klar, daß die katholische Kirche hier ein sehr gefährliches Spiel spielt, denn der alte Religionsstreit wird dadurch wieder wachgerufen.“

tertan theoretisch nie wieder so wohl werden wie im Mittelalter. Nie wieder wird das geringste seiner subjektiven Rechte so heilig und unverbrüchlich werden wie das Grundgesetz des Staates, ja der Menschheit selbst! Aber dieser schrankenlose Schutz des Privatrechts in der Theorie war doch in der Praxis eher bedenklich, nicht nur für den Staat, der, im Schlinggewächs überwuchernder Privatrechte verstrickt, keinen staatsnotwendigen Schritt tun konnte, ohne das Recht zu übertreten¹, sondern auch für den Privatmann oder Volksgenossen selbst. Denn wo mangels feinerer begrifflicher Unterscheidungen das Kleinste dem Größten gleichgeachtet wird, da ist die Gefahr nahe, daß auch das Große kleingeachtet werde. In der Nichtunterscheidung des idealen und des positiven Rechtes lag vielfach Gefährde sowohl für den Privatmann wie für die Staatsgewalt. Wenn z. B. ein Fürst einem Untertan freies Geleit zum Konzil zusagte, auf welchem dann durch die Stimme des Heiligen Geistes jener als Ketzer anerkannt wird, so verliert der Geleitsbrief *ipso facto* seine Gültigkeit, da jedes Recht und jeder Staatsakt hinwegfällt, wenn sie dem Glauben schaden (Hus). Gewiß, heute ist der Untertan bei keinem seiner Privatrechte mehr ganz sicher, daß nicht der souveräne Staat in seinen bitteren Staatsnotwendigkeiten und seiner unersättlichen Machtgier sie ihm kürze. Nur zwei Sicherungen sieht der Private heute, und diese beiden müssen ihm genügen. Das eine ist die Gewißheit, daß bestimmte Gebote der Sittlichkeit so feststehen, daß sie auch durch keine wie immer geartete Staatsnotwendigkeit angegriffen werden können. Das andere ist die Teilnahme einer

¹ Hierüber künftig in einer Studie über mittelalterliche Politik. Vorläufig vergleiche MSt. 1, 308 ff.

Volksvertretung an der Staatsgewalt, wodurch die Sicherung jener sittlichen Folgerungen gegen Launen Einzelner verbürgt erscheint, welche Mängel auch immer diese Volksvertretung sonst haben möge. Ob aber jene sittlichen Forderungen ganz oder teilweise in die geschriebene Verfassungsurkunde aufgenommen sind, als Grundrechte u. dgl., ist höchst gleichgültig und für das Wesen des modernen Verfassungsstaates von fast gar keiner Bedeutung. Denn ihre Unverbrüchlichkeit liegt ja keineswegs in ihrer Aufnahme in das positive Staatsrecht, welches im Gegenteil formal als positives Recht gerade das Merkmal der leichten Abänderungsfähigkeit trägt, sondern darin, daß sie ein ideales Recht darstellen, welches allen Volksgenossen oder doch der überwältigenden Mehrheit dauernd teuer und heilig ist, sowie darin, daß der moderne Verfassungsstaat die Staatsorgane so gegeneinander ordnet, daß keines von ihnen ungestraft diese sittliche Gemeinüberzeugung verletzen kann. Daß man die Grundrechte (d. h. einen kleinen Ausschnitt jener sittlichen Grundforderungen) im 18./19. Jahrhundert da und dort in die geschriebenen Verfassungen aufnahm, ist nicht aus dem Geist des modernen Verfassungsstaats zu erklären, sondern aus einem Stück „ewigen Mittelalters“, hineingeworfen in die Kämpfe mit dem absoluten Staat, unter einer Wesensverkennung des geschriebenen Rechts, wofür eben die Haltung des Naturrechts zwischen Mittelalter und Moderne bezeichnend ist.

