

Zeitschrift: Archiv des Historischen Vereins des Kantons Bern
Herausgeber: Historischer Verein des Kantons Bern
Band: 44 (1957-1958)
Heft: 2

Artikel: Romanistische Bemerkungen zu früheren bernischen Rechtsquellen
(bis zur 1. Hälfte des 14. Jahrhunderts)
Autor: Beck, Alexander
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-371038>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 02.02.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Romanistische Bemerkungen zu früheren bernischen Rechtsquellen (bis zur 1. Hälfte des 14. Jahrhunderts)

Von Alexander Beck

Der verehrte Jubilar ist vor zwei Jahren der Arbeitsgemeinschaft der schweizerischen Wissenschaft im Rahmen der internationalen Neubearbeitung von *Savignys* Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter in jugendlicher Begeisterung beigetreten. Als bester Kenner der Quellen hat er sich anboten, die Einwirkungen des römischen Rechts auf die Rechtsquellen des Kantons Bern zu untersuchen. Das Versprechen löste er mit der bei ihm gewohnten Arbeitsenergie bereits ein durch den Abschluss einer längeren Untersuchung über die öffentlichen Schiedsgerichte¹ und durch eine eingehende Darstellung «Zum Urkundswesen im heute bernischen Gebiet und dessen Nachbarschaft während des Mittelalters bis um 1500²». Der folgende viel weniger kompetente Beitrag eines Mitarbeiters am gemeinsamen Anliegen versucht, dieselben Quellen³ vom Blickpunkt des Romanisten her in einer weder auf Vollständigkeit noch erschöpfende Bearbeitung Anspruch erhebenden Weise in einigen Einzelheiten zu beleuchten.

I. Allgemeines⁴

Unsere mittelalterlichen Geschäftsurkunden des 13. und 14. Jahrhunderts widerspiegeln – als antikisierende, spezialisierte

¹ Die Arbeit soll im Herbst 1958 in Werner *Näfs* «Schweizer Beiträge zur allgemeinen Geschichte» veröffentlicht werden.

² Abgedruckt zu Beginn dieses Bandes.

³ Als Material wird ausschliesslich das gedruckte Material der *Fontes Rerum Bernensium*, und zwar aus zufälligen Gründen nur bis und mit Band VI (bis zum Jahre 1343) benützt. Sie kann also durchaus keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben, da die für die Rezeption der gelehrten römischen Jurisprudenz überall viel ergiebigere Zeit der zweiten Hälfte des 14. und des 15. Jahrhunderts nicht behandelt ist.

⁴ Es darf gleich zu Anfang auf die reichhaltige, ausgezeichnete Orientierung hingewiesen werden, die der kürzlich erschienene Abriss von *P. Ourliac* und *J. de Malafosse*, *Droit romain et ancien droit, Les Obligations*, 1957 (Sammlung *Thémis*), für sehr viele einschlägige Fragen allgemeiner Art bietet.

Kunstformen – die mehrschichtige, umgreifende Welt des mittelalterlich-christlichen Imperiums. Als Kampffeld zwischen deutschem und römischem Recht werden sie nicht richtig gekennzeichnet. Überall sind kompliziertere rechtsgeschichtliche Vorgänge im Spiel. In partikulären Differenzierungen verzahnen und verschieben sich oft chronologisch die Entwicklungsphasen. In dem von der Praxis klerikaler oder weltlicher Notare gestalteten römisch-kanonisch-germanischen Mischrecht liegt ein Phänomen allgemein-europäischer Natur vor. Von Italien her – bei uns nicht unmittelbar, sondern auf dem Umweg über Frankreich und Savoyen¹ oder Süddeutschland bzw. Konstanz – dringen die Ausstrahlungen der Doktrin in die Geschäftsurkunden, die nach der Begründung der oberitalienischen Universitäten deutlich sich in den Rahmen der gelehrten Kontroversen einfügen. Freilich gibt bekanntlich die mittelalterliche Urkunde nicht unmittelbar die Parteierklärungen wieder, sondern sie wurde vom Notar auf Grund der von ihm zunächst festgehaltenen Imbreviatur erst in richtige juristische Form gebracht². Gelehrtes Beiwerk – dazu gehören die häufigen Renunziationen³ – sichert nun die Urkunde nach ausgesprochenen oder vermuteten Intentionen der Parteien. Der Urkundenverfasser ist also eine Art Treuhänder oder Stellvertreter mit einem unumgänglichen und zuweilen als nicht ungefährlich empfundenen Mass des professionellen Ermessens.

Die Urkundenpraxis war zunächst eigene Wege gegangen. Die geistlichen Praktiker waren es gewesen, die in der vorbolognesischen Epoche sowohl in den von ihnen ausgefertigten Verträgen, hinter denen sichernd das Ansehen der kirchlichen Friedensidee und Bildung stand, als auch im Rechtsunterricht der

¹ Für die bernischen Quellen wies *Rennefahrt* (s. diese Festschrift, S. 55, 76) auf die savoyische Vermittlung römischrechtlicher Formulare und Notare hin. Für das Wallis nimmt *Partsch* (unveröffentlichter Vortrag über die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel in den Walliser Urkunden) eine Rezeptionswelle um 1250–1260 an (vgl. ebenso schon sein «Mitwirkungsrecht der Familiengemeinschaft im älteren Walliser Recht»; Diss. Zürich, 1955, 109 ff.), die nicht unmittelbar aus Italien kam, sondern über Frankreich eindrang.

² Vgl. etwa *Dumas*, *L'Et Caetera du notaire* in *Mélanges Fournier*, 1929, 153 ff.; über Renunziationen S. 160 ff. (vgl. auch weiter unten, S. 229 ff.); ferner *Aubenas*, *Etudes Aug. Dumas* 1950 (*Annales Fac. de Droit d'Aix*), 21 ff.

³ Manche werden als dem Willen der Parteien entsprechend vermutet, für die Gültigkeit gewisser anderer verlangt die Doktrin ausdrückliche Aufklärung der Parteien durch den Notar (*certioratio*) – so beim Verzicht der Frau auf das *SC Macedonianum*, Anm. 5, S. 231, unten.

Klosterschulen neue rechtliche Bindungen und ein neues Rechtsbewusstsein, in Anknüpfung an antike Vorbilder, überhaupt erst entwickelt hatten. Derart und in ihrer Rechtssprechung, die sich über den Kreis der Kirche und der kirchlichen Immunitäten wohl überall ausdehnte, war es den Klöstern gelungen, das Rechtsvakuum des ausgehenden 10. und 11. Jahrhunderts¹ zu einem sehr beträchtlichen Teil auszufüllen. Das Lehenswesen mit seinen chaotischen Folgen und Nebenerscheinungen, die Ausbildung der Hörigkeit, der Zusammenbruch der Grafschaftsverfassung, der Landgerichte und Königsgewalt hatten die kirchlichen Institutionen zu der kaum überschätzbaren, aber im einzelnen schwer zu erfassenden Reformierung des europäischen Gemeinschaftslebens geradezu berufen. In anschaulicher Weise wurde neuerdings die rechtsgestaltende Tätigkeit der Klöster in der sonst für uns weitgehend unerhellten Zeit – an einem allerdings besonders bedeutsamen kulturellen Brennpunkt – für die Gegend von Mâcon auf Grund eines ausnehmend glücklichen Urkundenbestands herausgearbeitet. Hier wirkten Cluny und andere berühmte Gotteshäuser². Auch bei uns müssen dieselben Kräfte an der Arbeit gewesen sein und die reiche Welt romanisierter Geschäftsformen vorbereitet haben, die im 13. Jahrhundert in Erscheinung tritt.

Die gelehrte Jurisprudenz gibt mit der Begründung von Bologna den Antrieb zum Entstehen von weitverbreiteten, dem Stand der neuen Bildung angepassten Formularbüchern für die Praktiker³. Sie lässt in ihrem Umkreis die zum Teil hochstehende

¹ Zu der Anarchie und dem Chaos des 10. und 11. Jahrhunderts etwa *Ganshoff*, Qu'est-ce que la Féodalité?; ferner über die soziologischen Veränderungen von 950 bis 1100 in *The European Inheritance*, Oxford 1954, *The Middle Ages*, 131 ff.; *Y. Bongert*, Recherches sur les Cours laïques du X^e au XIII^e siècles, Thèse Paris 1942, c. I: L'anarchie; c. II: La désorganisation judiciaire (mit Literatur und Quellen); *Pirenne*, Histoire économique de l'occident médiéval, 1951, 182 ff.

² Vgl. die eindruckliche Darstellung von *Georges Duby*, La société au XI^e et XII^e siècle dans la région maconaise, 1933. Schon um 990 besteht in Cluny eine «équipe de joueurs professionnels»; alle Prozesse, die Interessen grosser Klöster betreffen, kommen vor die Klostergerichte; um 1000 herum sind die sanctuaires immunistes ... des centres judiciaires, die auch eine Rechtssprechung über die freien Bauern in ihren Gebieten beanspruchen (S. 168 ff.).

³ Zur Geschichte des italienischen Notariats vgl. die Einleitung von *Gino Masi* zum Formularium Florentinum Artis Notariae (1222–1242), Milano, Vita e Pensiero, 1943; *Wahrmund*, Quellen III 2 (Einleitung zur Ars notaria des Rainerius Perusinus). Mit Recht hat *Partsch*, Entwicklungsgeschichte der Vormundschaft,

Nebenwissenschaft der ars notaria entstehen. Schon die frühen Glossatoren hatten sich gelegentlich mit üblichen Geschäftsformularen des täglichen Lebens befasst¹. Trotzdem ist die Urkundenpraxis und ihre Wissenschaft von der eigentlichen Jurisprudenz grundsätzlich zu scheiden – dies auch in der Epoche der Postglossatoren, die sich durch eine analytische Hinwendung zu den Tatbeständen des konkreten Rechtslebens kennzeichnet. Es liegt ein ähnliches Verhältnis vor wie das der Jurisprudenz zur breiten und nachhaltig lebendigen Schicht der populären Rechtsliteratur².

«Vallesia», 1957, 295, und in einem Vortrag auf den Einfluss der Summa bzw. des Tractatus notularum des *Rolandinus Passagerii* (1256) hingewiesen. Vgl. Savigny V (473 ff.); weitgehend benützt wurde der tractatus notularum von der in Polen und Ungarn verbreiteten Summa des Raymund von Wiener Neustadt, cf. *Seckel*, Beitr., 500; vgl. auch über die ars notaria des *Rainerius Perusinus* (1222–1232), des Rolandinus Lehrer, bei *Wahrmund* III, 2; ferner den Ordo indiciarum des *Martinus de Fano* (1232), daselbst I, 7; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozess VI, § 129; *Rockingers* Schriften über Formularbücher sind z. T. später zitiert. Zur Entwicklung der Notariatsformulare in Süditalien (gegen Brunner) *Leicht*, Scritti II, 1, 47, mit Lit.; *H.F. Schmid*, Annali di Storia d. dir. I, 1957, 121 N. 164.

