



ANDRÁSSY
UNIVERSITÄT
BUDAPEST



SZÉCHENYI TERV

DONAU-INSTITUT

FÜR INTERDISZIPLINÄRE FORSCHUNG BUDAPEST

Donau-Institut Working Papers

Prof. Dr. Wilhelm Braunerder

Transferbedingung Verschriftlichung

Donau-Institut Working Paper No. 18

2013

ISSN 2063-8191

Nemzeti Fejlesztési Ügyekéség
www.ujszechenyiterv.gov.hu
06 40 638 638



A projekt az Európai Unió
támogatásával valósul meg.

TÁMOP-4.2.2/B-10/1-2010-0015

Prof. Dr. Wilhelm Brauner

Transferbedingung Verschriftlichung

Donau-Institut Working Paper No. 18

2013

ISSN 2063-8191

Edited by the Donau-Institut, Budapest.

This series presents ongoing research in a preliminary form. The authors bear the entire responsibility for papers in this series. The views expressed therein are the authors', and may not reflect the official position of the institute. The copyright for all papers appearing in the series remains with the authors.

Author's address and affiliation:

Prof. Dr. Wilhelm Brauner

Senior Research Fellow/Andrássy Universität Budapest

wilhelm.brauner@univie.ac.at

© by the authors

Inhalt

1. Einführung	1
2. Die Verschriftlichung der Rechtsordnung	2
2.1 Rechtsbücher	2
2.2 Von der Mündlichkeit zur Schriftlichkeit: Weistümer	5
2.3 Gesetzbücher	5
2.3.1 Die Entwicklung	5
2.3.2 "Theorie" der Gesetzgebung	8
2.3.3 Die Praxis der Gesetzgebung	11
2.4 Kodifikationen	18
2.4.1 Allgemeines	18
2.4.2 Zivilrechtskodifikation als „Verfassung“	19
3. Adressaten der Schrift-Rechtsordnung	26
4. Die Verschriftlichung des Rechtslebens	35
5. „Schrift gegen Schrift“	36
5.1 Allgemeines	36
5.2 Rauris als Beispiel	37
6. Resumée: Rechtstransfer kraft Schriftquellen	48
Abgekürzt zitierte Literatur	49
Abgekürzt zitierte Quellen	50

1. Einführung*

Im Jahre 1438 verfasste der rechtskundige Dichter Oswald v. Wolkenstein folgendes Gedicht¹:

Ein Bauer, der nie die Schrift gehört
und mit den Ochsen ist beschwert,
der soll nun klar verstehn das Recht,
wie ein erfahrner guter Knecht
oder ein gelehrter, weiser Mann.
Wie er denn jenes lesen kann?

In der Zeit stetiger Verschriftlichung der Rechtsordnung zu Wolkensteins Zeiten (s. u. 2.) zog sich allmählich die Rechtskenntnis zurück auf den Kreis jener, die des Lesens kundig waren. Anders betrachtet: Wolkenstein war sich wohl bewusst, dass mit der zunehmenden Verschriftlichung die Masse der Bevölkerung, da des Lesens nicht fähig, immer mehr den direkten Zugang zur Rechtskenntnis verloren würde. So betrachtete er es als notwendig, einen neuen Berufsstand zu fördern:

Ein Fürst in seinem Hof im Land
soll haben Räte bei der Hand
mit frommem Gewissen, edel und weise,
fähig verständiger Worte, seine Ehre ihn preise.
Falls dies ein Fürst nicht hätt,
mit dem Recht es gar übel geht.

Wolkenstein sah sehr wohl an dieser Entwicklung zur Verschriftlichung auch das Positive:

Und ist den Teufeln großer Fluch
wenn man sich richtet nach dem Buch,
in dem die Rechte wohl bedacht
auf göttlich Grundlage sein gemacht.

Wolkenstein sah es als Vorteil an sich am schriftlich fixierten Recht, am „Buch“, zu orientieren, denn das Aufgeschriebene war „wohl bedacht“ und stand auf „göttlicher Grundlage“. Dabei hatte er wohl zwei Quellenkreise im Auge. Einerseits dachte er an das Gemeine Recht mit seinen Wurzeln im Römischen Recht als das Recht des Römisch-Deutschen Kaisers

* Der Autor wurde im Rahmen des Projektes TÁMOP-4.2.2/B-10/1-2010-0015 unterstützt.

¹ K. K. Klein, Die Lieder Oswalds v. Wolkenstein, 1962; Übertragung vom Verf.

besonderlich in der Gestalt
wenn man die leges nicht einhalt,
wird nach diesen Gesetzen kaiserlich
betrogen arm wie ebenso reich.

Andererseits vergaß er nicht den Hinweis auf heimische Rechtsbücher,

wo man die Rechte festgehalt
geschrieben nach den Büchern alt,
und man sie täglich bessern tut
so dass sie sind in guter Hut.

Zu den Zielen der Schriftlichkeit gehörte es, Rechtsregeln und Rechtshandlungen nachschlagbar aufzubewahren, dann vor allem erstere zu verbreiten und zu diesem Zweck durch Kopieren vermehren zu können. Im Falle mündlicher Rechtskultur konnte dies nur in einem beschränkten, und zwar auch örtlich eingegrenzten Maße geschehen. Die Ausbreitung des Römischen Rechts und vor allem seine Verarbeitung zum Gemeinen Recht, schließlich dessen Ausbreitung über nahezu ganz Europa verdankt sich der Schriftlichkeit und wäre ohne diese so nicht möglich gewesen. Nicht nur das Gemeine Recht breitete sich durch immer wieder kopierte Handschriften aus, sondern ebenso die „libri“ des Kanonischen Rechts und etwa auch die deutschen Rechtsbücher wie besonders der Sachsenspiegel und der sogenannte Schwabenspiegel in mehreren, besonders letzterer in unterschiedlichen Handschriftenvarianten. Das Entstehen von Rechtsfamilien auf Grund des Sachsenspiegels, von Stadtrechtsfamilien wie auf Grund des Lübecker oder des Magdeburger Rechts beruhten auf Schriftlichkeit. Verschriftlichung ist somit die wichtigste Transferbedingung, und zwar an sich (s. u. in der Folge) wie auch im Falle von Übersetzungen.

2. Die Verschriftlichung der Rechtsordnung

2.1 Rechtsbücher

Die Absicht, Recht in Buchform und schon allein damit zu einem bestimmten Zweck festzuhalten, ist eine gesamteuropäische Erscheinung seit dem Mittelalter. Die im 13. Jahrhundert in nahezu ganz

Europa entstehenden Rechtsbücher² verdienen diese nachträgliche Sammelbezeichnung nicht nur wegen ihrer äußeren Form, sondern auch deshalb, weil sie ihren Charakter als „Buch“ oftmals ausdrücklich selbst hervorheben³. Dies gilt beispielsweise für das zentrale deutsche Rechtsbuch dieser Art, den um 1225 entstandenen Sachsenspiegel. Sein Verfasser, Eike von Repgow, bezeichnete ihn ausdrücklich⁴ als „min buch“, als „buck“, welches er in deutscher Sprache verfasst habe, wobei „dit buck“ einen spezifischen Namen haben solle, nämlich „spiegel der Sassen“, weil es das Sachsenrecht widerspiegle, um diesem Bekanntheit zu verleihen; dabei könne es durch seinen „dumme sin“ möglich sein, dass „dit buck“ nicht für jeden Fall eine Entscheidung bereit halte; Nutzen bringen solle „dit buck“ den Leuten allgemein, es soll „dit buck“ jedem rechtschaffenen Menschen Auskunft geben, alle Leute sollen „dit buck“ gut nutzen, es diene jedem zum Nachschlagen. Insgesamt also: Der Zweck des „Buches“ liegt in einer möglichst vollständigen Erfassung des Rechts zum Gebrauch aller. Diese weitestgehende Vollständigkeit ist in Hinblick darauf, dass altes Recht überliefert wird, gleichzeitig nahezu Ausschließlichkeit, und zwar auch für die Zukunft, denn Angst ergreift den Verfasser bei dem Gedanken, es könne jemand „dit buck“ durch Zusätze verfälschen.

Eikes Absicht, altes Recht festzuhalten, beruhte natürlich auf dessen Kenntnis. Diese besaß Eike aber nicht aufgrund anderer Schriftquellen, sondern mündlicher Überlieferung, d. h. wohl durch das Beobachten und Miterleben rechtserheblicher Handlungen durch Rechtskenner in Gerichtsverhandlungen und beim Abfassen von Urkunden. Zur Ergänzung aber hatte Eike die Werke der Kanonisten wie die des Gemeinen Rechts wohl in einer Klosterbibliothek benutzt, vermutlich der von Alt-Zella in Sachsen. Den Übergang von der Mündlichkeit zur Schriftlichkeit belegt besonders deutlich eine andere Rechtsquellenkategorie, nämlich die Weistümer (s. u. 2.2).

In Fortführung des Sachsenspiegels verstand sich auch der späterhin sogenannte Schwabenspiegel⁵ als „Buch“. Sein Titel „Kaiserliches Land- und Lehenrechtsbuch“ verhiess ein Kompendium des Land- und Lehenrechts für den Herrschaftsbereich des Kaisers, nicht nur für Schwaben. Andere „Bücher“

² Allgemein vgl. Schlosser, *Privatrechtsgeschichte*, 16 ff.; zu den in der Folge erwähnten deutschen Rechtsbüchern vgl. A. Wolf, *Gesetzgebung in Europa 1100–1500. Zur Entstehung der Territorialstaaten*, 1996, 101 ff.

³ Zum Begriff „Buch“ u. a. A. Ebenbauer, *Buch*, in: *Reallexikon der Germanischen Altertumskunde* IV, 2. Aufl. 1981, 34 ff.

⁴ Das Folgende nach K. A. Eckart, *Sachsenspiegel* (= MGH I/1), 1973 (ND 1995), Vorreden, Z. 10, 145, 180, 264 f. bzw. Z. 99, 111, 165, 195 bzw. Z. 221. Dazu zusammenfassend H. Lück, *Über den Sachsenspiegel. Entstehung, Inhalt und Wirkungen des Rechtsbuches*, 1999.

⁵ Zu ihm allgemein: Schlosser, *Privatrechtsgeschichte*, 16; D. Munzel, *Rechtsbücher*, in: HRG IV, 277 ff.; speziell ua wie Fn 9.

suchten das Recht kleinerer territorialer Einheiten darzustellen wie beispielsweise im 14. Jahrhundert das Liegnitzer Stadtrechtsbuch, das Steiermärkische Landrechtsbuch oder das Wiener Stadtrechtsbuch⁶. Auch das Recht der Katholischen Kirche wurde ausdrücklich in „Bücher“ gegossen wie 1234 in den „Liber extra“ und 1298 in den „Liber sextus“.⁷

Recht in Buchform, wenngleich anderer Art, kannte auch das anglosächsische Recht: Seinem Fallrechts-Charakter entsprechend hielten „Year Books“ Gerichtsentscheidungen fest – als Präzedenzfälle gleichfalls zur künftigen Kenntnis⁸.

Der Gedanke, möglichst alles Recht in einem umfassenden Buch festzuhalten, erfuhr eine besondere Stärkung durch das Vorbild des Corpus Iuris Civilis des Kaisers Justinian. Schon ein Teil der Schwabenspiegel-Handschriften stellte eine Beziehung zwischen ihm und der eigenen Buchform mit der freilich fälschlichen Feststellung her⁹: „Alle die recht, die in diesem buch geschriben sten, haben funden [ua ...] der edel keiser Justinianus“. Diese Kenntnis von der Existenz wie zunehmend auch des Inhalts der Justinianischen Gesetzbücher nahm gegen 1500 zu. So beruft sich etwa der Landrechtstext für Österreich unter der Enns 1526¹⁰ in seiner „Vorrede“ auf die „Ausweisung des löblichen römischen Kaisers Justinian“; er versteht sich ausdrücklich als ein „Buch“, welches mit „Gesetzen, Artikeln und Ordnungen“ eine „Tafel“ des Landrechts als dessen komplette schriftliche Wiedergabe darstellt¹¹. Insofern entspricht die frühneuzeitliche „Tafel“ dem hochmittelalterlichen „Spiegel“. Diese waren allerdings Aufzeichnungen des Gewohnheitsrechts gewesen, verfasst von im Rechte erfahrenen Männern, aber keine Gesetze; es fehlte ihnen der Gesetzesbefehl einer Obrigkeit. Dies änderte sich allmählich. Jetzt sollte das Rechtsbuch mit der Autorität der Obrigkeit ausgestattet und überdies systematisch-geschlossen angelegt sein. Schon in der zweiten Fassung des Österreichischen Landrechtsbuchs aus dem Anfang des 14. Jahrhunderts

6 Editionen: H.-J. Leuchte, *Das Liegnitzer Stadtrechtsbuch des Nikolaus Wurm. Hintergrund, Überlieferung und Edition eines schlesischen Rechtsdenkmals*, 1990; F. Bischoff, *Steiermärkisches Landrecht des Mittelalters*, 1875; H. M. Schuster, *Das Wiener Stadtrechts- oder Weichbildbuch*, 1873.

7 Zu diesen K. W. Nörr, *Die Entwicklung des Corpus Iuris Canonici*, in: Coing, *Handbuch I*, 841 ff.

8 Z. B. *Rolls Series*, Selden Society, Ames Foundation, John Caryl's reports: vgl J. H. Baker, *An introduction to English Legal History*, 3. Aufl, 1990, 204 ff.; R. C. van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, 1988, 88.

9 Nach W. Wackernagel, *Das Landrecht des Schwabenspiegels in der ältesten Gestalt*, 1840, 325 Nr 385; zB nicht in den Kurzformen Km, Kb, Ks: K. A. Eckart, *Schwabenspiegel Kurzform I und II Fassung Km, Kb, Ks (= MGH IV/1, 2)*, 1974, 43. Vorwort F; ders., *Schwabenspiegel Kurzform III Fassung Kt (= MGH IV/3)*, 1972, 62.

10 *Die österreichischen Landrechtstexte des 16. Jahrhunderts*, in: Slg Chor; dazu ihnen T. Motloch, *Landesordnungen (geschichtlich) und Landhandfesten I*, in: Mischler / Ulbrich, *Staatswörterbuch III*, 331 ff.; G. Wesener, *Zur Bedeutung der Österr. Landesordnungs-Entwürfe des 16. und 17. Jahrhunderts für die neuere Privatrechtsgeschichte*, in: FS Nikolaus Grass I, 1974, 613 ff.; W. Brauneder, *Die staatsrechtliche Bedeutung österreichischer Juristenschriften des 16. Jahrhunderts*, in: *ders*, *Studien I*, 37 ff.

11 Vgl Brauneder, *Gesetzgebungsgeschichte*, 437 ff.

beginnen die gegenüber der ersten Fassung von etwa 1280 neuen Bestimmungen mit „wir setzen und gebieten“ des Landesfürsten als Gesetzgeber¹². Der Landrechtstext für Österreich unter der Enns 1526 enthält den Hinweis, dass ihn der Landesfürst habe verfassen lassen, weil ihm „Gerichte und Recht frei“ zustünden, dh, dass er als Gesetzgeber handeln könne. Freilich tritt es noch weiterhin unter der Bezeichnung „Landrecht“ auf und etikettiert so seinen traditionsgebundenen Inhalt. Der Geltungsgrundlage nach sollte aber an die Stelle des gewohnheitsrechtlich befolgten *Rechtsbuches* das obrigkeitlich befohlene *Gesetzbuch* treten. Damit setzt im 16. Jahrhundert jene Entwicklung ein, die unmittelbar zu dem nun meist auch so bezeichneten „Gesetzbuch“ des 18. Jahrhunderts führt.