Doch hierauf soll nicht näher eingegangen werden. Es genüge uns, nach den Verwandtschaftsbanden zwischen mittelalterlicher und moderner Verfassungs-idee auch ihre Verschiedenheiten erwähnt zu haben. Die straffe Vollziehungsgewalt des modernen Staats prägte den Völkern ein,

daß auch eine „ungerechte“ Obrigkeit nicht aufhöre Obrigkeit zu sein, und ein schlechtes positives Recht noch immer Recht bleibe. Der mittelalterliche Rechtsbegriff ging unter durch das gelehrte, geschriebene Recht und die Erstarkung der Staatsgewalt. Der vieldeutige Rechtsbegriff des Mittelalters, dunkel und reich in seiner unklaren Tiefe, ausreichend in altertümlich engen und begrenzten Lebensverhältnissen, wo jeder jeden kannte und den ganzen Umkreis der für ihn wesentlichen Rechtsordnungen überschaute, dieser einfache und doch so unergründlich strudelnde Rechtsbegriff war eines der wesentlichen Hindernisse für den Aufbau kräftiger Staatsordnungen: er paßte für Markgenossen, aber nicht für Monarchien.

ANHANG

Die entscheidende Wendung der ganzen begrifflichen Entwicklung trat ein, als die spätmittelalterliche Rechtsphilosophie es lernte, zwischen positivem und Naturrecht zu unterscheiden. Fortan ist die Staatsgewalt über dem positiven und unter dem natürlichen Recht. Also nicht mehr jedes unbedeutendste individuelle Privatrecht, sondern nur noch die großen Grundsätze des Naturrechts sind dem Zugriff des Staates entzogen. Das Programm des Schutzes der Individualrechte gegen den Staat wird damit kleiner, aber auch gewichtiger. Gleichzeitig setzt sich freilich der absolutistische Leviathan-Staat über alle Individualrechte hinweg. In seiner Bekämpfung gewinnt die Theorie der Naturrechtler den Wert einer praktisch wirksamen Waffe und hilft den Verfassungskampf entscheiden. Das Naturrecht und seine Grund- oder Menschenrechte stehen also mitten inne zwischen dem mittelalterlichen und dem modernen Verfassungszustand, welcher letzterer der Staatsgewalt dieselbe absolute Souveränität auch gegenüber den Privatrechten gibt, wie sie der

absolutistische Fürstenstaat besaß, aber durch die Zusammensetzung der Staatsgewalt Bürgschaften dafür schafft, daß die sittlichen Forderungen (= Menschenrechte) nicht überschritten werden. Diese Bürgschaften sind der Schwerpunkt der Verfassungen, die, wie jedes moderne Recht, geschriebenes Recht sind, wenigstens auf dem Festland. Die Verkündigung von Menschenrechten aber ohne jene geschriebenen oder ungeschriebenen Bürgschaften ist erst ein Programm, eine Vorstufe, eine Forderung. Die proklamierten Menschenrechte wollen darum gewürdigt werden als Kampfzeugnis einer ganz bestimmten geschichtlichen Lage. Man erweist ihnen zuviel Ehre, wenn man in ihnen selbst eine Bürgschaft des Verfassungslebens sehen will. Denn entweder sind sie sehr allgemein gefaßt, und dann auch nichtssagend, oder sehr speziell, und dann übertritt der souveräne Staat sie jeden Tag. Dem ausgebauten Verfassungsstaat liegt an den Grundrechten wenig. Die Menschen wollen so regiert werden, daß sie selbst einsehen, es sei gerecht und vernünftig. Nach welchen Grundsätzen dies konkrete Gefühl ihnen erwachse, kümmert sie weniger. Im 18. Jahrhundert aber, als die Menschheit dem Fürstenabsolutismus entrinnen wollte, hatte das Aussprechen gewisser Formeln, die das Recht der Privaten gegen den Staat betonten, um so mehr Gewicht, je weniger noch Bürgschaften dafür bestanden, und im Aussprechen dieser Formeln ruhte deshalb das politische Lebensglück dieser Geschlechter zum großen Teile, so wie umgekehrt unter der lastenden Herrschaft des mittelalterlichen *Moralcants* der Fürstenspiegel Machiavelli es für seine geschichtliche Aufgabe halten mußte, das unverjährende, aber vom Mittelalter verkannte Eigenrecht der Politik zu betonen.