¹ So hielten die Glossatoren den üblichen Schwur bzw. die Verpflichtung des Verkäufers «nullo modo se venire contra venditionem» für gültig (cf. etwa Gl. «non fieri» zu D. 19, 1, 11, 18). Eine abweichende Auffassung ist von *Placentin* und *Azo* zur Frage überliefert, ob ein Verzicht auf Geltendmachung der laesio enormis in dieser Klausel miteingeschlossen sei (vgl. *Meynial*, Mélanges Girard II, 1912, 210). Im justinianischen System hätte eine solche Verpflichtung als überflüssig erscheinen müssen, da sie sich aus dem Kaufvertrag ergab. Aber das Corpus Iuris bot Anknüpfungen aus dem klassischen Rechtszustand; es sind die Stellen, die von der stipulatio rem habere licere sprechen, wo der Käufer sich verpflichtet «neque per se neque per heredem eius fieri quo minus habere liceat» (vgl. dazu neuerdings *Kaser*, SZ Rom. Abt. 1937, 176 ff.; zur griechischen, ravennatischen, langobardischen und fränkischen Urkundenpraxis *Rabel*, Haftung des Verkäufers, 1902, 36 ff., 47; *Ehrhardt*, SZ 1931, 139 ff.) vgl. unten, S. 232, 237.

Das von *Palmieri* dem Irnerius zugeschriebene Formularium Tabellionum (*Gaudenzi*, Bibl. Medii Aevi I) ist späteren Datums; es geht auf einen Bologneser Verfasser von 1205 zurück (*Kantorowicz*, Studies in the Glossators, 1938, 36). Zur Überlieferung, dass Irnerius selbst ein Formularbuch verfasst habe, vgl. *Wahrmund*, Quellen III, 2, p. XXI, n. 2; weitere Literatur über die Frage bei *Masi*, Formularium Florentinum Artis Notariae, 1943, Einl. XXXVI. *Leicht*, Le Obbligazioni 20, weist darauf hin, dass die romanistische Reform der Notariatsformeln der Reform des Studiums vorausgeht.

² Vgl. *Stintzing*, Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland usw., 1867, und vor allem die gewaltige Vorarbeit jeder künftigen genauern Forschung bei *Seckel*, Beiträge zur Geschichte beider Rechte im MA I, 1898 (zur Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts).

Da die Urkundenverfasser geistlichen Standes waren, erklärt sich der Niederschlag der kanonisch-christlichen Anschauungen in den Geschäftsklauseln. Und seitdem mit dem Dekrete Gratians eine eigentliche kanonische Rechtsdoktrin entsteht, die sich schärfer vom allgemeinen religiösen Hintergrund abhebt, nimmt auch die Bedeutung der juristischen, am römischen Rechtsgut erwachsenen Formulierung zu. Die kanonistische Lehre begreift seit den achtziger Jahren des 12. Jahrhunderts das römische Recht immer umfassender ein. Die grossen Kanonisten bis zum Ende des 13. Jahrhunderts waren Schüler der Glossatoren¹. Diese selbst hatten grundlegende Anschauungen des kanonischen Rechts in ihre Auslegung und systematische Darstellung des Corpus Iuris aufgenommen, das ihnen als autoritärer Ausdruck des christlichen Universalreichs erschien. Dies gilt im Privatrecht etwa für die eigentümlich mittelalterliche Lehre von der *laesio enormis*, die weit über die Quellengrundlage hinaus zu einem allgemeinen Prinzip erhoben wird und in unserem wie in allen anderen zeitgenössischen Urkundenbeständen – im Zusammenhang mit den Verzichtsklauseln – eine hervorragende Rolle spielt. Auch andere tralatizische Wendungen der Urkunden – so die Betonung der Abwesenheit von Willensmängeln – gehen auf die kanonische Lehre zurück und sind legistisch ausgebaut worden. Dies wird im speziellen Teil zu veranschaulichen sein. Freilich muss festgehalten werden, dass die beiden sich teilweise überschneidenden Kreise des kanonischen und römischen Rechts selbst in der Epoche der Postglossatoren, wo die Verbindung höchst intensiv wird, doch keineswegs identisch werden. Es ist der spezifische Aspekt des *peccatum*, der Sünde, der das kanonische Recht auszeichnet und abhebt. Andererseits kann man, was die Rechtstechnik und die weithin gemeinsame begriffliche Rechtsmethode angeht, bedenkenlos von einer Art Mischrecht

¹ Allgemein bez. materieller Unterschiede und gegenseitiger Beeinflussung der beiden Rechtskreise des römischen und kanonischen Rechts *Ruffini*, *Leggi e canoni in materia di diritto privato secondo i principali canonisti e legisti del secolo XIII* (Studi Scialoja, 1905, II, 393 ff.); *Kurtscheid*, *De utriusque iuris studio*, Acta Congr. Iuridici II, 333; *Le Bras*, *La concorde des droits savants dans le domaine des contrats in: Etudes d'histoire du droit déd. à Aug. Dumas* (Annales de la fac. de Droit d'Aix, N. S. 43, 1950), 147 ff.; *Stephan Kuttner*, *Das Studium des Zivilrechts usw.*, in Festschrift Martin Wolff, 79 ff.; Seminar 1953, 12 (Roman Law in Gratians Decretum – mit Lit.); vgl. auch unten im Literaturanhang am Schluss dieser Abhandlung, S. 242.

sprechen, das das wissenschaftliche und halbwissenschaftliche Denken derer bestimmte, die mit der Wahrung und Formulierung des Rechts befasst waren. Doch trifft der Begriff eines europäischen Mischrechts noch in einem genaueren Sinne für die materiellen Rechtsregeln zu, die sich in den Urkunden finden. Eine Welt romanisierter Formen und Formulierungen ragt sozusagen katalysierend hinein in ein Rechtsbewusstsein und eine Praxis, deren deutschrechtliche, altertümliche Grundlagen zum Teil weitgehend abgeschliffen und verblasst sind. (Vgl. am Schluss dieser Abhandlung den Literaturanhang über das kanonisch-römischrechtlich beeinflusste Mischrecht.)

II. Zu einzelnen Rechtsinstituten

1. Die Verfügungen von Todes wegen¹

In unserem Quellenbereich vollzieht sich, wie überall in Europa, von der beschränkt zugelassenen Schenkung unter Lebenden langsam die Entwicklung zur letztwilligen *donatio post obitum* hin, also zur gewillkürten, erbrechtlichen «Singularsukzession». Das Erbeinsetzungstestament beginnt sich erst am Ende der von uns behandelten Zeitspanne abzuzeichnen. Man kann auch in unseren Berner Urkunden den genetischen Zusammenhang der letztwilligen Seelenheilschenkung mit derjenigen unter Lebenden mit Niessbrauchvorbehalt beobachten. Anklänge finden sich auch bei uns an die römische *donatio mortis causa*, die im Zentrum des ganzen historischen Vorgangs, in Italien, ebenfalls als Nebenkonstruktion für die Seelenheilschenkung verwendet wird.

Die eindruckliche Ausbreitung des italienischen Quellenmaterials und der Literatur in *Vismaras Storia dei Patti Succesori*²

¹ Grundlegend die Darstellung bei *Auffroy*, *Evolution du testament en France, des origines au XIII^e siècle*, 1896, 389 ff. Vgl. jetzt die im Text nicht mehr benützten Abhandlungen über das Testament in den *Mémoires de la Société pour l'Histoire du droit et des Institutions des anciens pays bourguignons etc.*, fasc. 17 (1955) hrsg. v. d. Faculté de Droit de Dijon.

² Milano, Vita e Pensiero, 1941. – Zusammenfassung II, 745: am Ende des 11. Jahrhunderts tritt in der Emilia, im Veneto, der Toscana, Amalfi, Bari, der Lombardei und Ligurien die einseitige *donatio post obitum* auf, in der gleichen Zeit, wo das römische, nachklassische Testament ohne Notwendigkeit der Erbeinsetzung aufkommt; in derselben Zeit Wiedererstehung der römischen *donatio mortis causa*.

wie auch andere neuere Arbeiten lassen vielleicht nirgends so deutlich wie hier den weiten, europäischen Rahmen sichtbar erscheinen, in den unsere Quellen eingefügt sind¹. Die *donatio pro anima* ist ein christliches Institut². Das überall aufkommende kanonische Testament wurde denn auch ausschliesslich für diese Seelenheilschenkungen geschaffen³. Es ist daher, trotz seines klassisch-römisch klingenden Namens, nicht ein Erbeinsetzungs-

¹ S. *Poudret*, *Succession testamentaire dans le pays de Vaud*, 1955, insbesondere 35 ff.; über das Testament bei *Beaumanoir* und das gewohnheitsrechtliche römisch-kanonische Testament in Frankreich *Le Pointe*, *Les successions dans l'ancien Droit*, 1945 (édit. Domat-Montchrestien), S. 162; Bibliographie neuerer Arbeiten über die Entwicklung des Testamentsrechts in Belgien und Holland von *L. Th. Maes* in *Tijdschr. v. R. Gesch.* VIII, 1950. Dort erwähnt mir nicht zugängliche Arbeiten von *J. Simon*, *Les Testaments chirographes de Nivelles* (*Bulletin de la Commission Royale des Anciens Lois et Ordonnances de Belgique*, t. XV, 1947), 233–308, und *M. Yans*, *L'équité et le droit liégeois du moyen-âge* (*Etude historique des Successions*, Liège 1946); ferner mehrere von *E. M. Meyers*. Für Italien vgl. *Bussi*, *La Formazione dei dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune I*, 1939, 156 f. und 170. Die ausdrückliche *Erbeinsetzung*, die aus den römischen Quellen übernommen wurde, wird bis gegen Ende des 12. Jahrhunderts in der italienischen Praxis noch als *Singularsukzession* aufgefasst, cf. *Nicolai*, *Formazione successoria negli statuti comunali...*, 265 ff., insbesondere 280. Vgl. auch für Deutschland *Aders*, *Das Testamentsrecht der Stadt Köln i. M. A.*, 1932, 26: durch Beschluss einer Synode in Bremen unter Vorsitz des päpstlichen Legaten wird 1266 die *libera testandi facultas* der Laien, und zwar die kanonische Testamentsform, gegenüber Lokalstatuten (Lübeck) in Schutz genommen. Zu Klerikertestamenten in Koblenz (ab 1260) vgl. *Bader*, *SZ*, KA 72, 471 ff. (Rez.). Für Österreich *Ganahl*, *Österr. Landrecht*, 1935, 288 ff.; *Letztwillige Anordnungen im späten 13. und beginnenden 14. Jahrhundert*, nicht über 1292 zurück; ferner *Lentze*, *SZ German. Abt.*, 1953, insbesondere 180 ff. über das Wiener Recht (14. Jahrh.), wo das Testament noch immer *letztwillige Verfügung über einzelne Vermögensstücke* ist; vgl. auch *SZ*, *Germ. Abt.* 1949, 102 ff.

² Vgl. über die Verbreitung der Seelenheilschenkungen im byzantinischen Recht des ausgehenden 9. Jahrhunderts die *Novelle 40 Leos des Weisen*, in der dem Kriegsgefangenen (neben anderen Erwägungen vor allem deswegen, um ihm die Ausrichtung von *letztwilligen Seelenheilschenkungen zu ermöglichen*) erlaubt wird zu *testieren* (*Monnier*, *Les nouvelles de Léon le Sage*, 1923, 1547 n. 4, vgl. 169; *Noailles-Dain*, p. 160/161); *Novelle 68* erlaubt *Klerikern*, die Funktionen von *Testamentsvollstreckern* zu übernehmen.