2.2 Von der Mündlichkeit zur Schriftlichkeit: Weistümer

Den entsprechenden Übergang zeigen sehr deutlich die Weistümer¹³. Sie sind Feststellungen des Gewohnheitsrechtes vor allem der ländlichen Gerichtsgemeinden. Jährlich wurde an einem Gerichtstag ähnlich wie in konkreten Streit- oder Straffällen das Rechts erfragt und ähnlich mit einem Urteilspruch beantwortet. In den Zeiten der Mündlichkeit lebte so das Recht im Gedächtnis einer Vielzahl an Personen fort. Der Schritt zur Schriftlichkeit geschah dadurch, dass die Fragen nach dem Recht und die Antworten darauf protokolliert wurden. Im Laufe der bis weit in die Neuzeit hineinreichenden Entwicklung entfielen die Fragen.¹⁴

2.3 Gesetzbücher

2.3.1 Die Entwicklung

Die Tradition der Rechtsbücher setzen die Gesetzbücher fort. In ihren konkreten Bezeichnungen spiegeln sich vorerst andere Charakteristika wider.¹⁵ „Buch“ und „Tafel“ wie in „Landtafel“ oder einfach „Recht“ wie in „Landrecht“ bis hin zum „Allgemeinen Landrecht“ Preussens von 1794 (ALR) betonen den umfassenden oder gar ausschließenden Charakter. Am häufigsten allerdings steht „Ordnung“. Das Wort beschreibt den Aspekt des ordnenden Handelns der Obrigkeit zur Herstellung eines geordneten Gemeinwesens. Der Ausdruck „Buch“ steht dem gegenüber eher für einen autonomen, dem Einfluß der Obrigkeit nahezu entzogenen Teil der Rechtsordnung: Im

¹² H. Steinacker, Zur Frage des österreichischen Landrechts, in: Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung XXXIX, 1923, 71.

¹³ Die einschlägige Literatur ist nahezu uferlos; vgl. D. Werkmüller, Weistümer, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte V, 1. Aufl., 1239 ff.

¹⁴ Material besonders reichlich in: ÖWT, in rund 20 Bänden.

¹⁵ Das Folgende nach Brauner, Gesetzgebung, 121.

Obrigkeitsstaat der frühen Neuzeit findet sich „Buch“ daher selten. „Ordnung“ steht in vielerlei Bedeutung wie als „Landesordnung“ bzw „Stadtordnung“ für besonders umfassende Gesetze, „Polizeyordnung“ für umfangreiche Verwaltungsgesetze, „Malefizordnung“ für das Strafrecht, „Landgerichtsordnung“ bzw „Stadtgerichtsordnung“ für Prozessgesetze, „Gerhabschaftsordnung“ für das Vormundschaftsrecht. Derartige „Bücher“, „Rechte“ oder – in der Regel – „Ordnungen“ setzen sich ihrerseits oft aus „Büchern“ und „Ordnungen“ zusammen, die einzelne Sachgebiete regeln und unter Umständen, wie sogleich zu erwähnen ist, als eigene Gesetze in Kraft getreten sind. Kleinere Ordnungen fügen sich also zu größeren Ordnungen bzw es zerfallen diese in jene.

In den habsburgischen Ländern im Gebiet des heutigen Österreich läuft die Entwicklung im Wesentlichen in zwei Entwicklungssträngen ab.¹⁶ Der eine beginnt in Österreich unter der Enns mit dem schon erwähnten Landrechtstext von 1526, es folgt der von 1573, der das Vorbild für die weiteren von 1595, 1609 (für Österreich ob der Enns) und 1654 abgibt. Sie alle erhielten jedoch keine landesfürstliche Sanktion, womit der Erlaß eines umfassenden Gesetzbuchs des Landrechts unterblieb. Der letzte Landrechtstext von 1654 hatte ein besonderes Schicksal: Als umfassende „Landesordnung“ sollte er – wie übrigens ähnlich jener von 1595 – aus fünf Teilen bestehen, nämlich I. Gerichtsverfassung und zivilgerichtliches Verfahren, II. Vertragsrecht, III. Testamentsrecht, IV. Gesetzliches Erbrecht, V. Lehenrecht, VI. Landgerichtsordnung. Davon trat letztere 1656 als eigenes Gesetz in Geltung, das Lehenrecht wurde späterhin in zwei Teile zerlegt, in das eigentliche Lehenrecht sowie in das bäuerliche Leiherecht, welches 1697 unter der Bezeichnung „Tractatus de iuribus incorporalibus“ Gesetzeskraft erhielt; das gesetzliche Erbrecht („außer Testament“) wurde schließlich ab 1720 in einzelnen Ländern als eigenes Gesetz erlassen. Mit diesen und anderen Einzelgesetzen war das Konzept eines möglichst umfassenden Gesetzbuches vorerst verlassen, das von Teilordnungen hatte die Oberhand gewonnen.

Dies zeigt sich auch im zweiten Entwicklungsstrang, dem Polizeyrecht. Im 16. Jahrhundert traten die großen Reichspolizeyordnungen 1530, 1548 und 1577 in Kraft¹⁷ und nach ihrem Vorbild sowie auch zu

¹⁶ U. a. wie Fn 10, Fn 11 und Fn 15; W. Brauneder, Anfänge der Gesetzgebung am Beispiel der Steiermark, in: ders, Studien I, 427 f.; besonders Wesener, Kodifikationen, 205 ff., mit detaillierten Schrifttumsnachweisen.

¹⁷ K. Härter, Entwicklung und Funktion der Policeygesetzgebung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation im 16. Jahrhundert, in: *Ius Commune* XX, 1993, 61 ff.

ihrer Ergänzung und Durchführung weitere umfangreiche Polizeyordnungen (PO) wie z.B. für die niederösterreichischen Länder (NÖ) von 1542 und 1552¹⁸. Sie setzen sich ganz deutlich aus Teil-Ordnungen zusammen¹⁹. So besteht die PO/NÖ 1552 aus der PO/NÖ 1542 und der Handwerksordnung für die niederösterreichischen Länder von 1527. Auch galten ihre Vormundschaftsbestimmungen als eigene „Ordnung“, als „Gerhabschaftsordnung“, und es heben sich weitere Teil-Ordnungen ab: Vor allem bilden die ersten 18 Artikel als Sittlichkeits- und Aufwandsordnung eine Einheit und konnten daher modifiziert 1566 und 1568 als eigene Polizeyordnungen publiziert werden. Eine ähnliche Einheit bilden die nachfolgenden 5 Artikel über Maße, Fürkauf sowie Wucher, die Artikel vor der Handwerksordnung bilden eine Dienstbotenordnung. Die PO/NÖ 1552 fasst also mehrere Teil-Ordnungen zusammen. Weitere Teil-Ordnungen sind in umfassenden Einzelgesetzen²⁰ wie etwa Eheordnung, Weingartenordnung, Bergordnung, Waldordnung, Holzordnung, Müllerordnung, Bäckerordnung, Jägerordnung, Apothekerordnung, Gastwirteordnung, Marktordnung, Infektionsordnung, Defensionsordnung, Mautordnung aufgeschlüsselt. Aus dem Gesagten lässt sich zweierlei erkennen: einerseits der Gedanke an ein möglichst umfassendes Gesetzbuch nahezu des gesamten Rechts eines Landes, andererseits ein Denken in bestimmten „Ordnungen“, die jeweils einen Sachkomplex erfassen. Einige dieser engeren Ordnungen wie Vormundschaftsordnung, Handwerksordnung, Sittlichkeits- und Aufwandsordnung, Maß- und Gewichtsordnung sowie Dienstbotenordnung lassen sich mit anderen Bestimmungen zur umfassenden Polizeyordnung zusammenfügen, so zu den Reichspolizeyordnungen oder zur PO/NÖ 1552. Außerhalb der Polizeyordnung verbleiben allerdings Landgerichtsordnung sowie Landrechtsordnung als Prozessordnungen mit auch materiellrechtlichen Teilen. Die Landgerichtsordnung aber lässt sich wieder mit Landrecht und

¹⁸ Dazu u. a. W. Brauneder; J. Pauser, Zur Edition frühneuzeitlicher Normtexte. Das Beispiel der österreichischen Policeyordnungen des 16. Jahrhunderts, in: G. Klingenstein / F. Fellner / H. P. Hye (Hrsg), Umgang mit Quellen heute. Zur Problematik neuzeitlicher Quelleneditionen vom 16. Jahrhundert bis zur Gegenwart, 2003, 45 ff (= Fontes Rerum Austriacarum, Österreichische Geschichtsquellen, 2. Abt Diplomataria et Acta, 92); ders, Gravamina und Policey: Zum Einfluß ständischer Beschwerden auf die landesfürstliche Gesetzgebungspraxis in den niederösterreichischen Ländern vornehmlich unter Ferdinand I (1521–1564), in: Parliaments, Estates & Representation, Hrsg für die International Commission for the History of Representative & Parliamentary Institutions, London 1997, 13 ff.; ders, „sein ir Majestät jetzo im werkh die polliceyordnung widerumb zu verneuern“. Kaiser Maximilian II (1564–1576) und die Landstände von Österreich unter der Enns im gemeinsamen Ringen um die „gute policey“, in: W. Rosner (Hrsg), Recht und Gericht in Niederösterreich (= Studien und Forschungen aus dem Niederösterreichischen Institut für Landeskunde 31), 2002.

¹⁹ Insb. Brauneder, wie Fn 15.

²⁰ Vgl dazu auch W. Kunkel - G. K. Schmelzeisen - H. Thieme (Hrsg), Polizei- und Landesordnungen II/2, Einzelverordnungen (= Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands II), 1969.

Lehenrecht zu einer weiteren umfassenden Ordnung, der Landesordnung verbinden. In Tirol²¹ besteht daher neben der Landesordnung 1573 eine selbständige Polizeyordnung aus demselben Jahr. Anderswo sind sogar diese zur „Landes- und Polizeyordnung“ verbunden wie 1616 in Bayern oder 1658 in der Pfalz²². In diesem ganz umfassenden Sinne zeigt für Kärnten ein mit „Landes-Ordnung“ überschriebenes Konvolut von mehreren Gesetzen, dass diese Bezeichnung sogar für nahezu die Gesamtrechtsordnung des Landes steht, der, wie in diesem Konvolut, zugerechnet werden: Polizey-, Landrechts-, Landgerichts- und Zehentordnung²³.

In den Reichsterritorien der Habsburgermonarchie war die Gesetzgebung vorerst von der Technik der Einzelgesetzgebung bestimmt. Im Privatrecht beispielsweise trifft dies zu bis zum Teil-ABGB 1786. Noch 1751 wurde eine Kommission zur Revision des Tractatus de iuribus incorporalibus eingesetzt, also nur zwei Jahre vor der Bildung der ersten Kommission zur Ausarbeitung des künftigen Bürgerlichen Gesetzbuches. Drei Jahre vor dem Teil-ABGB war eigens das Eherecht im Ehepatent 1783 und vor allem nur sechs Monate vor jenem die außertestamentarische Erbfolge im Erbfolgepatent 1786 geregelt worden.

Wie aber die in das 18. Jahrhundert fortdauernden Arbeiten am Landrechtsentwurf 1654 – betitelt „Landesordnung“ - zeigen, ging der Grundgedanke, umfassende Rechtsgebiete, gegliedert nach einem System, in einem einzigen Gesetzbuch festzuhalten, nicht ganz verloren. Auch inhaltliche Substanz blieb gewahrt: Nicht nur die erwähnten Einzelgesetze, sondern auch die wohl am weitesten verbreiteten Landrechtsentwürfe 1573 und 1609 beeinflussten unmittelbar die Vorarbeiten zum ABGB.

2.3.2 "Theorie" der Gesetzgebung

Die zeitgenössischen Äußerungen²⁴ hiezu sind spärlich, besonders deutlich in der "Vorred" zum LRE/UE 1526²⁵. Das Gesetzgebungsrecht des (habsburgisch-österreichischen) Landesfürsten erfließt

²¹ Dazu M. P. Schennach, *Gesetz und Herrschaft. Die Entstehung des Gesetzgebungsstaates am Beispiel Tirols* (= Forschungen zur Deutschen Rechtsgeschichte XXVIII), 2010.

²² Vgl. G. K. Schmelzeisen, *Polizeiordnungen und Privatrecht* (= Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte 3), 1955, 557.

²³ Des Ertzhertzogthumbs Khärndten New aufgerichte Landtgerichtsordnung, 1578 (= UB Wien Signatur II 251.050); vgl. auch *Brauneder, Gesetzgebung*.

²⁴ Allgemein u. a. Brauneder, *Gesetzgebungsgeschichte*; ders., *Polizeiordnungen*; W. Kunkel, *Ältere Stadtrechtsreformationen* (Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands I/1) Weimar 1936; ders., *Landrechte des 16. Jahrhunderts* (Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands I/2), Weimar 1938; K. Schmelzeisen, *Polizei- und Landesordnungen* (Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands II/1 und 2), Köln-Graz 1968; G. Wesener, *Zur Bedeutung der Österreichischen Landesordnungs-*

aus "Privilegien", gemeint sind die österreichischen Freiheitsbriefe aus 1358, wonach sie "Gericht und Recht Frey" haben, woraus sich ergibt, dass es dem Landesfürsten zukommt, "Recht Zusezen und Zumachen"²⁶. Während das Gesetzgebungsrecht hier mit konkreten Privilegien begründet wird, ergibt es sich aber auch schlicht aus der Eigenschaft "als Christlicher Khünig"²⁷. Dieses Attribut kann auch fehlen und einfach wie in der Vorrede zur LRO/OE 1627 darauf verwiesen sein, dass "Wir gleich Gericht und Recht zu fürdern und in ordenlich schleinigen Gang zu bringen nit allein genaigt, Sondern auch Vns deß zu thun schuldig zu sein erkennen".

Mit der Ausübung des Gesetzgebungsrechtes im konkreten Fall gibt dieses der Landesfürst nicht aus der Hand. Druckprivilegien wie der LGO/UE 1540 vorangestellt gehen davon aus, dass in Zukunft weitere Ordnungen "noch auffgericht werden möchten". Das Recht, erlassene Gesetze zu "pessern, mildern (oder: mindern), meren, verändern oder gar wiederumben (zu) heben"²⁸ bzw. "ZuerPawen, Zuerweitern, Zumern, Auch wo darInnen Vinsternus oder beschwerung erschinen Zuerleuchten"²⁹ wird ausdrücklich vorbehalten. Dieser "Änderungsvorbehalt"³⁰ findet sich sowohl in Landrechtstexten (1526), Landrechtsordnungen (1557), Landgerichtsordnungen (1656, 1577) sowie städtischen Gesetzen (Wien 1526, Einleitung, Pkt. 69): Er ist also ein gemeinsames Merkmal aller Gesetzgebungsakte, stets nahezu identisch formuliert und somit kein Spezifikum für bestimmte Rechtsbereiche. Dazu kommt, dass sein Vorbild die *constitutio cordi* des Codex Justinians ist, er entstammt also einem einer Gesamtrechtsordnung verpflichteten Gesetz³¹.

Die Ausübung der Gesetzgebung liegt neben ständischen Mitwirkungsrechten³² nicht im Belieben des Landesfürsten. Sie erfolgt "nach Notturfftten und gelegenhait unserer Lanndt und Leut" sowie "dem Gottlichen Gesezt der natur und vernunft Gemäß", "nach gelegenhait der Zeitten und Sytten

Entwürfe des 16. Und 17. Jahrhunderts für die neuere Privatrechtsgeschichte, in: Festschrift Nikolaus Grass I, Innsbruck-München 1974, 613 – 631; G. Immel, Typologie der Gesetzgebung des Privatrechts und Prozeßrechts, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte II/Ä2, hrsg. von H. Coing, 1976, 1 ff., K. Härter, Entwicklung und Funktion der Policygesetzgebung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation im 16. Jahrhundert, in: *Ius Commune* XD (1993), 61 – 141.

²⁵ Dazu Brauneder, *Gesetzgebungsgeschichte*, 443, ff.

²⁶ LRE/UE 1526, 11.

²⁷ ZB PO/NÖ 1552, fol XIXb. Vgl. auch Brauneder, *Policygesetzgebung*, Abschn. V.

²⁸ LRO/OE 1535, 3.

²⁹ LRE/UE 1526, 14.

³⁰ Immel, *Typologie*, 86ff.

³¹ *Constitutio cordi* 4, gegen Ende ab "...nisi postea..."; P. Jörs – W. Kunkel – L. Wenger, *Römisches Privatrecht*, 3. Aufl., 1949, 49.

³² Brauneder, *Gesetzgebungsgeschichte*, 444 f.

der menschen³³, auch aufgrund "gründliche(r) erfahrungheit und mit zeitigem rat nach gelegenheit der sachen und notturft"³⁴.