Das Mittelalter hatte einzig das Eigenrecht der Seele und ihres Erlösungswillens verkündigt, dem Staat nur den Zweck, dabei mitzuhelfen, zuerteilt und die Politik als solche überhaupt verneint. Der moderne Staat ging im Rückschlag gegen das Mittelalter zunächst rücksichtslos auf Macht aus: das ist der absolutistisch-zentralistische Staatstypus, für den Machiavelli oder Hobbes bezeichnend sind. Dann aber kommt der absolute Staat auf dem Umweg der Machtpolitik doch auch zu einer neuen

Wohlfahrtspolitik, da es als unerläßliches Mittel der Machtpolitik erkannt wird, auch den Einzelnen zu fördern und zu bilden. So erwächst die Wohlfahrtspolitik des aufgeklärten Absolutismus nicht wie die mittelalterliche aus Erlösungs-, sondern aus Machtzwecken. Es ist Beglückungs-, nicht Erlösungspolitik. Der Fortschritt vom brutalen, machtzusammenfassenden Ur-Absolutismus zum aufgeklärten Absolutismus führt dann in derselben Linie der Befriedigung des Individuums weiter zum Verfassungsstaat mit Menschenrechten, in deren Besitz sich der Einzelne „fühlen“ darf. Aber auch der moderne Verfassungsstaat zielt auf Macht, und das ist sein grundlegender Unterschied von der mittelalterlichen Rechts- und Staatstheorie.

In seinem Buch über „die Vorgeschichte der geschriebenen Verfassungen“ (Leipzig 1916) hat R. Schmidt den Grundrechten eine Darstellung angedeihen lassen, welche durch die obige Darstellung in wesentlichen Punkten zurechtgerückt erscheint. Schmidts Hauptgedanke, daß die Aufnahme der Grundrechte in die geschriebenen Verfassungen nur formell etwas Neues sei, „die universalhistorisch epochemachende Tat“ aber, nämlich die materielle Auffindung der Grundrechte, „dem Zeitalter zum Ruhm angerechnet werden müsse, das die schwierige Beziehung zwischen Staatsform und Einzelsphäre, das Aufeinanderangewiesensein von Staatsgewalt und Untertan unter der Autorität der Rechtsordnung zu entdecken und bewußt formuliert zum Gemeingut des staatsrechtlichen Denkens zu machen verstand“, dieser sein Hauptgedanke führt Schmidt selbstverständlich zur scholastischen Rechtsphilosophie. Er unterschätzt aber deren Abhängigkeit von dem allgemeinen mittelalterlichen Rechts- und Verfassungsgedanken. Die mittelalterlichen Theoretiker verlangen, mit dem Schlüssel der wirklichen Verfassungsverhältnisse ihrer Zeit gelesen zu werden, wie dies z. B. K. Wolzendorff in seinem Buch über „Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht...“ (Breslau 1916) tut, indem er die Widerstandslehre z. B. noch der Monarchomachen abgezogen zeigt vom Staatsrecht des Ständestaats. Eine Vorgeschichte der geschriebenen Verfassungen aus einigen Lesefrüchten aus Thomas, Marsilius und Bartolus aufbauen zu wollen, heißt soviel, wie einen antiken