³ Die *Dekretale von Innocenz III* in X, III, 26, 11, beschränkt ausdrücklich das kanonische Testament mit 2 oder 3 Zeugen «*super relictis ecclesiae*». Dessen Form – *coram presbytero suo* und Unterschrift von 2 oder 3 Zeugen – wird bestimmt durch eine *Dekretale desselben Papstes* (eod. c. 10), im Gegensatz zu einer älteren Praxis, die 5–7 Zeugen verlangte; dabei handelt es sich um eine genauere Festlegung eines *Rechtssatzes der justinianischen Kompilation*, die für Testamente zugunsten von *filii und piae causae* Formfreiheit kennt. (Cf. *Bussi*, 162.)

testament. Seine rechtliche Natur und seine Terminologie stehen aber mit den Testierungsarten des Corpus Juris in engster Verbindung. Das justinianische Recht kannte «Intestatkodizille», das heisst die Errichtung von Vermächtnissen in letztwilligen Verfügungen, die keine Erbeinsetzungen enthielten und sich nicht auf solche ergänzend beziehen mussten. Es kannte erleichterte Testierungsformen zugunsten der Kirche und frommer Stiftungen. Es hatte ferner, im Zuge derselben Bestrebungen, die im klassischen Recht unwiderruflich gewesene *donatio mortis causa* widerruflich gemacht und derart dem Vermächtnis materiell, nicht nur formell, weitgehend gleichgestellt – rechtliche Grundsätze, die nun im Mittelalter aufgenommen werden. Die *donatio reservato usufructu* gehört der römischen Überlieferung an¹. Dasselbe aber gilt ganz allgemein in bezug auf das Institut der Zweckschenkung, die in der *donatio post obitum* verwirklicht wird². Für die Benennung des Verfügungsaktes als Testament in neuem Sinn stellen schon die justinianischen Institutionen die pseudo-etymologische Begriffsbestimmung als letztwillige *testatio mentis* in den Vordergrund (Inst. 2, 10 pr.)³. Dieser erweiterte Sprachgebrauch, in den gleichzeitig die Anschauung der Zeugenklärung einfließt, findet sich bekanntlich in all den vielen europäischen Urkunden über Seelgeräte. Da das kanonische

¹ CJ 8, 53, 28; 35, 5; CTh 12, 4, 9; 12, 8, 7; 9; Brev. 8, 5, 2; L. Rom. Burg. 25, 5 usw. – S. Levy, *Vulgar Law* 144; für Schenkungen an die Kirche in den ravenatischen Urkunden Ferrari, *St-Riccobono*, I, 461 ff.

² Lit.: Über den römischen Ursprung der *donatio post obitum* Vismara, *Storia dei Patti successori* I, 219 ff., 325 ff.; zu vulgärrechtlichen Wurzeln der Zweckschenkung Levy, *Röm. Vulgarrecht* 242 (vgl. auch *Roman Vulgar Law*, 164 ff.; 167); Hübner, *Gierkes Untersuchungen*, 1888, unterschied zwei Typen: a) die *donationes post obitum* – bedingtes Rechtsgeschäft; das Eigentum verbleibt dem Schenker, wenn auch ohne Vererbungs- und Veräußerungsbefugnis, und b) die Schenkung mit Niessbrauchsvorbehalt bzw. Rückgabe als Lehen – hier geht Eigentum über. – Dazu kritisch Voser, *Die altdeutsche Liegenschaftsübertragung*, Diss. Zürich 1952, 59 ff. Für einen weiteren Begriff der *donatio post obitum* auch Vismara, II (Zusammenfassung, p. 745 ff.); ferner I. A. Rubio, «*Donationes post obitum*» y «*donationes reservato usufructu*» en alta edad Media de León y Castilla (*Anuario de Historia del Derecho Espanol* 1932).

³ Biondi, *Successione testamentaria e Donazioni*, 1943, 17; Bussi a. a. O. 170 ff. Sofortige Seelenheilschenkungen werden als *testamentum* bezeichnet etwa in FRB II 287 (1246); 491 (1260); 376 (1255): *testamentum suum legavit, testamentum seu donationem*; ähnlich II 398; 627: *legavit et assignavit*; II 656: *in testamentum seu remedium animae*.

Recht, wie oben ausgeführt, seine erleichterte Testamentsform der Verkörperung eines bestimmten religiösen Bedürfnisses gewidmet hatte, können die Kanonisten, ohne ihrer Ordnung zu widersprechen, das seit den Glossatoren in Italien neu erstandene, umfassendere zivilistische Erbeinsetzungstestament mit sieben Zeugen, als *testamentum solemne*, ebenfalls anerkennen¹. Freilich bewegt sich das kanonische Recht, im Zusammenhang mit der Dekretale X, III, 26, 13, völlig ausserhalb römischer Rechtsgedanken, wenn es die Erbenbezeichnung durch eine vom Erblasser ernstlich beauftragte Drittperson zulässt². Die Postglossatoren lehnen dem im kanonischen Recht mit seinem stellvertretenden *meritum*, der Schlüsselgewalt des Papstes usw. aus religiösen Wurzeln her überhaupt kräftigen Gedanken der Repräsentation wie anderwärts ab, geben aber die Möglichkeit der Erbenbenennung durch eine vom Erblasser herrührende Urkunde ausserhalb des Testaments (*relatio ad schedulam* bei Bartolus)³.

Was die Formerfordernisse des kanonischen Testaments betrifft, so scheint sich die Praxis des 13. Jahrhunderts allgemein (so etwa bei Beaumanoir) mit Zeugen ohne bestimmte Zahl und einem oder mehreren authentischen Siegeln begnügt zu haben⁴. Es ist der Gebrauch auch unserer bernischen Urkunden. Die Postglossatoren setzen diese Testamentsform voraus, aus der in den Städten die (sogenannten gerichtlichen) Rats- und Schultheissentestamente erwachsen⁵. Auf den Zusammenhang mit dem Strassburger Recht hat Rennefahrt für unseren Quellenkreis verdienstlich hingewiesen und zutreffend betont, dass es sich um ein qualifiziertes Zeugentestament vor amtlich bestellten Wahrheitszeugen handelt⁶.

¹ *Bussi*, a. a. O. 171 ff.

² *Bussi*, a. a. O. 174, 183 ff.

³ *Bussi*, a. a. O. 160 ff.

⁴ *Meijers*, *Etudes* I, 248; vgl. auch *Rennefahrt*, *Grundzüge*, 210 ff.; oben 1246, 1270.

⁵ *H.F. Schmid*, *Annali di Storia d. Dir.* I (1957), 124; für Frankfurt a. M. *Coing*, *Rezeption des röm. Rechts in Frankfurt a. M.*, 1939, 138; für Köln: *Aders*, *Testamentsrecht der Stadt Köln*, 1932, 32; *Heinen*, *Die Gerichte des Kölner Rats im 14. und 15. Jahrhundert*, 1934 (Sonderdruck aus dem Jahrbuch des köln. Geschichtsvereins).

⁶ *Rennefahrt*, *Grundz.* III, 222 ff.; dieser Band 87. Um ein germ. Testament handelt es sich wohl schon in FRB II 674 (Biel, 1269), wo *testes vocati et vocati* auftreten.

Das kanonische Testamentsrecht ist in unserem Bereich entsprechend dem Recht des Zähringer Quellenkreises zwar für Verfügungen auf dem Totenbett und für solche unverheirateter Frauen zum Teil statutarisch beschränkt¹, aber doch offenbar grundsätzlich allgemein anerkannt². Doch sind eigentliche letztwillige Verfügungen zunächst noch sehr selten in unseren Urkunden³. Besonders hervorgehoben zu werden verdienen folgende urkundliche Fassungen, die zum Teil deutlich romanistischen Einfluss zeigen⁴:

FRB II 565 (1264):

Abtretung von Gütern an Abtei Frienisberg... in recompensationem iniuriarum et dampnorum... libere et absolute post vitam nostram... während Lebzeiten Anerkennungsziens.

FRB II 622 (1267):

Erlaß von Zehnten nach Tod des Schenkers... presentibus post vitam nostram remittimus.

II 660: Quia ultimam voluntatem testatoris iuxta eiusdem decretum convenit adimpleri. (Bestätigung eines Seelgeräts des Vaters durch den Sohn⁵.)

II 377 (1255): (Kanonisches) Zwischenurteil über rechtliche Gültigkeit eines Testaments durch den Magister Nicolaus, plebanus in Malters; iudex a domino episcopo Constantiense constitutus: ... nos inspectis diligenter instrumentum super testamento de B. ... de Consilio iuris peritorum ipsum testamentum interloquendo pronuntiamus iure factum et ordinatum. (Das Testament selbst muss also früheren Datums sein – vgl. unten III 669 v. 1296.)

II 267 u. ö.: in meram et perpetuam et caritativam elemosynam⁶; III 516: titulo pure et perfecte donationis facte inter

¹ Freiburg i. Br. 1120 (FRB i, p. 375); Burgdorf (FRB III, p. 51). Für (spätere) Beschränkungen in andern Quellenkreisen *Heusler*, II, 644 ff.; *Rennefahrt*, oben 103.

² Vgl. zu der nach der Berner Handfeste sehr weitgehenden Verfügungsfreiheit *Rennefahrt*, Grundzüge I, 62; II, 208 ff. Das Murtenner Stadtrecht, das nach *Rennefahrt* *ibid* III, 209, nl. a. E. am reinsten das Gewohnheitsrecht des Reichs verkörpert, zeigt keine solche Beschränkungen.

³ Vgl. auch *Heusler*, II, 645 ff.; ferner H. F. *Schmid*, *Annali di Storia d. Dir.* I (1957), 124; für Frankfurt *Coing*, *Rezeption d. röm. Rechts in Frankfurt a. M.*, 1939, 138.

⁴ Vgl. *Rennefahrt*, dieser Band 105 ff.

⁵ Cf. *Rennefahrt*, diesen Band S. 105.

⁶ Zur kirchenrechtlichen Bedeutung des als Almosen zugewendeten Vermögens etwa *Fournier*, *Officialités*, 84 ff.

vivos . . . dedi . . . retentis af vitam . . . cum censu . . . III 603: recipiens usumfructum . . .

III 361: (Gegenseitige Einsetzung auf Reichslehen); vgl. III 569 (Ehestiftung).

III 49 (1273, Beromünster): hanc igitur ordinationem, si – quod Deus avertat – me intestatum decedere contigerit¹, ratam esse vole (Stiftung von Seelenmessen) . . . somit Vorbehalt späterer Änderung.

III 491 (1289): Graf von Neuenburg an Abtei Neustadt: non sub modo condendi testamentum, sed sub modo et forma donationis libere et perfecte.

III 669 (1296): Widerruf einer Schenkung auf Todesfall durch Solothurner Kleriker: . . . cum voluntas testatoris sit ambulatoria et plerisque in casis legatis comparetur, donationem seu causa mortis simpliciter revoco.

Über die rechtsgeschichtliche Einordnung der häufigen Formel libera voluntate, mente sana (nicht nur sanus corpore et mente u. ä.) darf auf die folgenden Ausführungen auf Seite 226 ff. verwiesen werden².

Aus dem Beginn des 14. Jahrhunderts mögen schliesslich zwei in der Formulierung besonders hübsche gerichtliche Testamente der Erbeinsetzung eines gesetzlichen Erben³ angeführt werden.

V 22 (1318): Gerichtliches Testament (vor Schultheiss) eines Geistlichen zugunsten seines Bruders (korrespondierend): non vi coactus nec dolo seu fraude circumventus, sed sciens, spontaneus et per Dei gratiam sanus mente et corpore, ac maturo consilio pre-

¹ Vgl. auch V 246. «Intestatus» kann auch nur scheinbar legistisch sein; es bedeutet oft «inconfessus» (*Auffroy*, Testament, 77).

² Vgl. die Zusammenstellung bei *Rennefahrt*, oben S. 78 ff., insbesondere 59, 79.