Offenkundig wegen ihrer Vereinigung in der Person Ferdinands I. als Vorsitzendem des Reichsregiments (in Abwesenheit Kaiser Karls V.) und Landesfürsten werden zwei Funktionen klar geschieden: Gesetzgebungsbefugnis "als Stathalter des Heilligen Römischen Reichs (und damit) aus Kayserlicher Gewalt" einerseits sowie "alls Regierender Erzherzog, Herr und Lanndsfürst Zu Österreich Aus furstlicher macht" andererseits³⁵. Landesrecht ergeht aus "Herrn und Lanndtßfürsten bewilligung"³⁶. Aber weder der Rückführung des Gesetzgebungsrechtes konkret auf die österreichischen Freiheitsbriefe noch der Berufung auf die Eigenschaft eines "christlichen Königs" sind Beschränkungen im Umfang der Gesetzgebung beigelegt. Dies wohl bewusst, denn das landesfürstliche Gesetzgebungsrecht kommt, aufgrund der österreichischen Freiheitsbriefe, jenen der "frey Gwalltigen Kunigen gleich"³⁷, worin wohl die Auffassung sichtbar wird, der österreichisch-habsburgische Landesfürst-Gesetzgeber sei "imperator in regno suo". Tatsächlich findet sich die Berufung auf die Eigenschaft als christlicher König auch in städtischen Gesetzen³⁸. Das Gesetzgebungsrecht des Landesfürsten gilt also als Vollrecht analog zur Landeshoheit, nicht etwa als Ausfluss verschiedener und unterschiedlicher Herrschaftsrechte in Land, Stadt oder Grundherrschaft. Damit steht der Hinweis auf das gesetzgeberische Vorbild im Einklang, nämlich, es erfolge die Gesetzgebung sowohl "aus Göttlichem eingeben" wie auch "Nach ausweißung des loblichen Römischen Khayser Justinianj", obwohl es sich gerade im Falle dieser Zitate nicht um Reichsgesetzgebung, sondern Landesgesetzgebung handelt³⁹.

Das Gesetzgebungsrecht wird also hinsichtlich seiner Grundlagen, Ziele und Grenzen als einheitliche Funktion gedacht. Dies deutet auf eine als Einheit verstandene Rechtsordnung hin. Es ist indes aber eine gegliederte Einheit. So wird von der Theorie einmal das Landrecht als "burgerlich recht" mit seinen "Clagen ... Burgerlich" von den "Peindlichen und malefizHändl" abgehoben, also das Strafrecht vom Bürgerlichen Recht, das überdies in erster Linie als Vermögensrecht angesehen wird: "welcherlaj güetter in des menschen geprauch nutz posseß und

³³ LRE/UE 1526, 11, 15.

³⁴ LRO/OE 1535, 3.

³⁵ LRE/UE 1526, 12.

³⁶ LRE/UE 1526, 19.

³⁷ LRE/UE 1526, 7; Brauneder, *Gesetzgebungsgeschichte*, 444.

³⁸ StO/Wien 1526, Einleitung.

³⁹ LRE/UE 1526, 1; Brauneder, *Gesetzgebungsgeschichte*, 443 f.

aigenthumb fallen und durch was handlung der mensch solch gütter vberkhumen müge"⁴⁰. Eine weitere Differenzierung unterscheidet das Landrecht als Recht der Adeligen untereinander sowie zwischen ihnen "und den (übrigen) Inwonern" des Landes "Zu furderung, Rue, Frid und Ainigkhait" einerseits vom Stadtrecht als Recht einer "yede(n) StatGemain oder besamblung" andererseits⁴¹. Nach 1568⁴² war man sich in einem Gutachten sehr wohl des Umstandes bewusst, dass bestimmte Materien zu "der Landtafel oder zur Stadtordnung geherig", andere aber "der Polizey zuegetan" sind und man unterschied als legistische Möglichkeiten "durchgehende Landespolizei", "Zertrennung der Polizei" und Erlass "nur etliche(r) Artikel", wobei nur die erste als umfassende Variante positiv beurteilt wurde.

Insgesamt manifestiert sich in den - spärlichen - theoretischen Äußerungen die Vorstellung einer einheitlichen, gegliederten Rechtsordnung mit einem zentralen Gesetzgeber, ausgeübt nach einheitlichen Grundsätzen und Kriterien.

2.3.3 Die Praxis der Gesetzgebung

Unser Hauptaugenmerk gilt nun dem Umstand, ob die einzelnen Gesetzgebungsakte aufeinander Bedacht nehmen, auf welche Weise dies geschieht und ob sich daraus Rückschlüsse auf eine einheitliche Betrachtungsweise der Gesamtrechtsordnung ziehen lassen.

2.3.3.1 Vertikale Bedachtnahme

Gesetzgebungsakte treten uns, wenngleich in unterschiedlicher Intensität, auf allen Herrschaftsebenen entgegen, nämlich Reich, Land, Stadt und Grundherrschaft. Gerade im Falle der Habsburger-Herrschaft schiebt sich zwischen Reich und Land als weitere Ebene die Länderverbindung, was der Gesetzgebung hinsichtlich des örtlichen Geltungsbereichs und der damit verbundenen Durchsetzungsproblematik eine besondere Note verleiht⁴³. Die für die Länderverbindungen, besonders die der "Niederösterreichischen Länder", erlassenen Gesetzgebungsakte sind Ausfluss der kumulierten Landesgewalten und damit formell wie überdies auch inhaltlich der Rechtsordnung der Länder zuzurechnen, letzteres gerade unter dem Aspekt

⁴⁰ LRE/UE 1526, 13, 228.

⁴¹ LRE/UE 1526, 18f.

⁴² Brauneder, *Policeygesetzgebung*, Abschn. I/B/2, II.

⁴³ Brauneder, *Polizeiordnungen*, 473f; *Brauneder, Gesetzgebungsgeschichte*, 437ff.

einer Gesamtrechtsordnung. Dies zeigt sich überdies beim Zerfall von Ländergruppen: An die Stelle der PO/NÖ 1552 treten beispielsweise ab 1566 einzelne Landes-Polizeiordnungen.

Die Gesetzgebung auf den einzelnen Herrschaftsebenen stehen nicht beziehungslos nebeneinander, vielmehr sind zahlreiche Gesetzgebungsakte untereinander verklammert. In Frage kommt hier die Bedachtnahme auf Reichsrecht, was hauptsächlich auf drei Arten geschieht: durch Verweisung, durch die Ausführung von Reichsrecht, durch die Ergänzung von Reichsrecht.

Verweisungen auf Reichsrecht bedienen sich mehrerer Ausdrücke. Schlechthin auf "gemeines Recht" verweisen beispielsweise LGO/Stmk 1574 (I/Art. 87), LGO/K 1577 (Art. 17) sowie die PO/NÖ 1552 (Art. 12), ähnlich diese auf das "gemeine geschriebene Recht" (Art. 6) bzw. einfach auf das "geschriebene Recht" (Art. 4). Die LGO/Stmk 1574 verweist auch auf die "kaiserlichen Rechte" (I/Art. 71, 82, 83, 85), was, wie hier eine andere Verweisung darlegt, eine solche auf die "kaiserliche Halsgerichtsordnung" (I/Art. 35) sein dürfte. Deutlicher verweist die LGO/UE 1656 auf die "Halsgerichtsordnung Kaisers Caroli des V." (II/Art. 66 § 11) wie dann auch die LGO/OE 1675 (III/Art. 8 § 11). Die LGO/Stmk 1574 verweist überdies auf die "Ordnung unnd Gsetz der Müntz halben" (I/Art. 138), ähnlich schon die LGO/UE 1514 (§40).

Ein quantitatives Bild vermitteln rund 900 landesfürstliche Polizeigesetze für Österreich unter und ob der Enns der Jahre 1520 bis 1650 unterschiedlichster Art⁴⁴: Knappe 50 von ihnen verweisen auf Reichsgesetze wie am relativ häufigsten auf die Reichsmünzordnung, keines aber auf die Reichspolizeiordnungen, was sich aus der Existenz eigener österreichischer Polizeiornungen erklären dürfte.

Ausführung von Reichsgesetzen ist eher selten. Den Reichspolizeiordnungen 1530 und 1548 folgten nahezu auf dem Fuß die österreichischen Polizeiornungen 1542 und vor allem 1552. Teils wiederholen sie Bestimmungen der Reichspolizeiordnungen, teils spezifizieren sie solche, nämlich dann, wenn es sich um Rahmenbestimmungen handelt⁴⁵. Die österreichischen Polizeiornungen entsprechen somit den Reichspolizeiordnungen in Aufbau und Inhalt, weisen aber eine größere Regelungsdichte auf⁴⁶.

⁴⁴ Die Daten beruhen auf der Auswertung des Codex Austriacus und eines zentralen Archivbestandes (Niederösterreichisches Landesarchiv/Ständisches Archiv: sog. Kaiserliche Patentreihe) für das Erschließungsprojekt "Erzherzogtum Österreich" (Josef Pauser) im Rahmen des "Repertoriums der Policy-Gesetze im Alten Reich (15. bis 18. Jahrhundert)", MPI Frankfurt.

⁴⁵ Brauneder, *Polizeiordnungen*, Absch. III.

⁴⁶ Brauneder, *Polizeiordnungen*, 474; Brauneder, *Policygesetzgebung*, Abschn I/B/1.

Mehr als eine Ausführung stellt die Reichs- und erbländische Münzordnung 1560 dar, die der Kaiser ausdrücklich "im ganzen Reich deutscher Nation und unseren erblichen Fürstenthum(ern) und Landen" in Kraft setzt: Sie stellt ein für Reich und Erbländer identisches Gesetz dar, und zwar in Abänderung der Reichsmünzordnung 1559⁴⁷.

Bei der *Ergänzung von Reichsrecht* handelt es sich im Unterschied zur vorausgegangenen Kategorie nicht um durch die Reichsgesetzgebung angeordnete Fälle, sondern um solche, wo die Landesgesetzgebung es von sich aus für notwendig befindet Reichsrecht zu ergänzen. Ein besonders schönes Beispiel gibt das Vormundschaftsrecht in österreichischen Polizeiordnungen wie etwa in der PO/NÖ 1552: "Wiewohl in gemeinen geschriebenen Rechten ernstlich versehen und geordnet ist, dass den Pupillen und minderjährigen Kindern von ihren Vormündern und Gerhaben mit allem Fleiß und Ernst fürgestanden und derselben Nutz und Wohlfahrt gesucht und gefördert werden solle, so kumbt uns doch in viel Weg glaublichen für, dass in solchen Sachen von vielen Vormündern und Gerhaben versaumblich, eigennützig, auch wohl etwo betruglich" gehandelt wird; "damit dieser große Mangel abgestellt, und die Pupillen und minderjährigen Kinder unvernachteilt bleiben, so setzen, ordnen und wellen wir, dass es nun hinfüro mit den Vormundschaften und Gerhabschaften der Minderjährigen nachfolgender Maß halten werden solle..." (Art. 25). Auch die LGO/UE 1656 ergänzt legislativ in ähnlicher Weise: "ob schon sonst sowol in gemeinen Rechten, als insonderheit der peinlichen Hals-Gerichts-Ordnung Kaysers Caroli des Fünften" auf Kindesmord bestimmte Todesstrafen stehen, "so wollen Wir doch, Verzweiflung zu verhüten, dass ein solche Thäterin mit dem Schwert" hingerichtet werde (II/Art. 66, § 11).

Eine Stufe tiefer, im *lokalen Recht* finden sich mehrere konkrete Bezüge zum Landes- und zum Reichsrecht. Wie die Reichspolizeiordnungen die Obrigkeiten anweisen, ihre Bestimmungen zu befolgen und durchzuführen, so betreffen die österreichischen Polizeiordnungen gleichfalls die nachgesetzten Obrigkeiten⁴⁸. In großer Zahl finden sich daher in grundherrschaftlichen Rechtsquellen, zum Teil selbst unter dem Namen "Polizeiordnung", Hinweise auf die "kaiserliche" Polizeiordnung, wobei es sich trotz der Beifügung "kaiserlich" nicht um die Reichspolizeiordnungen handelt, sondern um eine von "röm(ischer) kais(erlicher) etc.", also - "etc."! - als Landesfürsten

⁴⁷ Vgl. S. Becher, *Das österreichische Münzwesen vom Jahre 1524 bis 1838*, Wien 1838, 32 ff, insbes 40 f.

⁴⁸ Brauneder, *Stellung*, Abschn. III.

erlassene Polizeiordnung⁴⁹, in der Regel um die PO/NÖ 1552, die eben vom Kaiser-Landesfürsten herrührt. Die Verweisungen erfolgen sehr konkret zu einzelnen Tatbeständen, wie etwa zu Gotteslästerung, Ehebruch, Unzucht, Spiel, Trunksucht oder zu den Aufwandsbeschränkungen bei Hochzeiten und diversen Festmählern. Die Verweisungen im Bereich der Grundherrschaften beschränken sich freilich nicht auf Polizeiordnungen. Verwiesen wird des öfteren auch auf die "Landgerichtsordnung", und zwar gleichfalls hinsichtlich bestimmter Tatbestände⁵⁰. Weitere Verweisungen betreffen übrigens mit der CCC auch Reichsrecht⁵¹, aber in großer Zahl einzelne landesfürstliche Mandate.⁵² Die Bedeutung der überregionalen für die regionalen Rechtsquellen zeigt sich aber nicht nur in Verweisungen. So wird 1558 für Freistadt ausdrücklich angeordnet, wer "von der landgerichtsordnung ein exemplar nottürftig, der soll dasselb bei dem herrn landshaubtman ersuchen."⁵³ Es geht also, bedingt auch durch die Verweisungen, tatsächlich um die Rechtskenntnis der "höherrangigen" Gesetze. Aber mehr noch: Die "niederrangigen" Gesetze sollen den "höherrangigen" entsprechen. So hebt in der Herrschaft Steyr 1612 der Landesfürst das "tädinbiechl", also ein Weistum, auf, weil es "unser landesfürstlichen pollicei und landgerichtsordnung" widerspricht⁵⁴.

2.3.3.2 Horizontale Bedachtnahme im Landesrecht

Die Ausführungen zur "vertikalen Bedachtnahme" haben dargetan, dass die regionale wie die Landesgesetzgebung sich als Teile einer Rechtsordnung, eingebettet in weitere räumliche Rechtskreise, verstanden haben. Diesen Eindruck bekräftigten die von der Landesgesetzgebung herangezogenen Vorbilder. Es gilt nun zu untersuchen, wie die einzelnen Teile der Landesgesetzgebung miteinander verklammert waren⁵⁵. Folgende Formen lassen sich unterscheiden: Verweisung, Insert, Doppelbestimmung sowie ausdrückliche Subsidiarität.

Polizeiordnungen, Landgerichtsordnungen und Landrechtsentwürfe enthalten pauschale *Verweisungen* auf das Landrecht und den Landesbrauch wie etwa LRO/K 1577 (Art. 37) "als Lehens-

⁴⁹ ZB ÖWT XIV, 22, 30, 33, 35, 36, 40 (Grieskirchen 1564), 168 und 173 (Weidenholz/OÖ 1593), 261, 266f. (Offenhausen/OÖ 1630), 304, 316, 321 (Frankenburg/OÖ 1632); ÖWT VIII, 590 (Grafenberg/NÖ 16. Jh.), 1107 (Eisenstadt/im NÖ-Band, Ende 16. Jh.); ÖWT IX, 456 (Spielberg/NÖ, 2. Hälfte 16. Jh.).

⁵⁰ ZB ÖWT VI, 488 (Millstatt/Ktn. 16. Jh.); ÖWT VII, 635 (Liesing/NÖ 1541); ÖWT VIII, 994 (Weinzierl am Walde/NÖ 1573); ÖWT IX, 114f., 125 (Rapotenkirchen/NÖ 1580-1596), 370f. (Göttweig-Furt-Göttweiger Berg ca. 1545); ÖWT XIII, 125 (Kremsmünster/OÖ 1587), 391 (Scharnstein/OÖ 1587).

⁵¹ ZB ÖWT XIV, 56 (Grieskirchen/OÖ 1623); ÖWT XV, 89 (Schärding/OÖ 1610).

⁵² ZB ÖWT XIV, 537 (Mondsee/OÖ 16. Jh.). Viele Beispiele aus dem 18. Jh.: ÖWT XII; 39f., 77, 260, 355, 357, 359; ÖWT XVIII, 32 (Bludenz/Vbg. 1651) ua.

⁵³ ÖWT XII, 455 (Freistadt/OÖ 1558).

⁵⁴ ÖWT XIII, 312 (Herrschaft Steyr/OÖ 1612).