Tempel aus einer Säulenbasis, einer halben Metope und einem Akroterion zu rekonstruieren, ... während doch der Tempel selbst unversehrt vor aller Augen daneben steht. Allerdings wäre so viel zu sagen gewesen, daß die Rechtsphilosophie der Hochscholastik dank ihrer antiken Quellen zur Unterscheidung von natürlichem und positivem Recht vordringt und damit die Möglichkeit schafft, Grundrechte und positiv-subjektive Rechte der Privaten zu trennen. Die bei den Scholastikern naturrechtlich geheiligten Privatrechte sind dann freilich wieder im wesentlichen dieselben, für welche auch die frühmittelalterliche Verfassung ein Konsensrecht der Beteiligten ausgebildet hatte. Daß das naturrechtliche System des Mittelalters und des Nachmittelalters solche geheiligten Privatrechte enthielt, war natürlich altbekannt. Es sind nur noch keine kodifizierten Grundrechte, und diese Kodifizierung ist und bleibt das Werk der amerikanischen und der französischen Verfassungsurkunden. Alles Wesentliche ist in den wenigen Sätzen O. Gierkes, Althusius (1913) 265 f., 346, 381, gesagt. Für das Moment der geschriebenen Verfassung, daß sich die jeweiligen Organe der Staatsgewalt ausdrücklich auf sie verpflichten, liegt die „Vorgeschichte“ in den mittelalterlichen Throngelübden. Das Stärkste an geschichtlicher Verzerrung findet sich bei Schmidt in dem „Die Umbildung der kanonistischen Rechtsgedanken in die Prinzipien des weltlichen Territorialstaatsrechts (!)“ überschriebenen Kapitel, worin (S. 138) „Marsilius die von Thomas geschaffenen (!) Schutzmaßregeln gegen ungerechte Regierungsakte von den klerikalischen Beisätzen des Scholastikers reinigt“.

III. ZEITLICHES UND BEGRIFFLICHES MITTELALTER

Die Geistesgeschichte unterscheidet den mittelalterlichen Kulturtypus vom früh- wie vom spätzeitlichen Typus. Das Kennzeichen des Mittelalterlichen ist für sie der Erlösungsgedanke und damit der folgerichtig aus *einem* Punkt entwickelte Versuch, die Materie hinwegzuvergeistigen.

Die vorstehende Untersuchung bildet eine Warnung für Geistesgeschichtler, zu einheitlich konstruieren und etikettieren zu wollen. Denn vieles von dem, was wir darstellten, ja das meiste ist ein wesentlich frühzeitiges Anschauungsgewebe.

Gewiß fanden wir namentlich überall dort, wo die Kirche sich fühlbar machte, begrifflich mittelalterliche Elemente eingesprengt. Aber daneben ragen andere, völlig unsoteriologische, gegen den mittelalterlichen Grundgedanken gleichgültige Elemente. Nicht alle, die mittelalterlich scheinen, sind es wirklich. Die Gemengelage des Rechts mit dem Guten z. B. ist trotz dem ethischen Beigeschmack nicht mittelalterlich, sondern typisch frühzeitlich.

Der begriffliche Leitgedanke des Mittelalters, die Erlösung vom Materiellen, hat sich auf dem Rechtsgebiet keineswegs rein durchgesetzt. Am reinsten natürlich in der wirklichkeitsferneren Buchspekulation der mittelalterlichen Theologen, die sich mit Rechtsphilosophie beschäftigen. Aber kaum in den Werken rechtskundiger Schöffen, obwohl sie gute Christen waren. Das Rechtsgebiet liegt eben dem Zentralgebiet des mittelalterlichen Fühlens vergleichsweise ferne und läßt sich immer nur gradweise spiritualisieren.

Diese Grade sind freilich verschieden hoch. Wir streiften mannigfach den Einschlag des christlichen Gedankens: ihn vollständig nachzuweisen, würde das Ziel einer schönen Sonderuntersuchung sein. Nur nebenbei sei erwähnt, daß die rechtlichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zustände und Anschauungen der christlich-germanischen Epoche von 500 bis 1500, obwohl in sich keineswegs rein vergeistigt oder auch nur annähernd vergeistigbar, doch von den Theologen bis zu einem hohen Grad in den Dienst des mittelalterlichen Leitgedankens eingespannt worden sind. Man braucht nur an Thomas zu denken.

Diese Affinität frühzeitlicher Zustände mit mittelalterlicher Denkweise, ebenso beider Gegensätzlichkeit kann hier aber nur gestreift, nicht entwickelt werden. Die mittelalterliche Weltanschauung ist nicht nur einheitlicher, sondern auch intensiver als die andern. Die Frühzeit denkt naiver, die Spätzeit blasierter über den Wert einer logischen Geschlossenheit des Weltbildes. Infolgedessen hat das Frühzeitliche (und Spätzeitliche) unter sich weniger zwingenden Zusammenhang als das Mittelalterliche.