³ Weitere Stellen in meiner für die Mitarbeiter des «Neuen Savigny» vervielfältigten Sammlung von Quellenstellen. Zur gleichen Zeit kommt die Einsetzung von *Testamentsvollstreckern* vor. Vgl. auch *Rennefahrt*, oben S. 106 ff. Für Literatur zum Institut des Testamentsvollstreckers darf ich verweisen auf «Historisches und Rechtsvergleichendes zur Stellung des Willensvollstreckers», *Z. d. bern. Jur. Vereins* 1948, 1 ff.; vgl. ferner *Lepointe*, *Les successions dans l'ancien droit*, 1945, 165 ff.; *Bussi*, a. a. O., 178 ff.; *Auffroy*, 502 ff.; *Schönfeld*, *SZ*, G. A. 1921, 302. Wesentliches bei *Coing*, *Die Frankfurter Reformation v. 1578 usw.*; 1935, 91 ff. Bei *Caillemer*, *Origine et développement de l'exéc. testamentaire*, 1901, 73 ff. werden die auch in unseren Quellen ersichtlichen Aufgaben des Testamentsvollstreckers entwickelt, nämlich Sorge für sepultura, Schuldzahlung und Gutmachung von Übeltaten, Verteidigung des Testaments, Modifikationen desselben; betr. Saisine und Veräusserungen auch 202.

habito . . . veni in Berno coram Laurentio Monetario sculteto, et aliquibus consiliariis et burgensibus de Berno in iudicium, ibique per communem sententiam . . . statui, feci et ordinavi . . . fratrem meum de legitimo thoro procreatum, meum verum, justum, certum et legitimum heredem castri nostri de Chramburg, et omnium aliorum bonorum mobilium et immobilium . . . si continget, me prius de hoc seculo migrare, quam dictum Johannem fratrem . . . si contingit, eum prius quam me decedere absque heredibus uterinis, ab ipso legitimo thoro procreatis, uno vel pluribus, ui tunc vivi et superstites remanerunt.

V 729 (1330): (Unterschied von Erben und Vermächtnisnehmern – aber doch Schenkung unter Lebenden. Vor Schultheissengericht.) inquiri petii per sententiam, si super bonis meis, que nunc habeo, habebo et decedente ullo modo reliquero, heredem mihi placabilem facere, ordinare et constituere possim, sic quod illa heredis constitucio et bonorum meorum institucio postmodum possint in suo robore manere . . . (heredes mei unici, legitimi et speciales). Einsetzung des deutschen Ordenshauses in Bern . . . hoc adiecto quod michi cum dictis bonis meis, quamdiu sana fecero, ordinandi, disponendi et in agone mee mortis meis amicis et prosalute anime legandi plenam retineo potestatem . . . Et recepi . . . dicta bona mea a dictis . . . religiosis . . . meis heredibus . . . quamdiu vixero . . . pro una mensura vini . . .

2. Zur Frage des freien Geschäftswillens in den mittelalterlichen Urkunden

Die Beurkundung der Freiheit des Geschäftswillens in unseren Quellen (bzw. der Abwesenheit von Zwang und dolus) stellt ein besonders bedeutungsvolles Symptom für das Eindringen römisch-kanonischer Rechtsvorstellungen dar. In Seelenschenkungen und letztwilligen Verfügungen, aber auch bei Verkäufen und anderen Geschäften, begegnen wir häufig, bei uns wie anderswo, stereotypen Klauseln solcher Art, die eine eigenartige Vorgeschichte besitzen. Sie gehören zweifellos einer weit zurückführenden antiken Tradition an¹. Aber sie bringen ebenso unzweifel-

¹ Cf. *Tjäder*, Die nichtliterarischen Papyri Italiens aus der Zeit v. 445–700, 1954/55, 256 ff. – dazu *Levy*, SZ 1957, 480 N. 3 mit Lit.; *Felgentraeger*, Formulae Andecavenses, FS Koschaker 3, 373 N. 43. Vor allem aber *Astuti*, Contratti obbligatori, Parte generale I 1952, 441 N. 2 (Hinweis auf C. Th. 2, 9, 8).

haft zunächst etwas Fremdes, den Parteiabsichten oder doch den Absichten der stärkeren, die Verurkundung in der Regel veranlassenden Vertragspartei Widersprechendes zum Ausdruck. Es müsste sonst als unlösbarer Widerspruch erscheinen, dass dieselben mittelalterlichen Urkunden in den ebenso häufigen Verzichtklauseln («Renuntiationen», auf die im nächsten Abschnitt noch näher eingegangen werden soll) die Geltendmachung derselben eventuell vorliegenden Willensmängel wieder ausschliessen wollen, deren fast programmatisch-wesentliche Abwesenheit sie oft eingangs verkünden¹. Hinter all dem steht die beinahe faustrechtliche Anschauung von der unanfechtbaren und unabänderlichen Bindung durch den Vertrag. Er wird als rechtsschaffender Individualakt der Parteien angesehen. Er gilt als unverrückbare lex unter ihnen und soll nicht durch sozialetische Erwägungen modifiziert oder in Frage gestellt werden. Dies Bestreben wird gestützt durch die dieser Anschauung stilmässig entsprechende Auffassung, dass der Vertrag kraft der Form als ein durch sie objektivierter Vorgang die Beziehungen der Parteien schlechthin und ausschliesslich ordnet². Für ein Konsensualprinzip, das den Vertrag lediglich als äusseren Ausdruck freier, formloser Willenserklärungen betrachtet, deren Übereinstimmung als solche bindet, ist zunächst durchaus kein Raum. Das entsprach der überkommenen, archaischen und undifferenzierten germanischen Welt des Rechts. Dieser älteren Anschauung vom Rechtsgeschäft trat jedoch als verwandt in der gelehrten Doktrin des römischen Rechts die Erscheinung entgegen, dass selbst das justinianische Corpus Iuris keineswegs das Konsensualprinzip als

¹ Eine ähnliche Urkundenpraxis hat *Wieacker*, *Societas* 1936, 312 ff., 331 ff. für den byzantinischen Gesellschaftsvertrag nachgewiesen. Schon dort wird nicht nur die vorgehende *deliberatio*, der *tractatus habitus* beurkundet (vgl. das unklassische Fragment D 17, 2, 32), sondern auch ein ethisch gefärbter, auf Begründung einer echten, uneigennütigen und dauernden Gemeinschaftsgesinnung gerichteter Wille der Gesellschafter. Dessen Beurkundung wird in der byzantinischen Praxis ein ebenso äusseres, floskelhaftes Schema wie diejenige der Abwesenheit von Willensmängeln, und zwar genau wie in den m. a. Urkunden zum Zwecke der Vertrags- bzw. Beweissicherung.

² Vgl. zum Wesen des «äusseren Formalismus»; *Mitteis*, *Röm. Privatrecht* I 255, 279. Zum älteren m. a. Kauf als ein mit der Schenkung oft vermengter «Realvertrag»; vgl. *Chevrier*, *Etudes Dumas* (unten Anm. 1, S. 2923); ferner *Spies*, *Observations des simples conventions etc.* 150; vor allem *Astuti* l. c. 426 ff., 448, 453.

allgemein geltend voraussetzt. Im Gegenteil: die in ihm hervorstechende und für die mittelalterliche Urkunde den eigentlichen Ansatz bildende *stipulatio*, die bei Justinian schriftlich wurde und abstrakte Wirkung hat, gehört nicht zu den Konsensualverträgen im klassischen Sinn¹. Sie ist allerdings durch Einreden entkräftbar. Den für das Mittelalter attraktiven Satz, dass ein *pactum nudum* keine Obligation und keine Klage erzeuge, haben die justinianischen Quellen nicht getilgt (obwohl er den vulgärrechtlichen Anschauungen der Spätantike nicht mehr entsprach). Die den wirklichen Quellengehalt wahrheitsgemäss und klar herausarbeitenden Glossatoren waren daher fern davon, eine etwa auf der *bona fides* beruhende allgemeine konsensuale Vertragsfreiheit einzuführen. Sie haben vielmehr den Satz noch besonders unterstrichen, wobei ihnen die Rechtsanschauung ihrer Zeit die unausgesprochene natürliche Grundlage abgab. In der Tat hatte die römische, abstrakte *stipulatio* insofern eine Entsprechung in der langobardisch-fränkischen *wadiatio* (als Verbürgungs- und Pfandsetzungs-, dann als Selbstvergeisselungsgeschäft des Schuldners). Letztere erscheint oft als *stipulatio*² und ist in unserer Epoche, am Vorabend des bolognesischen, gelehrten Einflusses, durch die *fides facta* als genaueres Korrelat ersetzt³. Die Betonung eines freien Geschäftswillens lag aber nicht nur den durch *wadiatio* und *fides facta* getätigten Verträgen fern, sie war selbst noch der früheren kanonischen Rechtsauffassung, also den vorbolognesischen geistlichen Urkundenschreibern fremd. Erst die klassische kanonische Lehre betonte, gewiss bereits mit unter romanistischem Einfluss, diese Grundlage des Rechtsgeschäfts. Es war aber für sie in erster Linie eine rechtsethische, eine religiöse Voraussetzung, die das Rechtsgeschäft im Forum des Ge-

¹ *Astuti* I-c 452. Vgl. auch Lit. zur Geschichte der *stipulatio* und der m. a. Urkunde bei *Joers-Kunkel*, Röm. Privatrecht § 562–563 Anm. 7; und etwa *Voltellini*, Die Südtiroler Acta Tirolensia, 1899, XLVIII ff.

² Vgl. etwa die bei *Astuti*, I c. 459, mitgeteilte Stelle noch aus dem *Liber consuetudinum Mediolani* von 1216: *De verborum obligationibus, quae stipulatio dicitur, illud obtinet, quod sive in mutuo vel in alio quolibet contractu una pars alteri guadium dedisse inveniatur, stipulatio illis verbis solemniter intercessisse intelligatur.*

³ Vgl. neuerdings zur *fides facta* als Schwur, verbunden mit Handschlag, als Symbol des Personeneinsatzes, die Zürcher Dissertation von Peter *Voser*, Die altdeutsche Liegenschaftsübereignung von ihren Anfängen bis zum Beginn der Rechtsbücherzeit, 1952, passim.

wissens vom Makel der Sünde abschirmte¹. Jedoch muss die Umbildung zu einem eigentlich rechtlichen Prinzip gleichzeitig eingesetzt haben. Dieses Entwicklungsstadium kennzeichnet auch das zunächst etwas unsichere Auftreten der bezüglichen Klauseln in unseren Berner Rechtsquellen im 13. Jahrhundert. Die kanonisch-römische Vertragslehre war bereits in der *ars notaria* konsolidiert. Vielleicht darf man sagen, dass die programmatischen Verurkundungen über Abwesenheit von Willensmängeln zunächst mehr Sicherungen des Gewissensforums betrafen, während die Verzichte auf die *exceptio doli*, *metus* usw. den Vertrag im Sinn des weltlichen Rechts hieb- und stichfest machen sollten.

3. Bemerkungen zu den Renunziationsklauseln²

Seit der Mitte des 13. Jahrhunderts³ treten auch nördlich der Alpen in den Urkunden Verzichtsklauseln auf, die die verbrieften

¹ Die frühere Lehre weiss nichts von ihnen; im Anschluss an eine bereits von *Rufinus*, einem der ersten Kommentatoren zum Dekret, vertretene Ansicht wird aber von den klassischen Kanonisten der Satz vertreten, dass eine dem Einfluss von Irrtum oder *dolus* unterlegene Verpflichtung selbst dann ungültig sei, wenn sie beschworen war (vgl. *Boyer*, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, 1924, 217 ff., insbes. das Zitat aus *Huguccio*, gest. 1210, in n. 218). Die *vis* bereitete bei beeideten Versprechen, von denen das kanonische Recht ausging, grössere Schwierigkeiten. Die Pflicht des Christen überwog zunächst, eher Unrecht zu leiden als einen Eid zu übertreten. Eine Meinung (seit *Rufinus*) sieht nur die Möglichkeit der Entbindung von der Eidespflicht durch den Papst, während die später herrschende Meinung die Bindung als nichtig ansieht (*Boyer* 1 c.; *Beaumanoir*, No. 1040, und dazu *Spies*, *Observations des simples conventions en droit canonique*, 1928, 148, 168).