⁵⁵ Vgl. dazu indirekt Beispiele bei H. Högel, *Geschichte des Österreichischen Strafrechts I*, Wien 1904, 42ff., 50ff.

und Landsrecht ist", pauschal auch auf Einzelmandate (LGO/OE 1559, fol. XV), aber auch auf bestimmte Einzelmandate (LRE/UE 1573/IV, 43, 45), auf bestimmte Privilegien (LGO/UE 1656, II/Art. 76 § 8), auf die Landesordnung, etwa PO/T 1573 auf LO/T 1573 hinsichtlich des Ehebruchs, und auf

Detailordnungen wie Salzordnung (LGO/OE 1559, fol. V), Weingartenordnung (LRE/UE 1595/IV, 267), Bergordnung (LGO/Stmk 1574, III/Art. 20); die Landrechtsentwürfe enthalten überdies noch Verweisungen auf die Landgerichtsordnung (LRE/UE 1573/I, 55, 176, 251, 252). Manche Verweisungen fallen besonders auf: Die LGO/Stmk 1574 verweist beispielsweise hinsichtlich des Ehebruchs auf die Polizeiordnung mit dem Zusatz, dass derselben "fleißig nachgelebt werde(n)" solle (I/Art. 88). Die GO/Stmk 1618 benützt eine ganz konkrete Verweisungstechnik: Bei besonderer Straffälligkeit eines Prokurators ist "laut deß 80. Artickels im Ersten Theil" der LGO/Stmk "gegen ihn (zu) verfahren" (Art. 10), hinsichtlich Exekutionen ist auf eine Resolution "An. 1540, den 10. Aprilis" Bedacht zu nehmen (Art. 68). Ein derartiger Standard der Verweisungstechnik kann aber auch wieder schwinden: Die LGO/OE 1675 (III/Art. 38) enthält eine Verweisung auf "scharpffe Generalien" ohne Datumsangabe, die im wortgetreuen Vorläufer, der LGO/UE 1656 (II/Art. 98), mit 16. Juni 1654 noch enthalten war. Die LRO/UE 1540 verbindet eine Verweisung mit der Einschärfung, es sei das verwiesene Generalmandat zu befolgen, da man wisse, dass es weder von den "partheien noch iren procuratorn, advocaten, supplication- und schriftmachern nicht gelebt", d.h. befolgt wurde⁵⁶. Die LGO/UE 1656 (II/Art. 98) erweitert eine Verweisung um drei neue Bestimmungen - hier wäre ein Insert wohl angebrachter gewesen.

Bei den Verweisungen im Landesrecht ist auch interessant, zwischen welchen Gesetzen es keine Verweisungen gibt. Nicht verwiesen wird auf die Landrechtstexte wohl wegen ihres Entwurfstadiums, was aber zufolge der Hoffnung auf ihr Inkrafttreten und bei einer planmäßigen Legistik nicht zwingend ist. Keine Verweisungen verbinden LRO und LGO, also die beiden Gerichts- und Prozessordnungen, auf sie verweisen auch nicht die Polizeiordnungen.

Einen quantitativen Eindruck vermitteln auch hier die zuvor für Verweisungen auf das Reichsrecht herangezogenen rund 900 Polizeigesetze. Hatten nur knapp 50 auf Reichsgesetze verwiesen, so enthalten knapp 700 solche auf landesfürstliche Gesetze, davon gute 180 auf umfassendere Ordnungen.

Ein gutes vergleichendes Beispiel über die Verwendung von Verweisungen lässt sich den Landrechtstexten von 1526 bis 1654 wegen ihres nahezu gleichbleibenden Inhalts und ab 1573 sogar

⁵⁶ LRO/UE 1540, 29.

auch nahezu identischen Textes entnehmen. Im LRE/UE 1526 gibt es praktisch keine Verweisungen auf anderes Landesrecht: Die Gesetzgebung ist noch kaum angelaufen, allerdings sind auch die Verweisungen auf Gemeines Recht gering. Ein anderes Bild ergibt sich ab LRE/UE 1573. Von knapp 30 Verweisungen insgesamt steigen diese bis zum LRE/UE 1595 auf genau das Doppelte, um bis zum LRE/UE 1654 noch leicht um etwa 10% zuzunehmen, was in etwa auch in Hinblick auf die Fassung LRE/OE 1616/29 zutrifft, während der vorausgegangene LRE/OE 1609 gegenüber dem LRE/UE 1595 einen Zuwachs von rund 50% zu verzeichnen hat. Insgesamt versteht sich der Zuwachs aus der Bedachtnahme auf Einzelverordnungen. Die Verweisungen auf große Ordnungen wie Polizeiordnung, Landgerichtsordnung und Landrechtsordnung fallen demgegenüber kaum ins Gewicht. Für die unterenordnungsrechtlichen Ordnungen kann festgehalten werden, dass der Schwerpunkt der Verweisung auf Einzelverordnungen im Lehens- und Leiherecht liegt, und zwar mit einem starken Ansteigen von 1573 auf 1595, um sodann bis 1654 nahezu konstant zu bleiben, während gegenüber LRE/UE 1595 die oberordnungsrechtlichen Entwürfe weniger Lehensverordnungen zitieren. Im Gerichts- und Prozessteil sind in den unterenordnungsrechtlichen Entwürfen die Verweisungen ab 1573 mit einem Höhepunkt 1595, dem etwa auch LRE/OE 1616/29 entspricht, konstant, während LRE/OE 1609 noch knapp doppelt so viele Verweisungen enthält wie diese spätere Fassung. Im materiellen Zivilrecht sind die Verweisungen in LRE/UE 1573 und 1595 bei leichter Abnahme zu letzterem nahezu gleich, um im LRE/UE 1654 auf etwa das Doppelte anzusteigen, dem auch LRE/OE 1616/29 entspricht, während die Vorstufe von 1609 um gute 25% darüber hinausgeht. Zu einer Explosion an Verweisungen etwa in Hinblick auf ein Anschwellen der Einzelmandate kam es also nicht. Die oberordnungsrechtlichen Entwürfe zeigen, dass die Legistik eine Reduzierung der Verweisungen erreichte, ähnliches LRE/UE 1654 im Bereich des Gerichts- und Prozeßrechts, während im materiellen Zivilrecht gerade hier das Gegenteil der Fall ist.

Insgesamt gewinnt man jedenfalls das Bild einer sehr bewussten und durchaus nicht sterilen Verweisungstechnik. Ergänzend zu diesen Verweisungen auf Landesrecht ist überdies festzuhalten, dass die Verweisungen auf Gemeines Recht im LRE/UE 1573 knapp das Vierfache der hier vorfindlichen Verweisungen auf Landesrecht ausmachen, sich aber im LRE/UE 1595 auf gut die Hälfte reduzieren - damit erreichen sie etwa die Zahl der Hinweise auf Landesrecht - und im LRE/UE 1654 gegenüber 1573 nur mehr ein Fünftel ausmachen. Im LRE/OE 1609 betragen die Hinweise auf Gemeines Recht knapp die Hälfte der Hinweise auf Landesrecht, steigen dann bis zur Fassung 1616/29 noch leicht an, bleiben aber damit knapp unter der Zahl des LRE/UE 1595. Auch diese Verweisungspraxis hinsichtlich des Gemeinen Rechts erweist eine Sensibilität der legistischen Technik.

Mit *Insert* inkorporieren Landgerichtsordnungen, Landrechtsordnungen, Polizeiordnungen und Landrechtsentwürfe bisherige Bestimmungen wie etwa die LRO/UE 1557 mit den Worten "und laut(et) solch ordnung von wort zu wort wie hernach folgt: ...", wobei sogar der Veränderungsvorbehalt der inserierten Bestimmung mitübernommen ist.⁵⁷ Zahlreiche Inserierungen enthält die LGO/K 1577 durch die Aufnahme von Bestimmungen aus der Polizeiordnung vom selben Jahr mit Hinweisen wie "Vnd lautet desselben Articl's inhalt also" (Art. 18 und 21). Ein weiteres Insert erfolgt hier aus der Landshandfeste hinsichtlich der "Graven, Herrn und Geadelten Malefiztenpersonen" (Art. 38). Dies offenbar deshalb, um deren andere Rechtsstellung hier in der Landgerichtsordnung festzuhalten. Derartige Verweisungen deuten auf einen legislativen Plan hin, was besonders deutlich in einer Verweisung der LGO/Stmk 1574 (Art. 72) auf die "vorhabende", also geplante Polizeiordnung, sodann die PO/Stmk 1577, zum Ausdruck kommt.

Doppelbestimmungen regte schon ein Gutachten von 1525 an: Es sollten Verfahrensregeln der Malefizordnung auch in eine künftige Polizeiordnung aufgenommen werden⁵⁸. Einzelne Tatbestände finden sich oftmals doppelt geregelt, d.h. im Unterschied zum Insert ohne Hinweis auf die andere Bestimmung: so Unzuchtstatbestände sowohl in LGO/UE 1540 wie in der PO/NÖ 1542 und sodann in der PO/NÖ 1552⁵⁹; Kuppelei sowohl in LO/T 1573 (VII/Tit. XIII) wie in PO/T 1573 (erwähnt in „Von Uneelicher und leichtvörtiger beywonung..."); Fürkauf sowohl in LGO/UE 1675 (I/Art. 8f) sowie in diversen Verordnungen.

Schließlich wird auf andere Landesgesetze dadurch Bedacht genommen, dass das Verhältnis zueinander festgelegt wird. So enthält die GO/Stmk 1618 (Art. 74) den allgemeinen Hinweis, es solle "bleiben und gehalten werden, wie es von alters herkommen ist, auch nach Inhalt und vermög des Landts Freyheiten, Handvesten und Golden Bullen", soferne ihre Artikel bisheriges Recht nicht berühren. Die LGO/Stmk 1574 nimmt auf Spezialgesetze Bedacht: Da es eine eigene Bergrechtsordnung gibt, sind alle Fälle, die direkt das Bergrecht anlangen, nach dieser Bergrechtsordnung zu beurteilen und nicht nach der Landgerichtsordnung, es handle sich denn um Sachen, die sich zwar "im Bergrecht zugetragen haben, aber die Malefizordnung selbst betreffen" (III / Art. 20).

⁵⁷ LRO/UE 1557, 278.

⁵⁸ Brauner, Policeygesetzgebung, FN 18.

⁵⁹ J. Vollmayer, Versuch einer Geschichte der österreichischen Strafgesetzgebung, Wien 1804, 49.

2.3.3.4 Ergebnisse

Theoretische Erörterungen und legistische Behandlung verweisen auf ein Denken in einer Gesamtrechtsordnung. Verweisungen zeigen, dass die legistische Praxis das Denken in der Gesamtrechtsordnung auch technisch umzusetzen bemüht ist. Die einzelnen Gesetzgebungsakte sollen auf diese Weise verschränkt, zueinander in Beziehung gesetzt werden.

Trotz der Fülle an unterschiedlichen Gesetzen sowie einer zum Teil notwendigen Mandatsflut im Polizeirecht ist nicht nur der Theorie, sondern auch der praktischen Legistik der frühen Neuzeit das Denken in umfassenden Ordnungen, die zusammen die Gesamtrechtsordnung im Land bilden, nahezu stets gegenwärtig. Im Großen liegen auch die Abgrenzungskriterien der einzelnen Ordnungen fest, im Detail sind sie freilich fließend und insgesamt der Gesetzgeber auf der Suche nach einer praktikablen Abgrenzung der einzelnen Rechtsgebiete, dies übrigens unabhängig von der gemeinrechtlichen Tradition. Ziel der Gesetzgebung ist es jedenfalls, die Gesamtrechtsordnung legistisch in den Griff zu bekommen, freilich gegliedert nach Einzelordnungen, wobei aber das Fernziel der Zusammenfügung in einer Landesordnung oftmals deutlich wahrnehmbar ist.

Das gesteckte Ziel wird freilich nicht erreicht, der Bedarf nach Regelungen ist rascher als die umfassend-vereinheitlichende Legistik. Und so lautet denn der Befund von Filangeri: "Kaum offenbart sich eine Unordnung bey einem Volke, so wird ein neues Gesetz gemacht. Es hat blos einen besondern Fall zum Gegenstande, der leicht unter dem vorigen Gesetze mit zwey oder drey Worten mehr oder weniger hätte begriffen werden können. Aber es ist nun einmal das Schicksal der Gesetzgebungen, immer vor sich zu gehen, ohne einen Blick rückwärts zu thun⁶⁰." Filangeri steht aber so wie die zahlreichen Einzelgesetze auch des 16. Jahrhunderts nur für eine Tendenz. Die andere, die zur umfassenden Landesordnung, manifestierte sich just in dem Jahr, als diese deutsche Fassung Filangeris erschien: 1794 trat das umfassende „Allgemeine Landrecht“ Preußens (ALR) in Kraft, aber als neuer Typ eines Gesetzbuchs, dem der Kodifikation.

2.4 Kodifikationen

2.4.1 Allgemeines

Die absolutistischen Staatsreformen des 18. Jahrhunderts in Verbindung mit dem Gedankengut von Aufklärung und Naturrecht modifizierten die Idee des umfassenden Gesetzbuches mit neuen Akzenten: Anders als das „Landrecht“ mit seinem traditionellen Inhalt sollte das „Gesetzbuch“ eine neue, logische Konstruktion darstellen. Der autoritativen Geltungsgrundlage und

⁶⁰ Zitiert nach C. Filangieri, *System der Gesetzgebung I* (aus dem Italienischen), Frankfurt und Leipzig 1794, 166.

Inhaltsbestimmung korrespondierte ein weiteres Merkmal: Nur das so Festgeschriebene sollte Geltungskraft haben, also keine andere Rechtsquelle – gefordert wurde ein neuer Typ von Gesetzbuch: die Kodifikation. Sie hatte nicht nur umfassend und systematisch ein gesamtes Rechtsgebiet wie etwa das Privatrecht zu regeln, sondern zufolge ihres Ausschließlichkeitsanspruchs mit Ausschlußwirkung. Diese spezifische Bedeutung schlug sich nun meist in der Verwendung des Wortes „Gesetzbuch“ nieder⁶¹: So trug der Entwurf zur preußischen Kodifikation die Bezeichnung „Allgemeines Gesetzbuch für die preußischen Staaten“, um den neuartigen Charakter plakativ zu machen; um diesen aber dann doch zu verschleiern, wählte man das konservative Etikett „Landrecht“. Hingegen ist der „Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis“ als alter Typ eines bloß geordneten und in Buchform gebrachten traditionellen Landrechts ohne Ausschlußwirkung zutreffend als „Churbayerisches Landrecht“ bezeichnet: Es beläßt weiterhin ausdrücklich in Geltung „die wohl hergebrachten besondern Freiheiten, sodann ... jedes Orts löbliche Gewohnheiten, Satzungen und Ordnungen, hiernächst ... die General-Land-Statuten und endlich ... das gemeine Recht“. Hier liegt eben kein „Gesetzbuch“ als Kodifikation vor, sondern bloß eine Kompilation des „Landrechts“.

In dieser noch zwischen Landrechtskompilation und kodifikatorischem „Gesetzbuch“ schwankenden Zeit beginnt die Entstehung des ABGB. Alle seine Vorstufen und schließlich dieses selbst verstehen sich in ihrem Titel als „Gesetzbuch“ wie übrigens auch die Kodifikationen des Strafrechts.

2.4.2 Zivilrechtskodifikation als „Verfassung“

2.4.2.1 „Verfassung“

Zivilrechtskodifikationen um 1800 wurden u. a. als „Verfassung“ verstanden. Wie kann, nach heutigem Verständnis, eine Zivilrechtskodifikation wie das ABGB eine Verfassung darstellen, die doch zum Bereich des Öffentlichen Rechts zählt, ja an dessen Spitze bzw. an der Spitze der Rechtsordnung überhaupt steht? Die Rechtfertigung liegt in der zeitgenössischen Sprache insbesondere der damaligen Rechtsquellen, wobei im Folgenden das ABGB als Beispiel dient⁶².

⁶¹ Vgl zu den folgenden Gesetzbüchern *Schlosser, Privatrechtsgeschichte*, 112 ff., 117 ff., 135 ff. Nur eine Episode bleibt der Umstand, daß eine bloße Sammlung unterschiedlichster Gesetze mit dem Ausdruck „Gesetzbuch“ versehen wurde, etwa das „Theresianische Gesetzbuch“: Theresianisches Gesetzbuch, enthaltend die Gesetze von den Jahren 1740–1780, 1789.

⁶² Zum Folgenden: W. Braunerder, *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – Eine europäische Privatrechtskodifikation I*, Wien 2013.

Besonders aufschlussreich ist das Kundmachungspatent des ABGB für das Fürstentum Liechtenstein⁶³. Es nennt dieses einen Teil der „Landesverfassung“, ein „Grundgesetz“, ein „Fundamentalgesetz“ zum Schutz der Privatrechte „des Untertans“. Dies ist keine singuläre Besonderheit. Beispielsweise galt auch in Rußland 1802 eine Privatrechtskodifikation als „Teil ... der Verfassung“⁶⁴. Schon zum Teil-ABGB 1786 fand man, dass es zwar dem Gemeinen Recht folge, doch wurden die „für unsere Staatsverfassung ganz unbrauchbaren Dinge weggelassen“⁶⁵. Da es sich um eine Privatrechtskodifikation handelt, muß unter „Staatsverfassung“ Privatrecht bzw. auch Privatrecht gemeint sein. Ebenso bezeichnete Zeiller das Galizische Bürgerliche Gesetzbuch als „geordnete Verfassung“ für Galizien⁶⁶.