Will man für das Gebiet der Rechtsanschauungen das leitende Merkmal der drei typischen Epochen angeben, so würde für die Frühzeit die Vorherrschaft des Gewohnheitsrechts, für das Mittelalter die Einspannung des Rechts in die pädagogische Heilsanstalt, für die Spätzeit die Technisierung des Rechts als geschriebenes und staatliches Recht und seine Verselbständigung gegenüber dem Herkommen und dem Guten zu nennen sein. Die Antike der Mittelmeerkultur durchlebte einen Kreislauf von Frühzeit, Mittelalter und Spätzeit, der in vielem Ähnlichkeit mit dem Verlauf der drei Phasen in der christlich-germanischen Welt

hat, wenn diese Analogie auch nicht übertrieben werden darf. Die antike Frühzeit wie die Frühzeit anderer Kulturkreise weist mit dem von uns geschilderten Typus des germanischen Gewohnheitsrechts Ähnlichkeiten auf. Das antike Mittelalter formt ethisch-religiöse Erlösungsgedanken, die innerhalb der Rechtsanschauung vor allem in Gestalt der stoischen Philosophie sich auf das christliche Mittelalter vererben.

Es ist hierbei zu beachten, daß sich die Kulturzeitalter nicht reinlich ablösen, sondern übereinanderschieben und daß in jedem Mittelalter viel Frühzeit, in jeder Spätzeit Frühzeitliches und Mittelalterliches aus demselben Kulturkreis sowie vielfach auch die Überlieferungen einer älteren, abgelaufenen Kulturfolge fortleben.

Die Geistesgeschichte wird, wenn sie vom „ewigen Mittelalter“ spricht, darunter den fortwirkenden Einfluß des Erlösungsgedankens verstehen, nicht, wie wir es oben taten, das Fortleben des frühzeitlich-mittelalterlichen Gespinnstes von Anschauungen der christlich-germanischen Epoche von 500 bis 1500.

Aber ist es dann nicht richtiger, den Doppelsinn von „Mittelalter“ durch neue Wortbezeichnungen auszuschalten und das zeitliche Mittelalter (die Epoche von 500 bis 1500) und das begriffliche Mittelalter (Erlösungskulturen) unmißverständlich voneinander zu unterscheiden?

Die Frage ragt über unsere Untersuchung weit hinaus. Jedenfalls ist die Epoche von 500 bis 1500 in den Geistesgebieten, die von ihr selbst als die vornehmsten empfunden werden, und überhaupt in ihrer Rangordnung der Werte völlig soteriologisch. Darum kann sie *a potiori* als Mittelalter schlechthin bezeichnet werden. Sie hat eben

durch ihren Charakter dem „begrifflichen Mittelalter“ zu seiner wissenschaftlichen Prägung verholfen und ist noch heute für die Abendländer das bei weitem wichtigste Anschauungsgebiet für Erlösungskultur. In dem Doppelsinn von „Mittelalter“ liegt also etwas logisch Störendes, aber anschauungsmäßig Gesundes. Die Sprache, die als sinnliches Wesen langsamer wird und wechselt als wissenschaftliche Logik, verteidigt ihr gegenüber durch ihre beharrliche Hemmung reinlicher terminologischer Scheidungen die geistig-geschichtlichen Anschauungszusammenhänge, die zuweilen gehaltvoller sind als logische Schemate.

Alles hier Angedeutete wird erst dann klar heraustreten, wenn einmal ein Kundiger in dem zeitlichen Mittelalter der christlich-germanischen Epoche die frühzeitlichen Elemente und die soteriologischen gesondert sowie in ihrer Durchdringung dargestellt, ein anderer aber vielleicht die Methode gefunden haben wird, das dem Begriff nach mittelalterliche Recht, d. h. das Recht unter der Herrschaft des Erlösungsgedankens, aus den verschiedenen Kulturkreisen zu sammeln und zu vergleichen.