² Vgl. vor allem die eindringenden Abhandlungen von *Meynial*, *Nouv. Rev. Hist. de Droit Franç. et étr.*, Bd. 1900, 108 ff. (I); Bd. 1901, 241 ff., 657 ff. (II); 1902, 49 ff., 649 ff. (III); 1904, 698 ff. (IV); *Genzmer*, *Studi Koschaker* I 1954, 326 ff.; nützlich die (ungedruckte) Münchener Dissertation von *Wolfgang Müller*, *Das Aufkommen der Rechtsverzichtsformeln in den mittelalterlichen Urkunden*, Diss. München 1948, Maschinenschr.; ferner *Fournier*, *Officialités*, 297 ff.; *Ourliac* und *de Malafosse*, 87 ff. Die S. 94 zitierte Arbeit von *Peter Riesenberger*, *Roman law renunciations* (in *Essays in Medieval Life and Thought*, *Mélanges Evans*, New York 1955), die eine eingehende Kritik von *Meynial*'s Arbeiten enthalten soll, war mir unzugänglich.

³ Für Frankreich und Italien *Meynial* I, 111 f. Aufkommen in Deutschland, sowohl im Norden wie im Süden, jedenfalls seit dem letzten Viertel des 13. Jahrhunderts nach *Genzmer*, *Studi Koschaker* I 330 (der z. T. an die ältere Arbeit von *Schaeffner* anknüpft); nach *Müller* (1 c. 45 ff.): zwischen 1155 und 1256 erscheinen

Rechtsgeschäfte gegen Anfechtungen und Einreden schützen wollen. Auch sie haben ihr Vorbild, ja ihre Terminologie dem justinianischen Recht entnommen. Das gilt vor allem für die oft erscheinende Renunziation auf das *Senatusconsultum Velleianum*¹, aber auch für die *exceptio non numeratae pecuniae*, die Geltendmachung der *laesio enormis* u. a. Doch erhellt die Bedeutung der Verzichte, von denen sich einige aus dem kanonischen Recht herleiten, erst im Rahmen der mittelalterlichen Rechtslehre. Man darf nicht den methodischen Fehler, der dem modernen Bearbeiter so leicht unterläuft, begehen, vom justinianischen oder gar klassischen Recht her sie verstehen zu wollen. Dies gilt zunächst für die Natur der Einrede selbst. *Exceptio* bedeutet bei den Glossatoren eine jede Verteidigung gegen eine Klage, eine gleich-

fast alle; cf. Zusammenfassung S. 53. In der Verbreitung spielen nach Müller Arelat Burgund, die Schweiz und der Oberrhein eine hervorragende Vermittlerrolle. Für Flandern stellte *Gilissen*, *Mélanges de Visscher* III 1950 (= RIDA IV), in interessantem Rückstand zur Normandie und Südfrankreich, das erste Auftauchen, und zwar für die *exc. non numeratae pecuniae* und *doli* um 1249/50, fest. Vgl. jetzt für Graubünden *Clavadetscher*, *Z. f. Schw. R.* 1958, 101 ff. (Renuntiationen in Chiavenna und im Veltlin treten um 1200 auf, in Chur aber erst 1264). In Italien verbindet sich die allgemeine Verbreitung der Renuntiationen mit dem Ansehen der *Summa des Rolandinus Passagerii*, Ausgabe Lugduni 1569, 932 ff. (*Tractatus de Renuntiationibus*); für *Martinus de Fano* vgl. *Wahrmund*, *Quellen* I, 103 ff.; Ren. auch im sog. Formularium des *Irnerius* (*Gaudenzi* I, 14) beim Kauf. Schon Irnerius und die grossen Doktoren hatten die Frage der Zulässigkeit von Renuntiationen diskutiert; Friedrich I. entscheidet durch die bekannte *Authentica sacramenta impuberum* zu C. 2 (27), 28, 1, den Streit zwischen Bulgarus und Martinus zugunsten des letzteren, indem er auch für den eidesfähigen *impubes* aus beschworenem Rechtsgeschäft die Anfechtungsmöglichkeit aufhob, selbst bei einem von Anfang an ungültigen Geschäft (dazu *Meynial* II, 249; *Kantorowicz*, *Studies in the Glossators*, 164 N. 71). In dem von *Masi* 1943 herausgegebenen *Cartularium von Vergleichs-urkunden aus der Toscana* (*Orbis Romanus* 16) finden sich die ersten Ren. um 1216 (die meisten ausführlich, vgl. p. 40, 41, 68, 73, 78, 87, 90, 97, 125, 133).

¹ Über die in unsern Urkunden nicht vorkommende Frage materiell gültiger Interzessionen, wo das SC nicht anwendbar war (z. B. bei Äquivalenzempfang), vgl. *Meynial* II, 662, 659. Terminologisch bildete für die Urkunden Nov. 94, 2, die Anknüpfung, welche Vormundschaften übernehmende Mütter verpflichtet: «abrenunciare . . . et Vellejano Senatusconsulto et omni auxilio». Wörtlicher Anklang liegt auch vor beim Verzicht des Klerikers auf sein Privilegium fori (cf. C 1, 3, 50; C 2, 3, 29: *si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit non uscurum fori praescriptione propter cingulum militiae vel dignitatis vel sacerdotii praerogativam*); das kanonische Recht nimmt aber, im Gegensatz zu Justinian, Unverzichtbarkeit für den Kleriker an. *Meynial*, *Nouv. R. H.* 1902, 668.

berechtigte Ausnahme von einem Rechtssatz, und kein bloss praetorisch gewährtes Hilfsmittel mehr¹.

In den Berner Urkunden sind die Renunziationen im allgemeinen sinnvoll angewandt² und zeigen die im gelehrten Recht vorgeformte, in der Praxis übliche Bedeutung. Ihre relativ reichen Variationen schliessen es aus, dass im ganzen Gebiet nur wenige Formelbücher ausgeschrieben werden; sie machen eher den Eindruck, aus der allgemein verbreiteten Fachbildung der geistlichen und städtischen Schreiber bzw. Notare entstanden zu sein. Dabei muss man daran erinnern, dass auch die Kanonisten sich ex professo mit der Gültigkeit beschworener Verzichte befassten.

Zusammen mit der renuntiatio auf das *SC Velleianum*³ erscheint oft die auf die Authentica «si qua mulier» (zu Nov. 134, 8) und die Authentica «sive a me» (C. 4, 29, 22)⁴. Die Verbindung dieser nahverwandter Normen war in der Doktrin so eng, dass auch im Geschäftsgebrauch der Urkundenschreiber der Verzicht auf das *SC Velleianum* sich in erster Linie auf Verpfändungs- und Veräusserungsverbote der dos oder donatio propter nuptias bezog. Das obligatorische Interzessionsverbot trat zurück⁵. Gerade hier führt das eigentümliche Spannungsverhältnis zwischen

¹ Vgl. das erste, von *Rennfahrt* oben 77 signalisierte Auftreten von exceptio i. J. 1242. Zur Sache *Bethmann-Hollweg* II, 53 ff. Der Unterschied zwischen Wirkung ope exceptionis und ipso iure wird freilich wieder aufgenommen durch die Bildung neuer Kategorien von Einreden: der exceptiones facti s. intentionis (wo ein Klagerecht gar nicht entstanden oder fortgefallen war, der Kläger nur «via facti, de facto tantum» klagte) und der exc. juris s. actionis (wo eine Lossprechung trotz Bestehen eines Klagerechts erfolgte) – vgl. die Nachweise bei *Albrecht*, Die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprozesses 1835, 116 ff.

² Allerdings sind sie seit dem 5. Bande der FRB im Druck meist ausgelassen; über die übliche und meist auch in den Berner Urkunden gebrauchte Reihenfolge vgl. *Fournier*, 297 ff.; *Müller*, 45 ff. *Azo* und *Durandus* (cf. *Meynial* I 109 N. 2) warnen bereits vor bloss floskelhaftem Gebrauch.

³ Die Glosse betrachtet das *SC* als in favorem mulieris und daher verzichtbar (im Gegensatz zu unverzichtbaren Rechten bei «öffentlichem» oder gemischtem Interesse – worunter etwa der Verzicht auf Geltendmachung bereits erfolgter Schulderrückzahlung klassiert wurde) vgl. die lange Glosse senatusconsulto zu Auth. VII, 6 N. 94; *Meynial*, II, 264 ff.; III, 660.

⁴ Vgl. *Meynial*, I, 264 ff.

⁵ Massgebend war die Dekretale Innozenz III (X, II, 24, 28) über Ungültigkeit von Verpflichtungen auf Sachen, die Frauen als dos oder donatio propter nuptias verfangen waren; der Papst bestimmt, dass ein vereidigtes Versprechen trotz gegenteiliger Bestimmungen der leges gültig sei. Vgl. *Leicht*, Storia dir. it., Le Obblig.,

dem römischen Gedanken des Schutzes der Frau und dem Bestreben der Praxis, die Autonomie des Rechtsgeschäfts durchzusetzen, allmählich zu neuen Rechtsbildungen. Trotz den Renunziationen war das römische Prinzip so kräftig ins allgemeine Bewusstsein eingedrungen, dass im 14. Jahrhundert eine Art obrigkeitlicher Vogtei der Städte über die Frau entstand¹.

Die häufige Renunziation auf die *querela non numeratae pecuniae* erfüllte ebenfalls eine vom Recht des Corpus Iuris verschiedene Aufgabe. Sie hatte dort dazu gedient, die Beweiswirkung einer Urkunde (*cautio*), in der Rückgabe einer empfangenen Darlehensvaluta versprochen war, innerhalb bestimmter Frist zu entkräften²; das Institut war von Justinian ausgedehnt worden auf schriftliche Bekenntnisse über Geld- und Sachempfang und auf kausal gefasste Schuldanerkenntnisse³, die dadurch erhöhte Beweiskraft erhielten. Aus diesem letzteren Zusammenhang erklärt sich, dass die Hauptbedeutung der *querela* für die mittelalterliche Jurisprudenz im Gebiet des Beweiswerts von Urkunden lag. Um ihn voll zu wahren, wird in der Praxis auf die *querela* verzichtet. Doch die Juristen weisen diese Bestrebungen ab; sie lassen die Klauseln zunächst nur mit der Wirkung gelten, dass die normale Beweislast wieder eintritt, und halten dann später den Verzicht überhaupt für ungültig⁴. *Gilissen* hat sehr erhellend darauf hingewiesen, dass in den flandrischen Quellen die exc.

1948, 36. Das kanonische Recht schliesst dabei an das justinianische an (Inst. 2, 2 pr.; C. 5, 13, 1, 15b; Nov. 61); vgl. *Gilissen*, a. a. O. 534: Les actes du milieu du 13^e siècle confondent assez souvent ces deux séries de renonciations. Insofern dürften die Verzichte in FRB 227, 537, sinnvoll und traditionsgemäss sein. Gerade bei der ren. auf das SC Vell. verlangte die Doktrin zur Gültigkeit ausdrückliche Aufklärung der Frau durch den Notar (*certioratio*); *Meynial*, II, 665. In den von mir durchgesehenen Berner Quellen kein Beleg, wohl aber bei *Clavadetscher*, 114.