Zum künftigen ABGB sprachen bereits die Kompilationsgrundsätze von 1753 von der „Verfassung“ des Landes, der „Landesverfassung“ (Punkt XVII)⁶⁷. Nach dem Codex Theresianus bestimmten sich die Grunduntertänigkeit, die Stellung des Adels („Landleute“), der „Bürger“ und „anderer Landeseinwohner“ nach den „Länderverfassungen“ (I/2 §§ 1,3). Schließlich verweist das ABGB selbst, wie schon seine Vorläufer, etwa das Teil-ABGB 1786 (II § 4), bezüglich detaillierterer Regelungen auf die jeweilige „Landesverfassung“ (§ 1142), die „Verfassung jeder Provinz“ (§ 1146). Es waren dies also feststehende termini technici.

Mit diesen Ausdrücken wollten die Zeitgenossen begrifflicherweise etwas Spezifisches ausdrücken, etwa den Charakter des ABGB knapp beschreiben.

2.4.2.2 Zur Bedeutung von „Verfassung“, „Grundgesetz“, „Fundamentalgesetz“

Was das Wort „Verfassung“ anlangt, so besaß es im 18. Jahrhundert, also zur Entstehungszeit der Vorstufen zum ABGB, eine spezifische Bedeutung⁶⁸. Befand sich beispielsweise eine Gesellschaft „in guter Verfassung“, so bedeutete dies nach Goethe, sie befinde sich in einem wohlgeordneten Zustand. Wenn Schiller davon sprach, es sei etwas „in Verfassung zu setzen“, so meinte er damit die

⁶³ Fürstliche Verordnung vom 18. Februar 1812, betreffend die Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches und der allgemeinen Gerichtsordnung, in: Amtliches Sammelwerk der Liechtensteinischen Rechtsvorschriften seit 1863 (Loseblattsammlung, 1971).

⁶⁴ N. Reich, Kodifikation und Reform des Russischen Zivilrechts im neunzehnten Jahrhundert bis zum Erlaß des Svod Zakonov, in: *Ius Commune* III, 1970, 174, 172;

⁶⁵ F. A. Tiller, *Sistem der bürgerlichen Rechtslehre I*, Wien 1787, X. – Ähnlich zum ALR: H. Mohnhaupt, *Recht zwischen Generalisierung und Differenzierung: Das Beispiel des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten*, in: M. Ferronato, *Dal „de jure naturae et gentium“ di Samuel Pufendorf alla Codificazione Prussiana del 1794*, 2005, 205.

⁶⁶ J. Ofner, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches I*, 1889, 3.

⁶⁷ Brauneder, wie Fn. 62.

⁶⁸ Artikel „Verfassung“, in: F. Jaeger, *Enzyklopädie der Neuzeit* 14, Stuttgart/ Weimar 2011, 61 ff.

Herstellung eines guten Zustandes. Häufig wurde der Ausdruck auch in Bezug auf den Staat verwendet. Mit der „Verfassung“ eines Staates war daher dessen geordneter Zustand charakterisiert. Damit war die gesamte Rechtsordnung, nicht nur der öffentlichrechtliche Teil davon, gemeint. Das Werk von Franz Joseph Schopf „Die Verfassung des Landes Böhmen“ von 1847 enthielt daher neben der Beschreibung der Verfassungseinrichtungen im heutigen Sinn auch Ausführungen zum „Familienrecht“ und zum Sachenrecht. Eben dies meinten die erwähnten Verweisungen auf die „Verfassung“ eines Landes bzw. einer Provinz vom Codex Theresianus bis zum ABGB.

Allerdings wird offenkundig etwas Spezifisches mitgedacht. Die erwähnten Kompilationsgrundsätze 1753 (oben 2.4.2.1) stellen neben „alle Gesetze und Gewohnheiten“ eigens „die Verfassung eines jeglichen Landes“ (Punkt XVII). So erscheint die „Verfassung“ eines Landes als besonderer Teil von dessen Rechtsordnung. Dies bestätigt die Weisung an die Gesetzesverfasser (Punkt XVI), dass „Gesetze und Gewohnheiten“, die „tief in die Länderverfassung einschlagen“, im Zuge der Kodifikationsarbeiten zu belassen und nicht wie die anderen, von Land zu Land „unterschiedenen Ländergesetze“ anzugleichen sind. Die „Verfassung“, z. B. die eines Landes, galt somit als der nicht abänderbare Teil der Rechtsordnung. Wohl in diesem Sinn unterschied die Justizgesetzsammlung in „Gesetze und Verfassungen“: Da sie das „Justizfach“ betraf, kann „Verfassung“ nur auf dieses bezogen werden, zumal es eine eigene „Politische Gesetzsammlung“ gab. In jener wurde z. B. das ABGB publiziert: eben als derartige „Verfassung“. Den nicht abänderbaren Teil der Rechtsordnung drückten auch, von einem anderen Gesichtspunkt betrachtet, die Termini „Grundgesetz“, „Fundamentalgesetz“ aus: Gemeint war also mit diesen Ausdrücken insgesamt, das ABGB bilde einen grundlegenden, fundamentalen und beständigen Teil der Rechtsordnung.

Besteht, so die nächste Frage, irgendein Zusammenhang mit den Ausdrücken Verfassung, Grundgesetz oder Fundamentalgesetz in der späteren bzw. heutigen Bedeutung?

Gegen Ende des 18. Jahrhunderts entstand zufolge der revolutionären Situationen sowohl in den USA wie in Frankreich das Bedürfnis, für das gesamte rechtliche Verfaßtsein der Gemeinwesen Grundzüge im revolutionären Sinne festzulegen. Dies geschah in eigenen Gesetzen, welche die Basis der neuen Ordnung festhielten, diese konstituierten. Sie trugen demnach sowohl in englischer wie französischer Sprache die Bezeichnung „constitution“. Da sie nur die Basis festlegten, umfaßte diese Bezeichnung nicht die gesamte Rechtsordnung. Als deutschen Ausdruck dafür wählte man das

Wort „Verfassung“. Deutlich wird dies wohl zum ersten Mal in der Verfassung der Helvetischen Republik von 1798. Ihr doppelsprachiges Grundgesetz vom 12. April 1798⁶⁹ ist einerseits mit „Constitution“, andererseits mit „Verfassung“ bezeichnet. Diesem Sprachgebrauch folgten die „Verfassungen“ deutscher Staaten bereits ab der Rheinbundzeit⁷⁰.

Aus dem bislang umfassenden Verfassungs-Begriff im Sinne der Gesamtrechtsordnung hob sich mit dem neuen Sprachgebrauch ein spezieller Teil heraus bzw. stand nun an der Spitze. In den Worten von Sonnenfels⁷¹ enthielt eine „Constitution“ jene Normen, die als „Richtschnur und Vorschrift“ den „davon abgeleiteten Gesetzen selbst“ dienen - von diesen aber „sorgfältig“ zu unterscheiden waren. Sonnenfels verstand dies freilich als Kritik: Die Regeln der „Constitution“ sollten sich nur an den Gesetzgeber wenden, nicht allgemein bekannt gemacht werden, denn sie könnten von den „Befolgenden“ der „abgeleiteten Gesetzen“ missverstanden werden, wie dies eben die Französische Revolution zeige.

Noch deutlicher beschreiben das Grundlegende, das Basisartige der Verfassung im neuen Sinn die Ausdrücke „Grundgesetz“ und „Fundamentalgesetz“. Sie treten als Synonyme zur Bezeichnung „Verfassung“ etwa bei Rotteck – Welcker auf⁷².

2.4.2.3 Die Legistik

Bevor wir zur Charakterisierung des ABGB mit den Ausdrücken Verfassung, Grundgesetz und Fundamentalgesetz zurückkehren, ist ein Blick auf die zeitgenössische Legistik notwendig⁷³. Sie beherrschte der Unterschied in Justizgesetze einerseits und Politische Gesetze andererseits. Erstere galten für kodifikationsfähig. Dies auch deshalb, weil es hier möglich war, eine „Kette rechtlicher Wahrheiten“ festzulegen und dies „für die Dauer von Menschenaltern“, somit „ewig“ geltend. Die „politischen“ Gesetze hingegen erfaßten wandelbare Materien, abhängig von Zeit und Ort, und dies naturgemäß in Einzelgesetzen, nicht in Kodifikationen.

Mit den Kodifikationen als „ewig“ geltend verband sich wesentlich eine Bestandsgarantie. Durch sie werde, so Sonnenfels⁷⁴, eine „Verfassung befestigt“, die „Staat und Gesellschaft selbst gegen jeden

⁶⁹ A. Kölz, Quellenbuch zur Neueren Schweizerischen Verfassungsgeschichte I, Bern 1992, 126.

⁷⁰ H. Brandt – E. Grothe, Rheinbündischer Konstitutionalismus, in: Rechtshistorische Reihe 350, Frankfurt am Main 2007.

⁷¹ S. Adler, Gesetzgebung 128 ff.

⁷² K. v. Rotteck – K. Welcker, Staatslexikon, 3. Auflage Leipzig 1859, 101.

⁷³ Zum Folgenden W. Brauner, Die naturrechtlichen Kodifikationen der Habsburgermonarchie als Modernisierungsprozess, in: Revista Chilena de Historia del Derecho, XXII/2, Santiago 2010, 1177 ff.

⁷⁴ Adler, Gesetzgebung, 128 f.

Wunsch der Neuerung sichert.“ Ohne diese Grundhaltung wäre auch die bekannte Einleitung zum Teil-ABGB 1786 nicht verständlich: „Jeder Untertan erwartet sich vom Landesfürsten Sicherheit und Schutz.“ Dazu zählen nicht nur inhaltliche Festlegungen, sondern auch deren Bestandsgarantie, also ihre Unabänderbarkeit. Dies wieder steht im Einklang mit der Gesetzgebungslehre der damaligen Zeit. Sie stand Novellierungen negativ gegenüber. Vor allem im monarchischen Staat bedeutete eine Novellierung Kritik am bisherigen – monarchischen – Gesetzgeber, was dem System zum Schaden gereicht hätte. Demzufolge nahm das ABGB im Unterschied zu seinem Vorläufer, dem Galizischen Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 21), keine Regelung über eine Novellierung auf. Als das ABGB in Liechtenstein eingeführt wurde, behielt sich der Landesfürst ausdrücklich vor⁷⁵, fallweise „Modifikationen“ anzubringen: Dies war eben einerseits durchaus nicht selbstverständlich, erklärte sich aber andererseits durch die Übernahme eines ausländischen Gesetzbuches, nämlich des österreichischen ABGB.

Zum ABGB ergingen in den folgenden Jahren sogenannte Durchführungsverordnungen⁷⁶ – fünfundzwanzig Jahre nach seinem Inkrafttreten, 1837, waren dies bereits knapp über eintausend Bestimmungen. Vierhundert davon gingen auf Verweisungen im ABGB zurück. Diesen zufolge war das ABGB nach seinem Selbstverständnis auf Ergänzungen angelegt. Dies ergibt sich aus folgender Überlegung Zeillers⁷⁷: Das Privatrecht „beschränkt sich auf diejenigen Rechte ..., welche ... allen selbständigen Einwohnern auf gleiche Weise zustehen können und sollen“, denn die „Gerechtigkeit kennt keinen Unterschied der Geburt, der Religion, des Alters, Ranges oder Standes“; jedoch: „Für die politische Gesetzgebung ist dieser Unterschied allerdings wichtig“, aber „muß in Einklange mit der bürgerlichen den Grundsatz der gleichen Gerechtigkeit stets vor Augen haben“. Das ABGB war damit Grund-, Fundamental- und in diesem Sinne Verfassungs-Gesetz, auf dem andere Gesetze – die erwähnten Durchführungsverordnungen - aufbauen konnten bzw. unter Umständen sogar mussten. Drei Beispiele sollen dies erläutern⁷⁸. Als das ABGB 1811 fertiggestellt war, hatte die Inflation der Währung ihren Höhepunkt erreicht. Dies führte dazu, die Bestimmungen über das Darlehen nicht zu sanktionieren, weil sie der Inflation wegen als nicht zeitgemäß erschienen. Dagegen allerdings stand die Meinung unter anderem von Zeiller: Das ABGB enthalte sozusagen die ewige Wahrheit, dass ein Darlehen zurückzuzahlen sei, die Art und Weise aber könne eine Durchführungsverordnung bestimmen. Dies geschah tatsächlich durch das Finanzpatent 1811,

⁷⁵ Adler, Gesetzgebung, 127.

⁷⁶ W. Brauneder, Österreichs ABGB – Vom Zentrum an den Rand der Privatrechtsordnung?, in: C. Peterson (Red.), Die Kodifikation und die Juristen, Stockholm 2008, 81 ff.

⁷⁷ F. v. Zeiller, Commentar I, Wien 1811, S. 12 samt Fn. *.

⁷⁸ Brauneder, wie Fn. 76, 81 ff.

welches in tabellarischer Form festlegte, in welcher Höhe ein vor oder während der Inflation aufgenommenes Darlehen in dieser zurückzahlen sei. Ein zweites Beispiel geben die Regelungen über den Familienfideikomiss ab. Das ABGB enthält keine Einschränkungen etwa auf den Adel und erweckt so den Eindruck, als könne er auch außerhalb desselben vereinbart werden. Ein Patent über die Vorrechte des Adels 1838 erklärte sodann den Familienfideikomiss als adeliges Rechtsinstitut. Das dritte Beispiel bildet die Erbfolge im Bauernstand. Das ABGB enthält diesbezüglich eine Verweisung (§ 818) auf „besondere Gesetze“. Diese existierten bereits mit der Folge, dass sich das bäuerliche vom allgemeinen Erbrecht unterschied und überdies in manchen Ländern voneinander abwich. Vor allem fällt dies im Bezug auf Lombardo-Venetien auf. Hier gab es keine diesbezüglichen Sonderregelungen, so dass sich hier die bäuerliche Erbfolge nach den allgemeinen Erbrechtsregelungen des ABGB richtete.

Die Durchführungsverordnungen zum ABGB, vor allem dieses selbst durch Verweisungen auf derartige Ergänzungen, zeigen deutlich, dass das ABGB durch Verweisungen in manchen Materien, aber auch ohne diese als ein Grund-Gesetz angesehen wurde, welches näher zu präzisieren war bzw. präzisiert werden konnte. Dies erinnert an die Legistik etwa der zeitgleichen bayerischen Verfassung 1808, welche durch sogenannte „organische Edikte“ näher auszuführen war. Insofern kam auch ihr der Charakter eines Grundgesetzes zu. Wie auch das ABGB enthielt es grundsätzliche Regelungen versehen mit einer Bestandsgarantie, auf denen Durchführungsbestimmungen aufbauen sollten bzw. konnten.

2.4.2.4 Der naturrechtliche Ausgangspunkt

Die legistische Technik des ABGB wurzelt in einer spezifischen naturrechtlichen Sicht: Nur „ewige Wahrheiten“ sollten kodifiziert werden, das örtlich und zeitlich Gebundene aber nicht. So konnte im Ehegüterrecht das Dotalsystem mit Heiratsgut/dos und Widerlage/donatio propter nuptias zur Gänze geregelt werden: für immer und überall. Aus gleichem Grund erfassen die entsprechenden Bestimmungen etwa die Institute Kauf, Darlehen und Eigentum zwar an sich vollständig, verlangen aber unter Umständen Ergänzungen und Modifikationen. Nur zum Teil aufgenommen wurden die Formen des Dienstvertrags, denn der durch Verweisung ausdrücklich als dritte Form desselben genannte Gesindedienstvertrag blieb den Politischen Gesetzen vorbehalten. Nur dürftige Grundzüge legt das ABGB für die eheliche Gütergemeinschaft fest: lediglich vier Paragraphen neben sechzehn für das Heiratsabgabensystem. Hier blieben die Details der unterschiedlichen Vertragspraxis überlassen. So entspricht die zeitgenössische Charakteristik des ABGB mit

„Verfassung“ im alten Sinn, mit „Grundgesetz“ und „Fundamentalgesetz“ vollauf der Kodifikationsvorstellung des Naturrechts.