¹ Vgl. etwa *Gide*, Condition privée de la femme, 397 ff.; *Meynial*, II, 268 ff.

² C. 4, 30, 14.

³ C. 4, 30, 33.

⁴ Vgl. *Meynial* I (1900), 130. Die Glosse *religione* (*Jacobus* und *Accursius*) zu C. 4, 30, 13, betont ausdrücklich das Offenstehen des Gegenbeweises; er wurde selbst für die exc. *pecuniae non numeratae* beim Darlehen nach der justinianischen Bestreitungsfrist offengelassen (*Meynial*, 132). Dem entspricht auch die Diskussion über die Gültigkeit der Renunziation (zu C. 4, 30, 3, in Gl. *probare i. f.*); die überwiegende Meinung der Glossatoren anerkennt die Wirkung der Wiederherstellung normaler Beweislast, andere halten den Verzicht für nichtig – ebenso dann die Ultramontani. Die Praxis verlangte deshalb einen Schwur, der aber weder nach *Bartolus* noch nach *Baldus* hilft. Das Durchdringen dieser Anschauung der gelehrten Doktrin musste zum Verschwinden der Renunziation führen.

non numeratae pecuniae als ein ganz allgemeines Mittel zur Bestärkung von Urkunden erscheint, insbesondere auch da, wo eine bescheinigte Geldzahlung nicht vor Urkundenverfasser und Zeugen erfolgt war¹. Diesen selben allgemeinen Gebrauch können wir auch für unsere Berner Quellen beobachten.

Eine wahrhaft grundlegende Bedeutung erlangte in der gelehrten Jurisprudenz und überhaupt in der Rechtsanschauung des Mittelalters die *laesio enormis* (*deceptio ultra dimiditatem pretii u. ä.*)². Die kirchliche Verpönung des Wuchers, Zinsnehmens und überhaupt jeden übermässigen Gewinns³ war schon für die Glossatoren massgebend. Sie legten die justinianischen (in den bekannten Hauptstellen in Konstitutionen Diokletians interpolierten) Sätze über die *laesio enormis*, trotz dem beschränkenden, klaren Wortlaut, extensiv aus. Justinian hatte nur den Verkäufer einer Sache geschützt, der einen Realwert übermässig billig fortgegeben hatte – eine Regelung, die jedenfalls teilweise mit inflatorischen Tendenzen und der Geldverschlechterung der späten Kaiserzeit zusammenhing. Die Glossatoren erstrecken den Schutz (Zuzahlung des zu der mechanischen Grenze des halben wirklichen Wertes Fehlenden oder Anfechtung des ganzen Geschäfts) auch auf den Käufer, der zu teuer kaufte und nun entsprechend Rückzahlung des zuviel Bezahlten oder Rückgängigmachung des Kaufs verlangen kann. Ja der nun betonte, allgemeine Gesichtspunkt des Schutzes einer naiven oder unerfahrenen Vertragspartei, die den wahren Wert einer veräusserten oder erworbenen Sache nicht beurteilen kann und einer objektiven, wesentlichen Täuschung unterliegt, tritt im Mittelalter hauptsächlich zugunsten des *Käufers* in Anwendung. Die Schwierigkeiten des Warentransports, der Verbindungen, die mangelnde Konkurrenz und die allgemeine Unkenntnis von Sachwerten in einer vorwiegenden Naturalwirtschaft setzten den Käufer in der Tat häufiger der Gefahr der objektiven Übervorteilung aus wie

¹ Vgl. unten S. 238 über Kreditkauf.

² Vgl. zum folgenden *Meynial*, Les conditions requises au Moyen-Age pour l'application de la vente pour lésion d'outre-moitié, Mél. Girard II, 201 ff.; *Leicht*, Scritti II, II 393 ff. (Studi Calisse I, 1939).

³ Über die Ausdehnung des Verbots des Zinsnehmens auf Laien durch eine Admonitio generalis Karls d. Gr. cf. *Fliniaux*, Mélanges Fournier 236, n. 11; für die kirchliche Entwicklung Lit. b. *Ossipow*, De la lésion, Thèse Lausanne 1940, 45 ff.; s. auch *Besta*, Le Obblig. n. storia d. Dir. it., 1937, N. 599.

bisweilen den Verkäufer. Auf diesen «dolus re ipsa», der den Nachweis subjektiver Täuschungshandlungen nicht erfordert, stellen bereits die Glossatoren ab. Von ihnen schon ist die *laesio enormis* zu einem allgemeinen Vertragsbehelf erweitert, den sie bei *bonae fidei iudicia* als Folge der *bona fides* erfassen, bei *stricti iuris negotia* aber durch eine *exceptio doli*. Sie begründen ihn also schlechthin auf Treu und Glauben¹. Bei gegenseitigen Verträgen wird auf diese Weise das Postulat einer wirtschaftlichen Äquivalenz der Leistungen annähernd verwirklicht. Freilich ist im Auge zu halten, dass die in alle Einzelheiten ausgebildete Wucherlehre (die mit der vom *justum pretium* dann verbunden wird) erst den Kanonisten des ausgehenden 13. und 14. Jahrhunderts angehört und von den Postglossatoren entscheidend weiterentwickelt wurde^{2,3}. Selbst bei Schenkungen – wenn der Schenker sich über den wahren Wert der Sache krass täuschte – und auch bei Vergleichen – nämlich bei Täuschung über den wirklichen Wert des verglichenen Anspruchs bzw. seiner prozessualen Durchsetzung – findet unser Gedanke Anwendung⁴, wie befremdlich das zunächst auch erscheinen mag. So erklärt sich ferner das Auftreten des Verzichts auf die *laesio* bei Rechtsgeschäften und Schiedsgerichtsverträgen dann, wenn Vertragsstrafen vereinbart wurden. Schon die römischen Quellen betrachten die *stipulatio*

¹ Gl. *iudicis* zu C. 4, 44, 2: ...cum in bone fidei contractibus veniant ea de quibus nec est actum nec cogitatum ... in stricti iuris autem iudiciis obstat exceptio doli ... quam posset dici ibi loqui cum stipulatio interposita fuit super contractu bonae fidei. Illud autem constat, in aliis bonae fidei contractibus habere locum legem istam. Die Glossatoren hielten die *laesio enormis* nicht für einen ausserordentlichen Behelf und liessen sie erst in 30 Jahren verjähren (*Leicht*, 402).

² *Meynial*, I c. 346; *Endemann*, Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre, I, 1874, 14 ff.; vor allem *Leicht*, 403 ff.

³ *Meynial*, I c. 210; über zeitliches Vorkommen der *ren.* in Formelbüchern, 208; s. auch *Taubenschlag*, Studi Albertoni. Acta Congr. Iur. Int. II 372. Die Glosse verlangt *certioratio* des Verzichtenden, ein Element, das in unseren Quellen nicht vorkommt – wie in anderen Quellenkreisen – und auch bei den Postglossatoren wieder verschwindet; cf. *Meynial*, 213 und oben Anm. 5, S. 231.

⁴ *Meynial*, St. Scialoja II, 347, zur Schenkung, 349; vgl. auch *Leicht*, 404. Bei den Kanonisten zögert noch Durandus für den Vergleich. Schon nach der interpolierten Konstitution C 2, 20 (21), 5, 1 (cf. *Peterlongo*, La transazione n. dir. rom., 1936, 285 ff.), die bei *immodica laesio* durch einen Vergleich eine *actio in factum* gibt, musste quellenmässig hier die Anwendung der *laesio enormis* naheliegen; die Glosse führt aber die gegebenen Rechtsbehelfe, dem Text der Stelle entsprechend, auf subjektiven *dolus* zurück und schaltet so das engere Institut der *laesio* aus; vgl. gl. *immodice* (aber offenbar keine einheitliche Meinung bei den Glossatoren).

poenae unter dem Gesichtspunkt der eventuellen Umgehung von Höchstzinsgeboten (D 22, 1, 44; 19, 1, 26; C 7, 47, 1)¹. Inwieweit allerdings die Vertragsequivalenz und die Zulässigkeit der Renunziation auf die *laesio in* Streitfällen (ausserhalb der kirchlichen Gerichtsbarkeit und von kirchlich beeinflussten Schiedsgerichten) materiell anerkannt wurden, entzieht sich für unsere Periode und unseren Rechtsquellenbereich des Einzelnachweises². In echt mittelalterlicher Weise verbirgt sich übrigens ein Teil der Rechtswirklichkeit unseres Instituts im scholastischen Gepräge der Auslegungslehre. Unter den Glossatoren waren für die Berechnung der *laesio enormis* zwei Auffassungen vertreten. Die eine (dem Käufer günstigere) ging vom *justum pretium* der verkauften Sache aus und schlug dazu die Hälfte, um die Grenze des noch zulässigen Preises festzustellen (*Azo* und *Accursius*) – zweifellos quellengerecht. Die andere, von *Placentin* und *Martinus* vertretene Auffassung halbierte den wirklich bezahlten Preis und gewährte Anfechtung, wenn dieser halbe Preis weniger betrug als das *justum pretium*³. In Frankreich hat sich im Zusammenhang mit der Rechtsschule von Orléans diese laxere, dem Verkäufer günstigere Auslegung völlig durchgesetzt⁴. Das ausgehende 14. Jahrhundert bringt in den neugefassten französischen *coûtumes* vielfach den ausdrücklichen Ausschluss des Gedankens der *laesio enormis* bei Grundstücks- oder Fahrniskäufen⁵. Andererseits führt dort in derselben Zeit das Wucherverbot und die Forderung der Vertragsequivalenz in der gelehrten Jurisprudenz eindeutig

¹ Vgl. *Fliniaux*, L'Evolution du concept de clause pénale chez les canonistes du Moyen-Age (Mél. Fournier 1929, 232 ff.).

² *De Fontenette*, Recherches sur la pratique de la vente immobilière dans la région parisienne (fin X^e/début XIV^e s.), 1957, 50 ff., zeigt, wie auch dort seit Mitte des 13. Jahrhunderts der Kauf von Liegenschaften durch die Renunziation gesichert wurde (Formel aus dem Kartular von Porrois, 1264: «ne possimus dicere nos in contractui presenti fuisse deceptos in toto vel in parte vel etiam esse laesos» u. ä.). Leider geht aus einer Entscheidung des Parlaments von Paris über eine *laesio* von 1317 nicht hervor, ob eine Renunziationsklausel bestand und vom Gericht als ungültig erklärt wurde.

³ Vgl. *Meynial*, Studi Scialoja, 342 ff.; *Haenel*, Dissensiones Dominorum, p. 427. Die Verschiedenheit der Berechnung führte dazu, dass nach der ersten Methode, bei einem Sachwert von 10 ein Preis von 15 noch gerade zulässig war; die zweite, offenbar auf eine laxere Ausdehnung des Laesionsverbots hinauslaufende künstliche Berechnungsart, liess den Preis von 20 noch gelten.

⁴ *Meynial*, 344.

⁵ Vgl. die bei *Ossipow*, 50 f., angezogene Lit.

zum Rechtssatz, dass selbst die beschworene Renunziation auf Geltendmachung der *laesio ungu*ltig sei¹. Die Festlegungen von Lokalstatuten oder Neufassungen von Gewohnheiten wollen offenbar ihre Lösungen innerhalb dieses Rahmens verdeutlichen. In der italienischen Lehre der Postglossatoren, deren Aufnahme wir bei uns voraussetzen haben, war freilich die Gültigkeit der Verzichtsklauseln nach wie vor umstritten¹. Im deutschen Gebiet führte die Häufigkeit der Verzichte zum Verschwinden des Instituts der *laesio*, mit unter dem Einfluss des *mos italicus*.

Was endlich noch die auch in unseren Quellen öfter vorkommende *actio doli in factum* angeht, so hat sie ihren Anknüpfungspunkt in justinianischen Stellen, die nach dem Ablauf der für die gewöhnliche *actio doli* vorgesehenen Zweijahresfrist eine zeitlich unbeschränkte *actio in factum* geben². Das mittelalterliche Recht dehnte, hieran anknüpfend, allgemein den Klageschutz bei *dolus aus* und sah in der unbefristeten *actio doli in factum* die normale Dolusklage³ – wenigstens was die Urkundenpraxis angeht.

Für weitere Beispiele aus den reichgestaltigen Renunziationen (darunter häufig diejenige allgemeiner Natur) verweise ich auf meine Materialsammlung³.

4. Zum Kauf

Zu den weitschichtigen und vielbearbeiteten⁴ Problemen des mittelalterlichen Kaufrechts nur einige Bemerkungen. Auch in

¹ *Meynial*, Mélanges Girard II, 213.

² So im Fall der Bereicherung der Erben (D 4, 3, 28, 1), der Geltendmachung des *error calculi* gegen den Erben (D 4, 3, 29) usw. Die Glosse (Perpetuo zu D 4, 3, 28, 1) gibt allgemein für den vom Dolosen erlangten Vermögensvorteil die *actio doli in factum* ohne Frist. – Vgl. auch die Bemerkung von *Gilissen* a. a. O., 529, für Flandern.

³ S. 15 ff. Originell etwa die *exceptio equi non recepti et non habiti*, auf die beim Kauf eines Pferdes verzichtet wird (FRB III 307). Der Verzicht auf die *Authentica «hoc ius porrectum»* (II 491, 1260) steht im m. a. *Corpus Iuris* nach C 1, 2, 14, und ist ein Resumé v. Novelle 7, 1 (Pfändungs- und Veräußerungsverbot von kirchlichen Grundstücken und Mobilien).

⁴ Für die waadtländischen Quellen vgl. jetzt die Lausanner These von *J. J. Leu*, *Le cautionnement dans le pays de Vaud* (XII^e et XVI^e s.), 1958. Typisch für den waadtländischen Quellenkreis erscheint die Bezeichnung der Garanten als *fide-*

unseren Quellen scheint die ältere Auffassung des Kaufs als «Realvertrag», als ein in sich abgeschlossenes, abstraktes Austauschgeschäft noch deutlich durch. Daher wird der Kauf denn auch als *donatio* bezeichnet¹. Die Verpflichtung zum Nichtzurückkommen des Verkäufers und seiner Erben auf das Geschäft² und zur Übernahme der gerichtlichen und aussergerichtlichen Defension³ der Kaufsache ergibt sich erst aus einer zusätzlichen Sonderverpflichtung⁴. Erst im Zusammenhang mit dem Eindringen der Vorstellung eines obligatorischen Vertrags, eben durch die Urkundenpraxis und das römisch-kanonische Recht, wird langsam die Eviktionsgarantie als eine sich aus dem Kaufverhältnis ergebende oder in seinem Rahmen ausdrücklich übernommene Verpflichtung aufgefasst. Damit gewinnt auch der Gedanke der Schadenersatzpflicht, die auf Interessenersatz abzielt, in den Ur-

jussores pacis (p. 43) – ein Ausdruck, der in den stärker romanisierten Berner Urkunden nicht vorkommt. Zur allgemeinen Entwicklung auch *Ourliac-Malafosse* 60, 266 ff. Zur *fides facta* und *warandia* zusammenfassend ferner *Voser*, Die altdeutsche Liegenschaftsübereignung, Diss. Zürich.

¹ Vgl. die vergleichend wichtige Abhandlung von *Chevrier*, *Remarques sur la distinction de l'acte à titre gratuit et titre onéreux d'après les chartes de Romergue au XII^e s.* (Etudes Dumas 1950. Annales Univ. Aix). S. 68 ff. betr. die Kartulare der Abtei von Silvanès; die Charakterisierung p. 68: «... des pseudo-ventes, dépourvues de caractère contractuel, fondée sur la livraison immédiate de l'objet vendu... dans la majorité des cas le souvenir de la garantie contre l'éviction s'est évanoui (nämlich gegenüber dem römischen Recht – es handelt sich um ein pays de droit écrit!). Lorsqu'il en subsiste quelque trace, il semble que la pseudo-garantie se réduise à l'intention exprimée par l'aliénateur de s'opposer de toute sa force à l'éventuelle calumnia d'un tiers...». S. Anm. 2, S. 227, oben.

² Vgl. oben Anm. 1, S. 218.

³ Auf den terminologischen Zusammenhang der Defensionspflicht mit C. 8, 44, 20, wies *Tamasia* hin. Über das Aufkommen der Klausel und ihren langobardischen Ursprung vgl. *Leicht*, *Antestare et defendere* (Scritti vari di Storia d. dir. it. II, I, 1948, 281 ff., 285).

⁴ Vgl. auch *Chevrier*, a. a. O. Höchst bemerkenswert ist insbesondere auch das Ergebnis der Untersuchungen der Walliser Urkunden durch *Partsch* (vorläufige Mitteilung in einem Vortrag in der Schweiz. Arbeitsgemeinschaft zur Herausgabe des neuen «Savigny»), wonach im Wallis vor 1260 eine bloss dingliche Sicherung der Eviktion üblich war. Solche Zugriffsrechte setzen aber (wie auch in der Frühentwicklung des römischen Rechts) noch nicht den Begriff einer schuldrechtlichen Obligation voraus. Ein von römisch-rechtlichen Einflüssen freies Kaufsrecht zeigt *Peterka*, Kauf im Altstadt-, Prager und Brünner Recht, SZ 1938, Germ. Abt., 421 ff. (nur Anfangsklage; keine Gewährnennung und kein Gewährzug (p. 422); auch da frühes Eindringen des römischen Rechts (Konsensprinzip).

kunden Gestalt. Die Entwicklung¹ ist natürlich schwer zu greifen, aber die Berner Urkunden lassen die neue Erfassung des Kaufverhältnisses doch recht eindrücklich zutage treten².

Auf das Vorkommen des (selteneren) Kreditkaufes weisen folgende Stellen hin:

II 694 (1270): *per viginti marcas legitime venditionis titulo comparavi promittensque bona fide, me soluturum . . . certis terminis . . . datis ad hoc fidejussores . . . sponte se obligantibus quod me cessante se recipiant obstangum (= ostagium) usque ad solutionis effectum permansuri . . .*

Vergleiche die Trennung des obligatorischen und dinglichen Moments in III 44: *. . . ad perfectionem facte venditionis dominium et possessionem donavi atque contuli et confero venditionis titulo per presentes . . .* III 664 (S. 655): *. . . ad hoc omnia adimplenda, tenenda et effectui mancipanda obligo me . . . dictis monialibus . . .*

VI (1333) deutsch: Übergabe von Eigentum mit Verpflichtung, nach dem Tod des Verkäufers den Preis an dessen Gläubiger auf Anweisung des Willensvollstreckers zu leisten.

Aber wie in den französischen Quellen³ muss man bezweifeln, ob in allen andern Fällen, in denen die Urkunden die Bezahlung des Kaufpreises feststellen, auch in Wirklichkeit immer die Bezahlung schon stattgefunden habe.

5. Schiedsgerichte und Kompromisse

Die besonders auffallende, häufige Erwähnung⁴ von Schiedsgerichten in unseren Urkunden macht den Siegeslauf des neuen,

¹ Die übrigens dieselbe ist wie die v. Chevrier a. a. O. geschilderte in der Provence.

² Vgl. die andern Belege über Kauf und Tausch vorläufig in meiner Quellenzusammenstellung.

³ Vgl. über ebenfalls eher seltene Kreditkäufe in der Pariser Gegend *de Fontenette*, *Recherches s. la pratique de la vente immobilière, etc.*, 1957, 54 ff., der einige sichere Belege dafür geben kann, dass die urkundliche Anerkennung des Kaufpreises empfangs fiktiv war. Zur selben Überlegung führt auch die Funktion des Verzichts auf die *exc. pecuniae non numeratae* (oben S. 231).

⁴ Für die vielen Belege privater Schiedsgerichte in den ersten 6 Bänden der FRB verweise ich auf meine bereits mehrfach erwähnte Zusammenstellung der Quellen. Beigefügt werden müsste noch der ausführliche Schiedsvertrag in V 271 (1323). Die ersten Schiedsgerichte sind seit 1220 nachzuweisen (FRB II 20 v. 1220; 72, 1228), setzen aber sehr kräftig und zahlreich ein. Vgl. auch *Rennfahrt*, oben 91 ff.

von Italien überall eindringenden Prozesses besonders offensichtlich. Der neue Prozess mit seinem Ziel der Erforschung der materiellen Wahrheit ist, wie die neuere Forschung deutlich machte, nicht etwa nur vom kanonischen, sondern grundlegend vom Zivilrecht, das heisst von der Glossatorenschule, in seinen Grundlagen aus den römischen Quellen entwickelt worden, deren Grundsätze bereits vor der eigentlichen Ausbildung des kanonischen Prozesses in italienischen Kommunen als Gewohnheitsrecht aufgenommen waren. Die Erläuterung eines aus der Zeit um 1200 stammenden legistischen Bruchstücks *de testibus* durch Erich Genzmer in der Festschrift für Koschaker fasst den ganzen Problem- und Quellenkreis in eindrucksvoller, genauer Weise zusammen. In unseren Quellen finden wir einige hübsche Belege für den bereits völlig ausgebauten kanonischen Prozess, die für dessen Geschichte wohl nichts Neues bringen. Da Herr Rennefahrt selbst demnächst eine Abhandlung über das öffentliche Schiedsgericht im Umkreis der Berner Quellen veröffentlichen wird, möchte ich nur einiges dazu anmerken.

Die Hauptbedeutung des Schiedsgerichts lag darin, dass es die Anwendung des im römisch-kanonischen Prozess ausgebildeten Verfahrens zur Anwendung kommen liess¹. Dieses Verfahren erschien mit seiner weitgehend freien Beweiswürdigung², seinem genau geregelten Gang und seinem Zwang, das Urteil nach den anerkannten, wissenschaftlichen Grundsätzen des materiellen Rechts zu fällen, dem neuen Bedürfnis nach materieller Gerechtigkeit in weiten Kreisen offenbar als angemessener als die noch vorhandenen Reste des formellen, risikobeladenen deutschrechtlichen Prozesses, der eine Art der Privatjustiz vor dem Richter darstellte. Freilich hatte, was die Urteilsfällung anbetrifft, eine grundlegende Möglichkeit des römisch-kanonischen

¹ Die Quellen verweisen hierfür auf D 4, 8, 1; vgl. dazu die Glosse und etwa Meijers, *Responsa Doctorum Tholosanorum* 1938, Q. XIX p. 66; vgl. über den früheren schiedsgerichtl. Prozess zu Beginn des 12. Jahrh. in Frankr. Y. Bongert, *Recherches sur les cours laïques du X^e au XIII^e s.*, Thèse Paris 1942, 167 ff., 175 ff. (Dort auch 106 ff. das Ergebnis, dass im 12. Jahrh. die Mediation durch das Schiedsgericht verdrängt wird.)

² Da es sich um nicht ohne weiteres naheliegende Literatur handelt, möchte ich auf die recht ausführlichen Erörterungen über Schiedsgerichte bei Beaumanoir hinweisen bei Jean Guilemin, *le procès civil dans les justices seigneuriales d'après Ph. de Beaumanoir (1283)*, Thèse Bordeaux, 1937; vgl. auch den Einfluss des *Ordo iudiciarius* des Tancredus auf Beaumanoir bei Bongert, 158 ff.