2.4.2.5 Ausblick

Der Verfassungs- als Grundgesetzcharakter des ABGB änderte sich gegen die Mitte des 19. Jahrhunderts. Als 1847 ein Buch in seinem Titel für Österreich die „Verfassungsfrage“ erhob, stellte es noch allgemein fest, es biete das ABGB einen „befriedigenden Rechtsschutz“⁷⁹. Im Jahre 1848 und abermals 1849 erhielt Österreich Verfassungen im konstitutionellen Sinn wie zahlreiche Staaten des Deutschen Bundes schon zuvor. Das ABGB wurde damit zum, modern gesprochen, einfachen Gesetz „unterhalb“ der Verfassungsebene. Die Verfassung 1849 habe daher, so schon die Zeitgenossen, Bestimmungen des ABGB derogiert⁸⁰. Mit dem Entschwinden der Idee des Grundgesetzcharakters hob eine Kritik am ABGB an, die dessen begriffliche Verfeinerung gemäß der zeitgenössischen Privatrechtswissenschaft forderte, die sogenannte „Pandektisierung“. Nicht Durchführungsverordnungen sollten grundgesetzliche Regelungen des ABGB näher ausführen, sondern dieses selbst entsprechende Bestimmungen enthalten. Schließlich begann in Abkehr von der Idee der Bestandsgarantie, freilich zögerlich, die Idee von Novellierungen Platz zu ergreifen. So entstand angesichts der Pandektenwissenschaft sogar der Gedanke, das ABGB im Wege einer Totalrevision durch ein neues Zivilgesetzbuch zu ersetzen; 1856 trat an die Stelle der Eherechtsbestimmungen des ABGB für Katholiken ein eigenes Ehegesetz; der Ersatz des ABGB-Schuldrechts durch ein Obligationenrechtsgesetz des Deutschen Bundes verhinderte nur dessen Auflösung 1866. Das ABGB war am Wege, eine „normale“ Zivilrechtskodifikation wie später etwa BGB und ZGB zu werden. Im Jahre 1852, also nach Aufhebung der Verfassung 1849, erklärte rückblickend Justizminister Karl von Krauß, es habe das ABGB „durch vierzig Jahre als eine feste Schutzwehr gegen Willkür und Unrecht“ gedient.⁸¹ Insofern war es tatsächlich eine Verfassung, ein Grundgesetz der Zivilgesellschaft gewesen.

⁷⁹ Anonym (M. Koch), Oesterreichs innere Politik mit Beziehung auf die Verfassungsfrage, 1847, 217.

⁸⁰ W. Brauneder, wie Fn. 62, 349 ff.

⁸¹ F. Walter, Diskussion über das ABGB, in: ders., Die Österreichische Zentralverwaltung III/3, 1970, 52.

3. Adressaten der Schrift-Rechtsordnung

Wolkensteins eingangs zitierte Gedichte „Ein Bauer“ sowie „Und ist den Teufeln großer Fluch“ beschreiben den historisch fundamentalen Unterschied zu heute.⁸² Weite Bevölkerungsschichten hatten keinen Zugang zur Schriftlichkeit, denn sie waren Analphabeten.

Zur Zeit des Entstehens des ABGB fallen zwei unumstößliche Tatsachen als Abweichungen von heute ins Auge: Erstens gab es keine offiziellen Gesetzblätter; zweitens gab es in manchen Teilen des damaligen Geltungsgebietes bis zu 45% Analphabeten⁸³. Zeiller war beispielsweise sehr wohl bewusst⁸⁴, wie groß die einzelnen Bildungsstufen voneinander differierten. So unterschied er den „minder gebildeten“ Bürger von jenem „von schlichtem Verstande“, weiters den „gebildeten Bürger“ und sogar den „gebildeteren Bürger“, bei dem man bereits „Elementarbegriffe vom Rechte voraussetzen“ könne⁸⁵. Diesen so unterschiedlichen Bildungsstufen entsprach es, dass man wie selbstverständlich von einer Pflicht der Obrigkeiten ausging, ein Gesetz „gehörig“ kundzumachen, das heißt den Normadressaten in unterschiedlicher Weise näherzubringen. Dafür gab es mehrere Mittel, in erster Linie natürlich den Gesetzestext selbst. Er sollte zumindest dem „gebildeten Bürger“ „durch öffentliche Blätter“ und natürlich als Buch gleich einem Konversationslexikon zugänglich⁸⁶ sein. Für die „unteren Volks-Classen“ aber waren nach Zeiller⁸⁷ „andere Mittel“ einzusetzen wie die „zweckmäßige Anleitung in den Volksschulen“, „mündlich in den Gemeindeversammlungen“, „populäre Rechtskatechismen“ und selbst die „Belehrung von der Kanzel“, also auch mündlich,⁸⁸ gerade für Analphabeten. Tatsächlich bemühte man sich sehr wohl um die leicht fassbare Formulierung von Gesetzen⁸⁹. Dem nahm sich eine eigene Wissenschaftssparte an, nämlich die Gesetzgebungslehre und so gab es dafür auch eigene Lehrkanzeln und Fachleute der Behörden zur Formulierung selbst von Verordnungen.

Dieses Umfeld schlägt sich deutlich in den Vorstufen des ABGB nieder. Unser Augenmerk gilt zweierlei: der Art der Kundmachung und der Verpflichtung zur Rechtskenntnis. Der Entwurf zu einem Codex Theresianus (CThE)⁹⁰ sprach von „der öffentlichen Kundmachung in der Hauptstadt eines jedweden Landes“(I/1/26). Mit ihr war allerdings und begreiflicherweise nicht die Verpflichtung zur Rechtskenntnis verknüpft: Wie sollte man das Gesetz außerhalb der Hauptstadt sogleich

⁸² S. o. l.

⁸³ Brauneder, Neuständische Kodifikation, 75.

⁸⁴ Brauneder, Gesetzeskenntnis und Gesetzessprache in Deutschland von 1750 bis 1850 am Beispiel der Habsburgermonarchie, in: Studien I, 1994, 523.

⁸⁵ Brauneder, Neuständische Kodifikation, 75 f.

⁸⁶ Brauneder, Neuständische Kodifikation, 78.

⁸⁷ Zeiller, Commentar I, 34 ff.

⁸⁸ Brauneder, Neuständische Kodifikation, 78.

⁸⁹ W. Brauneder, Das allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811, in: Gutenberg-Jahrbuch 1987, 239 f.

⁹⁰ P. Harras v. Harrasovsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen I, 1883, 16, FN 4.

kennen? Der Rechtskenntnis diene die anschließende Legistvakanz von in der Regel zwei Monaten, denn erst nach „Verlauf sothaner bestimmten Zeit“ solle sich niemand mit der Unwissenheit der Gesetze entschuldigen können (I/1/27): Was in dieser Zeit zu geschehen habe, setze der CThE nicht fest, doch zeigen die vorausgegangenen Erörterungen, dass die Legistvakanz der „Kundmachung im ganzen Lande“ dienen sollte, wobei man sich auf ihre Art nicht festlegte, denn sie gehöre „ad materiam publicam“– jedenfalls dachte man damit an verschiedene Arten⁹¹! Was diese sozusagen materielle Kundmachung, nämlich das Kundtun anlangt, so ging die Kompilationskommission beispielsweise von folgendem Vorgang aus: Selbst in „weitläufigen Herrschaften“ erfolgt „die Kundmachung der Gesetze nur an Einem Orte“, dazu wurden die Herrschaftsbeamten („Richter“) zusammengerufen und ihnen das neue Gesetz bekanntgemacht, sodann kehren diese in ihre Gemeinden zurück, und nun mußte diesen „zusammenberufenen Richtern Zeit gelassen werden“, denn sie haben „ein solches Gesetz ihren Gemeinden weiter kundzumachen“.⁹² Die Kundmachung ist also ein mehrstufiger Vorgang mit dem Ziel, den Gesetzesinhalt an die Normadressaten heranzubringen, und zwar in angemessener Art und daher in unterschiedlicher Weise. Daher, aber ohne die dem öffentlichen Bereich zuzuzählenden Kundmachungsarten festzulegen, setzte der von Horten überarbeitete CThE (Entwurf Horten: EHort) fest: Gesetze seien „durch die gewöhnlichen Wege kund (zu) machen“, und zwar müsse dies „in jedem Lande solchergestalten geschehen, damit das Gesetz schleunigst zu Jedermanns Wissenschaft gelange“, wobei jedes Gesetz beim Fehlen einer entsprechenden Bestimmung „vom Tage der gehörigen Kundmachung unnachsichtlich verbinden“ solle (I/1§3). Mit „Kundmachung“ war hier, im Gegensatz zum CThE, nicht ein bloßer Formalakt gemeint, sondern das konkrete Kundtun des Gesetzes an die Normadressaten; daher bedurfte es prinzipiell keiner Legistvakanz mehr, während der dieses materielle Kundtun zu erfolgen hatte: „Kundmachung“ bedeutete nun das Ende, nicht den Anfang des Kundtun-Vorganges! Somit war einerseits der Begriff der „gehörigen Kundmachung“ eingeführt, andererseits diese so verstanden, dass sie auf unterschiedliche, zweckgerichtete Weise zu erfolgen habe, damit jedermann so rasch wie möglich die Gesetze kennen könne.

Das Teil-ABGB 1786 (§§ 2f.) übernahm in modernisierter Sprache diese Regelungen des EHort. Der Freiburger Ausgabe des Teil-ABGB 1786 erschien zufolge der ihr beigeetzten Marginalrubriken zweierlei für wichtig. Der Kundmachungsvorschrift (§ 2) setzte sie bei: „Gesetze sollen schleunigst zu jedermanns Wissenschaft gelangen“; zu § 3 unter anderem: „Die Gesetze verpflichten von dem Zeitpunkt der geschehenen Kundmachung“. Im Zentrum dieser Randbemerkungen steht also die

⁹¹ Ebda, 38, Fn. 7.

⁹² Ebda IV., Wien 1886, 38 f.

faktische, nicht die formelle Kundmachung, und zwar mit dem Zweck, dass sie die Gesetze jedermann rasch zur Kenntnis bringe⁹³. Der Entwurf Martini definiert sodann weiterhin „die gehörige Kundmachung“ (§ 10) als eine solche auf „die gehörige Art“, definiert diese aber auch als den „in einem jeden Lande eingeführten Brauche“ (§ 11), und setzt noch hinzu, die „Kundmachung veranstaltet der Gesetzgeber“ (§ 10). Mit dem Galizischen Bürgerlichen Gesetzbuch erhielten diese Bestimmungen Gesetzeskraft (I §§ 10f.) und lagen überdies im gleichlautenden Urentwurf zum ABGB dessen weiteren Beratungen zugrunde. Zu diesen machte die Universität Prag den Vorschlag, die Art der Kundmachung doch näher dahin zu definieren, dass sie „durch den Druck, dann auf dem Lande durch Anschlag und Ablesung, in den größeren Städten aber durch Anschlagung und Einverleibung in die Zeitungsblätter geschehen soll“; ein anderer Vorschlag lautete, statt „veranstaltet der Gesetzgeber“ solle gesagt werden „bestimmt der Gesetzgeber“. Das hätte diesen der Pflicht zur eigenen Kundmachung enthoben, aber wohl dargelegt, dass ihm die Bestimmung der Art der Kundmachung obliege, diese also unterschiedlich etwa im Sinne der Prager Universität erfolge. Auch Referent Zeiller war sich wohl bewusst, dass mehrere Arten der Kundmachung in Frage kämen, doch sollten diese wie auch der Hinweis auf den Gesetzgeber in einem Zivilgesetzbuch als eine „politische, auf alle Arten der Gesetze sich beziehende“ Angelegenheit unterbleiben. Auch war sich die Kommission der Frage „über die Art der Kundmachung“ bewusst, deren es ihrer Auffassung nach also mehrere gab⁹⁴. Übrig blieb freilich der lapidare Satz des späteren § 2 ABGB. Aber seine „gehörige Kundmachung“ umschloß für den Zeitgenossen die Selbstverständlichkeit mehrere Möglichkeiten derselben mit dem Zweck das Gesetz den Normadressaten in unterschiedlicher, ihnen angepasster Weise zur Kenntnis zu bringen. Was nun die Verpflichtung zur Rechtskenntnis anlangt, so enthielt der CThE eine dem „§ 2 ABGB entsprechende Bestimmung (I/1/27), setzte aber auch eine Ausnahme fest (I/1/ 28). Sie kam einem bestimmten Personenkreis zu –„besonders“ (also nicht ausschließlich) jenen „Personen, die von Unseren Gesetzen begünstigt werden“–, in einem bestimmten Fall, nämlich eines Vermögensverlustes der zur Bereicherung eines anderen führt, und bei „Umständen“, die „Entschuldigung und Nachsicht“ verdienen, zugute: Dann sollte auf „Ansuchen die außerordentliche Rechtshilfe“ einer restitutio in integrum stattfinden. Dieser Formulierung waren in der Revisionskommission Diskussionen vorausgegangen, wo beispielsweise erwähnt wurde, man habe hinsichtlich der Rechtskenntnis „den Unmündigen, Soldaten, Frauen, Bauern und anderen

⁹³ Brauneder, wie Fn. 84, 525.

⁹⁴ J. Ofner, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, I, 1888, 16.

Rechtsunkundigen eine besondere Hilfe zu gewähren⁹⁵. Allerdings macht die beschriebene Vorsorge für ein tatsächliches Kundtun für die Kompilationskommission die Ausnahme des CThe von der Kenntnisverpflichtung entbehrlich. Dennoch wurde sie von Horten beibehalten und sogar weiter gefasst, denn es gab nun keine personelle Einschränkung mehr und auch das Erfordernis der Bereicherung fiel weg, übrig blieben die „vorwaltenden besonderen Umstände“ (I/1§4). Die Gesetzgebungskommission empfahl weiterhin die Streichung dieser Ausnahmebestimmung, einzig Horten, ihr Verfasser, trat dafür ein. Josef II. schloss sich seiner Minderheitenmeinung an⁹⁶. Ab dem Entwurf Martini allerdings gab es keine Ausnahmebestimmung mehr. Er hielt nun fest: „Jedes Mitglied des Staates ist verbunden sich die Gesetze bekannt zu machen“, und fügte auch die Begründung dafür an, nämlich die gehörige Kundmachung (§ 11): Die Verpflichtung stand daher unter der Bedingung der gehörigen Kundmachung, die aber wieder, nach dem oben Ausgeführten, eine Verpflichtung des Staates zur verschiedenartigen Heranbringung des Gesetzestextes an jedes „Mitglied des Staates“ war. Im Zuge der ABGB-Beratungen⁹⁷ kam es zu einer Straffung des Textes, dem die ausdrückliche Formulierung dieses Zusammenhangs zum Opfer fiel: „Jedermann ist verbunden, sich die ihn, seine Handlungen und Geschäfte betreffenden Gesetze bekannt zu machen ...“. Mit dieser Textierung war allerdings ein neuer Gedanke eingeführt worden, nämlich, dass man nur bestimmte Gesetze – „die ihn, seine Handlungen und Geschäfte betreffen“ – kennen müsse. Zeiller aber trat für eine zusätzliche Straffung ein, nämlich nach dem allgemeinen Grundsatz, „alle Motivierungen aus dem Gesetzbuche hinwegzulassen“: Übrig blieb § 2 ABGB: „Sobald ein Gesetz gehörig kundgemacht worden ist, kann sich niemand damit entschuldigen, dass ihm dasselbe nicht bekannt geworden sei“. Aus dem vorgeschlagenen Text wie aber auch aus Zeillers Begründung für die Streichung folgt freilich, dass man das Weggelassene, nämlich die eingeschränkte Kenntnispflicht, bloß als eine der wegzulassenden Motivierungen betrachtete, nicht aber eine inhaltliche Änderung vollziehen wollte! So war also bei § 2 ABGB noch eines mitgedacht: die eingeschränkte Verpflichtung zur Rechtskenntnis:

„Gehörige Kundmachung“ bedeutet, dass die Obrigkeiten je nach Bildungsstand der Bevölkerungsteile und, so wird man in Korrelation dazu sagen müssen, nach Schwierigkeit des Gesetzesinhaltes verpflichtet waren, für eine abgestufte Zurkenntnisbringung zu sorgen – es traf sie also eine Pflicht zur gehörigen, d.h. angemessenen und verschiedenartigen Kundmachung. Der Normadressat war dennoch nicht verbunden, die gesamte Rechtsordnung zu kennen. Daher konnte er sich einmal durchaus „damit entschuldigen“, dass ein Gesetz – für einen bestimmten

⁹⁵ Harrasovsky, Band I, 39 FN 8.

⁹⁶ Harrasovsky, Band IV, 16, FN 5.

⁹⁷ Ofner, Der Ur-Entwurf, I, 16.

Personenkreis – nicht gehörig kundgemacht sei, etwa durch bloße Drucklegung ohne Verlesen nicht auch für Analphabeten, aber auch, dass es ihn gar nicht betreffen konnte. Dem „minder gebildeten“ Bürger kam zustatten, dass er sich wohl mit einem zu kompliziert abgefassten Gesetz, das weiters nicht erläutert wurde, entschuldigen konnte.

Jene Schweizer Zivilgesetzbücher, die das ABGB kopierten⁹⁸, haben dessen § 2 in interessanter Weise modifiziert aufgenommen, indem sie die Art der Kundmachung festlegten. Am weitesten ging dabei die älteste Kodifikation aus diesem Kreis, das Berner Zivilgesetzbuch 1825. Erst einmal sollte das Erscheinen von Gesetzen „angezeigt“ werden, und zwar „vor oder nach dem öffentlichen Gottesdienst, und durch Anschlag an den dazu bestimmten Orten“, die Kundmachung selbst hatte „durch den Druck“ zu erfolgen und es mußten die Gesetze „zur Einsicht für die Gemeinbewohner den Ammännern und Friedensrichtern zugestellt werden“. Doppeltes wurde also von Kundmachungen verlangt: Die Information über die bloße Existenz eines neuen Gesetzes und die Vermittlung von dessen Inhalt durch einen Druck, der zur Einsichtnahme aufzulegen war. Das Zivilgesetzblatt für den Kanton Aargau 1826 sowie das für den Kanton Solothurn 1841 übernahmen diese Regelung wortwörtlich, allerdings ohne die Auflagepflicht zur Einsichtnahme. Abweichend von dieser Gruppe sprach das Bürgerliche Gesetzbuch für den Kanton Luzern 1831 nur von der „Kundmachung“ der Gesetze schlechthin, ordnete aber für sich selbst an, es solle „auf übliche Weise öffentlich kundgemacht, zu diesem Ende besonders gedruckt, den Behörden und Beamten mitgeteilt, so wie auch in der obrigkeitlichen Druckerei für einen...bestimmten Preis verkauft werden“. Luzern kannte also eine Kundmachung „auf übliche Weise“, in erster Linie („besonders“), aber nicht ausschließlich, durch Druck, den die Beamten beigelegt erhielten, der ansonsten aber zu kaufen war. Für die Kantone Aargau und Solothurn war also einzig die Kundmachung durch Drucklegung vorgeschrieben, während es im Kanton Bern auch noch die Möglichkeit der Einsichtnahme gab und im Kanton Luzern zumindest eine andere nicht bekannte „übliche Weise“. Damit entsprach man dem ABGB-Umfeld, das dieses aber, anders als seine Schweizer Nachkommen, im Gesetzestext verschwieg.

Hinsichtlich der Unentschuldbarkeit wiederholten die beiden Zivilgesetzbücher für die Kantone Luzern und Solothurn § 2 ABGB wortwörtlich, jene für die Kantone Bern und Aargau in anderen Worten: „Die Entschuldigung, dass jemand ein gehörig bekannt gemachtes Gesetz nicht gekannt habe, soll von keinem Gericht beachtet werden.“ Bedingung der Unentschuldbarkeit war jedenfalls

⁹⁸ L. Carlen, *Österreichische Einflüsse auf das Recht in der Schweiz*, 1977.

überall die gehörige Kundmachung, die eine – wie eben erläutert – vorausgegangene Bestimmung festlegte, was das Aargauer Zivilgesetzbuch durch einen Verweis darauf betonte.

Im Liechtensteiner Zivilgesetzbuchentwurf⁹⁹, einer Umarbeitung des ABGB -Urentwurfs, ist von der „Kundmachung“ lediglich die Rede im Zusammenhang mit dem Wirksamkeitsbeginn von Gesetzen, aber über deren Art nichts bestimmt, auch nicht über die Unkenntnis des Gesetzes (§ 5).

Zeiller war dies sehr wohl bewusst: „Die Kundmachung der Gesetze und die Beurteilung, wie die Gesetze nach ihren verschiedenen Arten, nach Beschaffenheit der Local-Verhältnisse und der übrigen Umstände bekannt gemacht werden sollen, damit sie am sichersten und schnellsten zur Kenntnis aller derjenigen gelangen, welche sie in ihren Verhältnissen zu wissen nötig haben, ist ein Geschäft der politischen Verwaltung“, so dass erst nach derartiger, passender Kundmachungsart der Satz gelte: „Sobald also das Gesetz gehörig kundgemacht worden ist, kann sich niemand mit der Rechtsunwissenheit entschuldigen“ – etwa Analphabeten dann nicht, wenn es ihnen von der Kanzel vorgelesen wurde. In seinem „Zweiten Kommentar“ hielt Zeiller sogar fest: Gesetze seien „verbindlich“ nur für jene, „denen Kenntnis und Befolgung derselben möglich ist“!¹⁰⁰

Die Sorge bzw. die Verpflichtung zu adäquater Vermittlung von Gesetzesinhalten ging sogar so weit, dass man glaubte, der Ansicht, man bedürfe künftig keines Rechtsbeistandes mehr, widersprechen zu müssen. „Ein Gespräch“ mit dem Titel „Der Schutzgeist und sein Freund“, erschien sogleich zwei Jahre nach Inkrafttreten des ABGB 1814, ist besonders diesem Problem gewidmet¹⁰¹. Hier schildert der „Freund“, ein „Rechtsfreund“, „ein Advokat“, es habe Kaiser Franz auf der Grundlage des Naturrechts ein „neues, vollständiges, vaterländisches Gesetzbuch“ erlassen, in dem in „einer reinen, bestimmten Sprache...die verschiedenen Rechtsverhältnisse erklärt, die Grundsätze aufgestellt, die nächsten Folgerungen daraus abgeleitet, und durch consequente Regel tausend und tausend Fälle mit einem entschieden“ werden. Daraufhin der „Schutzgeist“: „Aber, Freund! diese fortschritte in der Rechtswissenschaft, die Vollkommenheit der Gesetzgebung macht ja den Stand eines Rechtsfreundes noch entbehrlicher. Ich wiederhole es, wenn das Gesetz so kurz und deutlich, in der Muttersprache geschrieben, einem jeden verständlich ist, wozu ein Rechtsfreund, der erklären, auseinandersetzen soll, was Richter und Parthey ohne ihn verstehen und wissen?“ Der „Freund“ beruhigt: „Von diesem Zeitpunkt sind die Menschen noch noch weit entfernt“, es bedürfe noch immer des Studiums der Rechtswissenschaft, um das Gesetzbuch im

⁹⁹ E. Berger, Eine Zivilrechtsordnung für Liechtenstein, 1980.

¹⁰⁰ W. Brauner (Hrsg.), Abhandlung über die Principien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Hofrath von Zeiller (1816–1820), 2. Auflage, Innsbruck 2011, 31.

¹⁰¹ W. Brauner – E. Berger, Der Schutzgeist und sein Freund. Ein Gespräch, Innsbruck 2011, 9ff.

Detail wie in seinen Zusammenhängen zu verstehen. Auch habe der „größte Theil der Menschen“ mit „seinem eigenen Berufsgeschäft“ genug zu tun und so werde man sich eben weiterhin der Advokaten bedienen. Im weiteren Verlauf des Gesprächs zeigt sich der „Schutzgeist“ schließlich überzeugt, „dass selbst bey den unendlichen Fortschritten der Rechtswissenschaft der Stand eines Advokaten nützlich, nothwendig und eben so lange unentbehrlich ist, bis die Menschen dahin kommen, dass sie keiner Soldaten, keiner Richter, keiner Aerzte, bedürfen“! Im Wesentlichen findet sich genau derselbe Gedankengang auch bei Zeiller¹⁰²: Für die unteren Volksklassen müsste „vorzüglich durch Belehrung von redlichen Rechtsfreunden und Gerichtsvorstehern bey vorkommenden Fällen gesorgt werden“, aber auch der „gebildetere Bürger“, somit wohl auch der „gebildete Bürger“, bedürfe in „ungewöhnlicheren und verwickelteren Fällen ... der Rechtserfahrenen oder seiner Obrigkeit Rath“, den er sich ja auch „in außerordentlichen Gewissens- oder Krankheitsfällen bey den Gewissens- oder Krankheitsaerzten“ hole! An eine vollkommene Gesetzeskundigkeit von Jedermann war also nicht gedacht.

Die Pflicht zu entsprechender, differenzierender Kundmachung einerseits und zur verständlichen Gesetzessprache andererseits weicht um 1850 offenkundig einer neuen Sicht: Eine verpflichtende umfassende Schulbildung für jedermann sowie staatliche Gesetzespublikationen ab 1850 entheben den Staat weiterer Kundmachungsmaßnahmen, wozu möglicherweise auch der Differenzierungen ausschließende Gleichheitssatz beitrug.

Eher zaghaft und noch mit einer Begründung hält Stubenrauch die neue Sicht 1854 fest: Es müsse „jeder das Gesetz selbst kennenlernen ... oder durch Erkundung bei Sachverständigen in Erfahrung bringen“; Entschuldigungsgründe gäbe es keine, es wäre dies aber nicht „so hart“, da „die Gesetze ... in einer jedermann verständigen Sprache abgefasst sind, und auf solche Art kundgemacht werden, dass sich wohl jeder, dem daran gelegen ist, die Kenntnis desselben verschaffen kann“; in Einzelfällen wie bei „Krankheit, Abwesenheit, Anhaltung im Gefängnisse und dergleichen ... muss dies eben als Zufall angesehen werden, der denjenigen zu treffen hat, in dessen Person er sich ereignet“!¹⁰³ Zwei Jahre darauf, 1856, ist Josef Unger schonungsloser und unbedingter: Im § 2 ABGB sei „die Pflicht eines jeden“ enthalten, „die erkennbar gemachte Rechtsnorm wirklich zu erkennen, das heißt sich sowohl die Kenntnis des Rechtssatzes überhaupt als auch die richtige Kenntnis

¹⁰² Zeiller, *Commentar I*, 25, 36.

¹⁰³ M. Stubenrauch, *Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, 1. Aufl., 1854, 64 f.

desselben zu verschaffen ...“!¹⁰⁴ Noch kürzer hieß es dann 1904 bei Kirchstetter-Maitisch: „Unkenntnis des Gesetzes“ ist ein „Verschulden, das jedermann zu tragen hat“, denn § 2 ABGB enthalte die „Fiktion voller Gesetzeskenntnis“!¹⁰⁵ Eine populäre Staatsbürgerkunde hielt 1908 lapidar fest: „Gesetzesunkenntnis ist kein Entschuldigungsgrund.“¹⁰⁶

An dieser rigorosen Entwicklungslinie gab es freilich Kritik. Schiffner etwa hielt 1882 fest: „In der Regel“ sei die gehörige Kundmachung „für die allgemeine Erkennbarkeit genügend“, „individuelle Kenntnis oder Erkenntnis“ nicht erforderlich, denn der Wortlaut des § 2 ABGB wäre „zu eng gefasst“ und daher existierten denn auch Ausnahmen im ABGB selbst.¹⁰⁷ Eine besondere Kritik an der Kenntnisfiktion kam um 1900 von Anton Menger, der sie „die lächerlichste aller Fiktionen“ nannte und die daran geknüpften Rechtsfolgen „das offenbarste Unrecht, und zwar ein Unrecht, von welchem, wie wohl leicht zu erweisen ist, vorzüglich die unteren Volksklassen getroffen werden“.¹⁰⁸

Die strenge Linie erfuhr allmählich eine Aufweichung wie etwa 1933 im Klang-Kommentar, wo im Gesetz gar nicht aufscheinende Entschuldigungsgründe genannt sind wie etwa Hervorrufen des Rechtsirrtums durch die Rechtsprechung, eben erst erfolgte Kundmachung eines Gesetzes, wenn der Irrende ein im Ausland wohnender Ausländer ist, auch die unrichtige Rechtsbelehrung.¹⁰⁹ Allmählich setzte nach 1945 eine Diskussion besonders unter dem Eindruck der „Gesetzesflut“ ein. Unter dem nahezu klassischen Titel „Rechtskenntnis und Gesetzesflut“ hatte Theo Mayer-Maly schon 1969 auf das mittlerweile ansteigend aktuelle Thema aufmerksam gemacht: Kann man überhaupt noch die Rechtsordnung kennen, wie ist § 2 ABGB zu verstehen?¹¹⁰ Denn es ist eben gerade dieses vor gut dreißig Jahren bereits sehr eindrücklich gebrauchte Bild der „Gesetzesflut“, welche die „Rechtskenntnis“ beeinträchtigt, also die Quantität der Normen. Das bloße Nichtwissen könnte man noch damit für unentschuldigbar erklären, als eben jedermann Abonnent des Bundesgesetzblattes, ferner zumindest des Landesgesetzblattes seines Landes und überdies ein aufmerksamer Leser des Kundmachungsblattes und allenfalls der Anschlagtafel seiner Gemeinde sein müsse. Bereits dies erscheint aber schon als unzumutbar, und zwar, angesichts von Tausenden Gesetzblattseiten, ganz im Sinne einer rechtlich relevanten Zumutbarkeit. Dazu kommt noch ein weiteres: Für die Verpflichtung zur derartigen Rechtskenntnis ist der Bildungsstand der

¹⁰⁴ J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I*, 1. Aufl., 1856, 112.

¹⁰⁵ L. Kirchstetter - F. Maitisch, *Commentar zum Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. Aufl., 1894, 16.

¹⁰⁶ E. Kaufmann-F. Krautmann, *österreichische Staatsbürgerkunde für Schule und Haus*, 1908, 37.

¹⁰⁷ L. Schiffner, *System des österreichischen allgemeinen Civilrechts I*, 1882, 37 f.

¹⁰⁸ A. Menger, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 3. Aufl., 1904, 20 f.

¹⁰⁹ O. Pisko in H. Klang (Hrsg.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I/1*, Wien 1933, 70 ff.

¹¹⁰ Th. Mayer-Maly, *Rechtskenntnis und Gesetzesflut*, 1969, 18.

Verpflichteten ohne Belang. Ist es aber für einen nicht juristisch Ausgebildeten überhaupt möglich, sich bei zahlreichen Novellierungen ohne Wiederverlautbarung den geltenden Gesetzestext vorbeziehungsweise schlicht und (wohl kaum) einfach herzustellen? Vermag der juristische Laie bei einer Fülle von veränderten Wörtern, Wortgruppen, Absatzbezeichnungen, Streichungen etc. überhaupt sozusagen mit Schere und Kleister im Sinne des Gesetzgebers alte Texte weg-, neue auszuschneiden und jenen mit diesen zu überkleben? Kann daher ein Gesetz bei einer hypertrophen Novellierungstechnik noch als „gehörig kundgemacht“ gelten?

Die Frage, ob man erstens gesetzliche Vorschriften jedenfalls kennen müsse, sowie zweitens, ob die Unkenntnis ein Verschulden darstelle, ist im Laufe der bald zweihundertjährigen Geltung des ABGB unterschiedlich beantwortet worden.

Die heutige Sicht geht wie selbstverständlich von einer Pflicht der Normadressaten der Gesetzeskenntnis aus, das es einerseits Gesetzesblätter gibt und andererseits jedermann eine entsprechende Schulbildung besitzt, so dass prinzipiell zu folgern sei, Rechtsunkenntnis entschuldige nicht. Mayer-Maly würdigte jedoch 1969 die Versuche der Rechtswissenschaft, diese „Härte des allgemeinen Grundsatzes“ einzuschränken.¹¹¹ Besonders hatte Schwind schon 1951 die Meinung vertreten, Rechtsunkenntnis entschuldige dann, wenn die Rechtskenntnis unzumutbar, das heißt, es dem Normadressaten nicht zumutbar ist, sich von einer Vorschrift Kenntnis zu verschaffen.¹¹² Im Laufe der Zeit hatte auch die Rechtsprechung differenziert. Noch 1923¹¹³ mutete sie einem Landesgerichtsrat zu, er müsse sogar die Entscheidungen des OGH kennen¹¹⁴, 1961 aber wurde judiziert, die Straßenverkehrsordnung bräuchten nur Fahrzeuglenker und Fahrzeugbesitzer zu kennen.¹¹⁵ Auch die Gesetzgebung hatte einen neuen Weg insoferne eingeschlagen, als nach dem Verwaltungsstrafgesetz 1925 (§ 5 Abs. 2) immerhin feststand, „Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwider gehandelt hat, entschuldigt nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschriften nicht einsehen konnte“. Die aus § 2 ABGB abgeleitete Verschuldensfiktion erhielt also für Verwaltungsvorschriften eine Ausnahme zur Seite gestellt, und zwar offenkundig wegen des Erfordernisses einer speziellen Einsicht in den oft kompliziert-

¹¹¹ Th. Mayer-Maly, Rechtskenntnis als Pflicht des Verkehrsteilnehmers, in: Zeitschrift für Verkehrsrecht, 1969, 256.