Schiedsgerichtsverfahrens dieses besonders beliebt gemacht, nämlich die Ermächtigung der Schiedsrichter, nicht nach dem strengen Recht, sondern nach Billigkeit zu entscheiden. Es handelt sich um die Differenzierung zwischen arbiter und arbitrator. Es ist richtig, dass sie durch die kanonistische Literatur, insbesondere des *Speculum* des Durandus, allgemein verbreitet wurde¹, aber ihre Wurzel liegt schon weiter zurück². Nicht unwesentlich dürfte für die Entwicklung der Schiedsidee auch deren Betonung durch die nikomachische Ethik des Aristoteles gewesen sein³.

Über den Verlauf des Prozesses gibt die kanonische Literatur der Zeit reiche Auskunft. Insbesondere gibt der *Ordo Iudicarius* des *Aegidius de Fuscararis*⁴ fast zur Ermüdung detaillierte Anleitungen für den Praktiker, aus denen die einzelnen kanonischen und zivilistischen Grundlagen weitgehend ersichtlich sind. Aegidius gibt insbesondere eine genaue Anweisung für die Aufstellung und prozessuale Bekämpfung der den gemeinen Prozess noch lange charakterisierenden Beweisartikel oder Positionen⁵. Gerade von ihnen besitzen wir in den bernischen Quellen nun einige

¹ Cf. *Rennefahrt* a. a. O.

² Der Unterschied stammt nicht aus der kanonischen Gesetzgebung, obwohl diese das Schiedsgericht erfasst (vor allem X, I 43 de arbitris und X, II 24, 23; VI, I 22). Vielmehr unterscheiden die Glossatoren die beiden Arten der arbitri unter Anknüpfung an die entsprechenden beiden Formen des arbitrium boni viri im *Corpus Juris*. So verweist die Gl. recepisse zu D 4, 8, 13, 2 auf C 4, 37, 15; Hauptstelle ist die Gl. zu 4, 8, 9, 2, vgl. *Quaestiones des Azo* hrsg. v. *Landsberg* 1888 p. 83, 107. Zur Kontroverse zwischen Kanonisten und Legisten über Beeidigung von Kompromissen, die Justinian vorgeschrieben und dann in Nov. 82, 11 verboten hatte, vgl. die Erörterungen von *Roussier*, *Le fondement de l'Obligation contr. ds le Droit cl. de l'Eglise*, 1933, 166 ff.

³ Vgl. *Coing*, *SZ*, R. A. 69 (1952), 33.

⁴ *Wahrmund*, *Quellen* III, I. Aegidius war als Konsiliar und Professor in Bologna tätig zw. 1258 und 1289; vgl. auch die *Summa Minorum* des Magisters Arnulphus ebendort I, II, S. 32 ff. Für die frühere Epoche vgl. *Genzmers* Abhandlung in d. *Festschr. Koschaker*.

⁵ Vgl. C. XLVIII: qualiter et quando positiones sint faciendae et ad quid fiant; XLIX: qualiter reus impugnare debeat positiones actoris; LI und LII über Zeugenbefragung usw. – Vgl. im übrigen aus der reichen Lit. über die Positionen etwa *Wetzell*, *System d. o. Zivilprozesses*, 1878, § 70; vor allem *Himstedt*, *Die neuen Rechtsgedanken im Zeugenbeweis des oberitalienischen Stadtrechtsprozesses d. 13. und 14. Jahrhunderts*; für ältere Lit. ist ergiebig *Albrecht*, *Die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprozesses*, 1835, 136. Über gelehrte kanonistische Kontroversen in der Materie endlich *Meijers*, *Etudes* I, 1956, 162.

hübsche Beispiele. Sehr aufschlussreich sind zwei Aktenbündel, die ein kanonisches Prozessverfahren, möglicherweise Schiedsgerichte betreffen (FRB IV 117 und V 34)¹, aus den Jahren 1303 und 1318. Das erste Verfahren geht um Holzschlagrechte (mehrere Kläger gegen das Kloster Interlaken), das zweite um einen Streit zwischen dem Stift Amsoldingen und der Probstei Interlaken über Patronats- und andere Rechte. Die dort enthaltenen Fragmente aus den Parteischriften und den protokollierten Zeugenaussagen zu den Beweisartikeln zeigen eine lang festgelegte, routinierte Praxis. Das gilt insbesondere auch für die Zeugenbefragung², wo in beiden Akten die Zeugenaufnahme in identischer Weise protokolliert ist³. Die Fragmente haben übrigens ein zeitgenössisches französisches Gegenstück in einer von *Caillemer* in den *Mélanges Fitting*⁴ veröffentlichten ähnlichen Urkunde. Andere bernische Belege gehen etwas weiter zurück⁵.

¹ Einen kanonischen Prozess über Zehnten entscheiden schon *judices delegati a sede apostolica lite contestata per petitionem et respensionem . . . receptis testibus secundum iuris ordinem* in II 175 (1239); vgl. unten Anm. 3 a. E.

² Herausgegriffen sei etwa eine der vielen protokollierten Aussagen in V 34, p. 77: *Petrus de Uttingen, nichil habens facere cum dominis de Ansoltingen, testis jurat: non odio etc. Rogatus deponit, et concordat cum G. de T. per omnia et singula diligenter rogatus, et recordatur ad XL annos et ultra; et scit et reddit causam scientiae, quia fuit familiaris praepositi ad XXX annos.* – Dazu ist zu vergleichen über die Eidesformel *Genzmer*, *Festschr. Koschaker III*, 388 ff., insbesondere über die Formel *non gratia vel odio vel commodo vel timore*, die auf eine Dekretale *Eugens III. v. 1180* zurückgeht; ferner ebenda 394 über die Befragung nach Ort und Zeit und den näheren Umständen. Vgl. die bei *Rockinger* (Briefsteller u. Formelbücher/Quellen z. bayr. u. d. Geschichte 9, 2, 1864, 593 ff.) abgedruckte *Summa artis notariae* des *Johannes v. Bologna* (Ende 13. Jahrh.) abgedruckte Formel: *Tu iurabis ad sancta Dei evangelica, fideliter dicere veritatem et id quos scis de negotio, remoto pretio a partibus, amore odio vel timore etc.* Vgl. auch *Aegidius LVI, LX; Lévy, Hiérarchie des preuves*, 68 ff.

³ Darauf, dass es sich in IV 117 um ein ordentliches kanonisches Verfahren (das durch *prorogation* begründet war?) handeln könnte, weist immerhin der Verzicht auf die *Appellation* und die Unterwerfung unter das Urteil (*diffinitiva sententia* in IV 118); für ein Schiedsgericht spräche wohl wiederum die Zweizahl der vom Bischof von Konstanz delegierten rechtsgelehrten Kleriker als Richter. Nach kanonischem Recht verlangte, wenigstens in bedeutenden Fällen, das Schiedsurteil ein Mandat der päpstlichen Kanzlei (X, I 43, 9) cf. *Roussier a. a. O.* 169.

⁴ I, 1908, 153 ff.: *Un fragment de positiones en Cour d'Eglise dans la seconde moitié du XII^e s.*

⁵ Vorbereitung für ein Schiedsgericht sind vielleicht die (deutschen) Klagepunkte der Augustiner gegenüber den Herren von Burgistein (IV 40, 1300). Sozu-

Literaturanhang:

Über den Charakter des europäischen Mischrechts etwa die neuern Arbeiten von *Calasso*, Medio Evo del Diritto, I, 1954, 255 ff., 262 ff.; Introduzione al diritto commune, 1951, 172 ff. Guter Überblick über die Entwicklung in Italien auch bei *Paradisi*, Gli Studi di Storia del diritto italiano nell'ultimo cinquantennio 1895–1945 in Studi Senesi, 1946–1948, 710 ff.; *Pitzorno*, Il diritto romano come diritto consuetudinario, Centenario d. Codificazione Giustiniana, Pavia 1938, 741 ff.; *Orestano*, Dir. romano, etc., in RISG 1950, 156 ff. *E. Genzmer*, Das römische Recht als Mitgestalter gemeineuropäischer Kultur (Festschr. R. Laun, 1953, 499 ff.). *Wesenberg*, Wandlungen in der Beurteilung der Reception des römischen Rechts, in «Forschungen und Fortschritte», 1953, 46 ff.; *Nicolai*, La Formazione del diritto successorio negli statuti comunali del Territorio lombardo-tosco, 1940, 4 ff.; *G. Astuti*, I contratti obbligatori nella Storia del dir. italiano I, 1952, insbes. S. 236 ff.; ferner Annali di Storia d. Diritto I, 1957, 26. Die Forderung, das gemeine Recht nicht als abstrakte Grösse, sondern im Hinblick auf die tatsächliche Entwicklung innerhalb der Idee des christlichen Universalreichs zu sehen, wird auch betont von *Ermini*, eusius commune et utrumque ius in Acta Congressus Iuridici Internationalis II, Rom, 1935, 505 ff.; vgl. auch ebendort *Carusi*, Utrumque ius, Problemi e prospettive, 539 ff.

(England): *Koschaker*, Europa und das römische Recht, 213 ff. und passim; Lit. zu *Bracton* bei *Plucknett*, Concise History of the Common Law, 4. Aufl. 1948, 246 ff.; Überblick auch bei *Genzmer*, FSchr. Laun 1953, 516 ff.

(Zur fränk. Zeit): *Felgentraeger*, Formulae Andecavenses, in FS Koschaker III, 366; *Gaudemet*, Survivances romaines dans le droit de la monarchie franque du 5^e siècle, Tijdschr. 1955, 149 ff.

Insbesondere zum Einfluss des römischen auf das kanonische Recht *A. van Hove*, Prolegomena ad Cod. Iuris Canonici, Mecheln 1945 (Löwener Kommentar zum Codex Iuris Canonici I), 197 ff. (z. T. sehr ausführlich mit Lit.); ferner: Droit justinien et droit canonique depuis le décret de Gratien jusqu'aux décrétales de Grégoire IX (1234), in Miscellanea historica in honorem Leonis van der Essen, 1947, p. 257 ff. *Lombardo*, Il concetto di buona fede nel dir. canonico, Rom 1944; *Fransen*, Le dol dans la conclusion des actes juridiques selon le droit canonique du moyen-âge, 1945 (Thèse Louvain; Sylloge excerptorum e dissertationibus etc. T. XI); ferner (für die Periode von 1140 bis 1234) vieles bei Sergio *Mochy Onory*, Fonti canonistiche dell'Idea moderna dello stato (Milano, Publ. dell'Univ. del Sacro Cuore, 1951). *Bussi*, Formazione dei dogmi II, 116; *Nicolai*, Dir. succ. Lombardo-tosco, 1940, insbes. p. 6.

sagen klassisch lautet das Schiedsurteil IV 20 (1305), wo zwei Kleriker als Schiedsrichter: ... auditis allegationibus et petitionibus utriusque, et instrumentis diligenter rimatis (examinatis?) deliberatione prehabita diligenti et consilio jurisperitorum ... qui per dicta instrumenta et alias probaciones seu presumptiones invenimus ... arbitrando et sententiando diffinitive ... pronunciamus... Vgl. über das Aufkommen von Gutachtern im italienischen Prozess am Ende des 13. Jahrhunderts etwa *Genzmer*, SZ 61, 333, zu *Engelmann*; Beispiele aus dem zeitgen. geistlichen Prozess auch bei *Stölzel*, Gelehrtes Richtertum, 190 ff.