¹¹² F. Schwind, Der Rechtsirrtum im österreichischen Zivilrecht, in: Österreichische Juristen-Zeitung, 1951, 371.

¹¹³ Th. Mayer-Maly, Rechtskenntnis als Pflicht des Verkehrsteilnehmers, 253 f.

¹¹⁴ OGH Entscheidung: 11. Juli 1923; SZV 193.

¹¹⁵ Th. Mayer-Maly, Rechtskenntnis als Pflicht des Verkehrsteilnehmers, 254; OGH Entscheidung 28. September 1961; 2Ob 375/61.

technischen Charakter der Verwaltungsnormen. Die Frage freilich war und ist nun die, ob es sich hier um eine Spezialnorm für den Bereich des Verwaltungsrechts handelt oder um das Heraufdämmern eines neuen Rechtsgedankens, nämlich des der Entschuldbarkeit bei detaillierten Rechtsregeln auch außerhalb des Verwaltungsrechts. Mayer-Maly vertrat 1969 diese Ansicht¹¹⁶ und sah sich im Einklang mit der oben kurz beschriebenen Judikatur¹¹⁷, so dass Gesetze nur einem bestimmten Personenkreis unentschuldbar bekannt sein müssten.

Die herrschende Ansicht geht jedenfalls davon aus, dass ein Gesetz ohne Rücksicht auf seine Kenntnis oder Unkenntnis anzuwenden ist¹¹⁸. Für die Unkenntnis gilt die Verschuldensfiktion, allerdings nur dann, wenn Verschulden vom Gesetz gefordert wird und die Rechtskenntnis zumutbar ist. Bydlinski hat diese Rechtsunkenntnis um die wohl mindestens ebenso erhebliche Rechtsunerkennbarkeit ergänzt, die nicht geregelt und daher allgemeinen Regeln unterworfen sei, das heißt vorwerfbar nur bei Fahrlässigkeit wird. Rechtsunerkennbarkeit liege vor, wenn „trotz zumutbarer Aufmerksamkeit gar nicht erkennbar“ sei, ob eine Regel existiere.¹¹⁹

4. Die Verschriftlichung des Rechtslebens

Ebenso wie die Kenntnis der Rechtsordnung ergriff die Verschriftlichung auch die Tatsachen des Rechtslebens durch die vielfältigsten Aufzeichnungen von Rechtsgeschäften (Verträgen) sowie von Gerichtsverfahren und Urteilen.

Beispielhaft sei in der Folge auf ersteres, die Aufzeichnungen von Rechtsgeschäften, eingegangen¹²⁰. Das Ergebnis ist überaus mannigfaltig. Es entstand sozusagen primär eine Fülle an Einzelurkunden über die entsprechenden Vorgänge: Kauf, Schenkung, Verpfändung, Belastung von Grundstücken, Verleihung, Heiratsverträge, letztwillige Verfügungen und dies alles in verschiedenen Varianten. Diese Rechtsgeschäfte pflegten in Rechtsgeschäftsbücher eingetragen zu werden, vor allem in den Städten in „Stadtbücher“¹²¹, die in großen Städten¹²² differenziert geführt wurden: In Wien gab es Kaufbuch, Satzbuch für die Belastungen, Gewerbuch für, modern gesprochen,

¹¹⁶ Th. Mayer-Maly, *Rechtskenntnis und Gesetzesflut*, 1969, 25 ff.

¹¹⁷ OGH Entscheidung: 23. März 1926; SZ VIII 89.

¹¹⁸ H. Koziol, in: H. Koziol-R. Welsch, *Grundriß des Bürgerlichen Rechts*, Band 1, 11. Auflage, 2000, 35 f; W. Posch, in: M. Schwimann (Hrsg.), *Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetze*, 2. Auflage, Band 1, 1997, 36 ff.

¹¹⁹ F. Bydlinski, in: P. Rummel (Hrsg.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I*, 2. Auflage, 1990, 10 ff.

¹²⁰ Allgemein W. Brauneder, *Privatrechtsgeschichte*, im Ersch.

¹²¹ Mautern/Donau: H. Demelius, *Stadtbuch von Mautern/Donau*, 1972.

Eigentumsverhältnisse, und zwar stets hinsichtlich Liegenschaften, sie waren also Grundbücher. Dazu kamen für letztwillige Verfügungen Testamentenbücher.

Rechtsgeschäftsbücher dokumentieren deutlich die Zusammenhänge zwischen Mündlichkeit und Schriftlichkeit. Die Eintragungen in die Grundbücher erfolgten meist aufgrund eines mündlichen Vorbringens etwa nach der Formel: A und B sind heute vor dem Stadtrat in öffentlicher Sitzung erschienen und haben Folgendes erklärt ... - was dann in einem knappen Eintrag festgehalten wurde. Ähnlich verweisen manche Eintragungen in den Testamentenbüchern auf eine mündliche letztwillige Verfügung vor Zeugen, welche diese dann im Testamentenbuch protokollieren ließen.

Eine besondere Folge dieser Verschriftlichung des Rechtslebens liegt in der Ausbildung einer Rechtsterminologie, die dann auch wesentlicher Bestandteil des Rechtstransfers wurde. Während letztwillige Verfügungen wegen des aufgezählten Vermögens ungekürzt Aufnahme in die Testamentenbücher fanden, gestalteten sich die Eintragungen in die übrigen Bücher immer knapper. Längere Beschreibungen von Rechtsfolgen schrumpften immer mehr zu knappen Formeln zusammen wie etwa zu den Miteigentumsformen „zur gesamten Hand“ und auf „Überleben“¹²³.

Eine ähnliche Entwicklung nahmen die Einzelurkunden. Einmal dienten ältere Urkunden jüngerer zum Vorbild. Dadurch entstanden Typen an Rechtsgeschäften in jeweils spezifischer Ausformung wie Kaufvertrag, Pfandvertrag, spezielle Varianten letztwilliger Verfügungen¹²⁴. Zur Typisierung trug erheblich bei, dass für die Abfassung von Einzelurkunden Muster in Formel-, d. h. Formularbüchern existierten¹²⁵.

Aus diesen historischen Quellen läßt sich vor allem das mittelalterliche Rechtsleben plastisch rekonstruieren¹²⁶.

5. „Schrift gegen Schrift“

5.1 Allgemeines

Mit der schriftlich fixierten Rechtsordnung und dem schriftlichen Niederschlag von Rechtsgeschäften entstand die Frage nach deren Verhältnis. Es hängt von mehreren Faktoren ab,

¹²² Z. B. Wien: W. Brauneder – G. Jaritz, *Die Wiener Stadtbücher I ff.*, 1989 ff.

¹²³ Brauneder, *Ehegüterrecht*, d. ö.

¹²⁴ Brauneder – Jaritz, wie Fn. 122.

¹²⁵ Vgl. u. und in Fn. 162 als Beispiel.

¹²⁶ Vgl. z. B. H. Demelius, *Die Nezeuger*, in: *Jahrbuch Geschichte Wien 1975*; ders., *Das Ehegüterrecht der Münzergasse*, in: ebda 1970.

vor allem dem Verständnis über den Charakter der Rechtsordnung. Ihn bestimmen in der Zeit der Rechtsbücher nicht primär diese, sondern das gelebte Recht, vor allem die Rechtsgeschäfte wie sie sich in den zuvor beschriebenen Schriftquellen finden. Dies charakterisiert die griffige Formulierung „Gedinge ist Landrecht“ anstelle der älteren, aber irrigen Auffassung, Gedinge (Vertrag) bricht Landrecht¹²⁷. Die allen Verträgen beigesezte Schlußformel etwa „wie es Recht ist des Landes Österreich“ bzw. „... Steier“ bzw. „... Bayern“ drückt aus, dass die Vertragspartner im Wissen oder Gefühl handeln, dem Landrecht nicht zu widersprechen, es vielmehr konkretisieren. Aufzeichnung desselben „können Anregungen geben und Erinnerungstütze“ sein, aber die Rechtskultur ist überwiegend auch von Mündlichkeit und den einzelnen Rechtsgechäften bestimmt¹²⁸.

Dies ändert sich gegen Ende des Mittelalters. Die Juristen des Gemeinen wie auch des Kanonischen Rechts gehen von der unbedingten Autorität des Schriftlichen, des Corpus Iuris Civilis und der kirchlichen Rechtsbücher, des später sogenannten Corpus Iuris Canonici, aus, die typischer Weise oft als „geschriebene Rechte“ charakterisiert werden: Sie sind nach einer bestimmten, nämlich der exegetischen Methode der Scholastik zu erklären¹²⁹. Diese Methode dehnen die derart Geschulten nun auch auf die heimatlichen juristischen Schriftquellen aus wie etwa deutlich die Glosse des Sachsenspiegels von Johann v. Buch (Buch'sche Glosse)¹³⁰. Die Aufzeichnungen der heimischen Rechtsordnung erhielten damit ein Maß an Autorität, das sie über „Anregung“ und „Erinnerungsstücke“ hinaushob. In den Kreis der „geschriebenen Rechte“ wurde sodann im 16. Jahrhundert ausdrücklich auch die neuere Gesetzesproduktion aufgenommen¹³¹. Mit dieser sich insbesondere in der sogenannten „Rezeption“ ab 1500 steigernden wissenschaftlichen und auch gesetzgeberischen Dominanz der Autorität des Schriftlichen als Rechtsordnung entstand ein neues Verhältnis zwischen dieser und dem schriftlichen Rechtsleben der Verträge. Das folgende Beispiel soll dies veranschaulichen.

5.2 Rauris als Beispiel

Das Rauris-Tal¹³² mit seinem gleichnamigen Ort, durchzogen vom gleichnamigen Fluß, bildet eines der Nebentäler des Salzachtales im Pinzgau des Landes Salzburg. Der Hauptort, heute Rauris, ehemals Markt zu Geispach, liegt auf etwa 950 Meter Seehöhe. Den Talschluss bildet der Tauern-

¹²⁷ R. Hagemann, Gedinge bricht Landrecht, in: ZRG/GA 1967.

¹²⁸ I. Weitzel, Axialität und Literalität in der europäischen Rechtskultur: Bruch oder Übergang?, in: H. Speer (Hg.), Wort – Bild – Zeichen, 2012, 194.

¹²⁹ Schlosser, Privatrechtsgeschichte, 22ff.

¹³⁰ Weitzel, wie Fn. 128, 194 f. mit weiterer Literatur.

¹³¹ LRE 1526 I 3 § 4.

¹³² J. Lahnsteiner, Unterpinzgau. Zell am See, Taxenbach, Rauris, 1960, 302ff, 325, 363f.

Hauptkamm, er sperrt den Zugang nach Süden. Reichtum bescherte der Silber- und Goldbergbau, auch der Alpenübergang. Vom Rauriser Tal gelangte man über das Hochtor, heute von der Großglocknerstraße benutzt, in 2576 Meter Seehöhe nach Heiligenblut in Kärnten.

Die Bevölkerung der Rauris¹³³ bestand im 16. Jahrhundert aus Bauern, die „nit leibaigen leut sind noch nie gewessen, sunder ainem landsfursten ist man underworfen“¹³⁴, also aus nahezu freien Bauern, denn ihr Grundherr war der Salzburger Landesfürst. Dazu kamen Säumer, welche den Alpenübergang bewältigten, der auch für den Salzhandel genutzt wurde, den insbesondere Rauriser Wirte besorgten. Vor allem aber dominierten das Tal in der damaligen Zeit Gewerke und Bergleute, wovon noch zu sprechen sein wird.

Zufolge des landesfürstlichen Bergregals¹³⁵ ist bereits 1355 in der Rauris ein Bergricht und wegen der Bedeutung des Bergbaus ab 1377 auch ein Pfleggericht¹³⁶ nachweisbar, das jedoch den Namen „freies Landgericht“ führte, um zweierlei kundzutun: Als „frei“ wurde es bezeichnet, da es keinem Grundherrn als Mediator gegenüber dem Landesfürsten, sondern diesem selbst zugehörte, als „Landgericht“, weil es nicht in einer Herrschaft symbolisierenden Burg, sondern in einer Siedlung am Land, eben zu Rauris, amtierte. Hieher war es übrigens von Taxenbach im Salzachtal, wo das Rauristal beginnt, verlegt worden, was dessen Bedeutung unterstreicht. Die Rauris bildete damit einen eigenen Gerichts- und Rechtsbezirk mit eigenem Gewohnheitsrecht, erfragt im Taiding und aufgezeichnet unter der Leitung des „Landrichters“ als „Landrecht“ in einer Quelle mit Weistumscharakter¹³⁷.

Diese alte Rechtsfindung wurde vom Landesadministrator Herzog Ernst von Bayern 1553 untersagt, an die Stelle des aktiven Findens des Landrechts in Weistumsform trat dessen passives Verlesen¹³⁸. Zum – aufgezeichneten – Gewohnheitsrecht kamen schon früh Satzungen wie etwa die Bergordnung 1346 für Rauris unter den Bezeichnungen „statuta et iura“¹³⁹ beziehungsweise

¹³³ Gesellschaft für Salzburger Landeskunde (Hrsg), Beiträge zur Siedlungs-, Verfassungs- und Wirtschaftsgeschichte von Salzburg. Festschrift zum 65. Geburtstag von H. Klein, 1965, 211, 447, 469.

¹³⁴ ÖWT I, 219.

¹³⁵ F. Koller, Salzburg im Spätmittelalter. Die innere Entwicklung, in: Gesch Sbgs I/1, 634.

¹³⁶ Lahnsteiner, wie Fn 132, 326; H. Dopsch, Recht und Verwaltung, in: Gesch Sbgs I/2, 907; G. Ammerer, Vom Feudalverband zum Reichsnährstand. Formen „bäuerlicher Organisation“ von der Schwelle des frühmodernen Staates bis zum Zweiten Weltkrieg – Ein Überblick, in: G. Ammerer – J. Lemberger – P. Oberrauch (Hrsg), Vom Feudalverband zur Landwirtschaftskammer. Agrarische Korporations- und Organisationsformen in Salzburg vom Beginn der Neuzeit bis heute, 1992, 23.

¹³⁷ Dopsch, wie Fn 136, 877ff; ÖWT I, 196, 203ff.

¹³⁸ F. Pagitz, Die rechtliche Stellung der Salzburger Bauern im Mittelalter und in der frühen Neuzeit, in: A. Dworsky – H. Schider (Hrsg), Die Ehre Erbhof. Analyse einer jungen Tradition, 1980, 42; Ammerer, wie Fn 136, 23f.

¹³⁹ ÖWT I, 196.

„Constitutiones et iura“¹⁴⁰, dann weitere derartige Ordnungen 1369, 1397, 1399, ca. 1425 eine gemeinsame Bergordnung für Rauris und Gastein, eine weitere 1463 für die nördlichen Tauern, 1477 eine solche für die Tauern insgesamt, die 1501 und insbesondere durch die große Bergordnung 1532 erneuert wurde¹⁴¹. Ferner gab es zahlreiche Waldordnungen, für das 16. Jahrhundert allein etwa aus den Jahren 1524, 1550, 1555 und 1563¹⁴².

Die wichtigste allgemeine Rechtsquelle – und die wichtigste für unser Thema – stellt das Rauriser Landrecht von 1565 dar¹⁴³. Es besteht aus mehreren Teilen. Den ersten Teil bildet ein Protokoll, in dem der Landrichter unter anderem festhält, er habe das „land- und ehafft tädung gehalten“ sowie die Schranne mit „verständigen rechtsprächern“¹⁴⁴ besetzt. Der zweite Teil nennt sich „Des richters meldung oder öffnung ... wie von alter herkommen ist“, der dritte „Gemainer gerichtslaut meldung“, der vierte Teil „Meldung etlicher gemainer notturft nach altem herkommen“¹⁴⁵. Dieser Teil hat einerseits den Charakter einer Polizeordnung beispielsweise mit der Berufung auf den „Gemeinen Nutzen“¹⁴⁶ und durch Regelungen, die sich gegen starken Bettel, Spiel, Wucherei etc richten; hier aber findet sich auch Privatrecht wie zum Beispiel im Abschnitt „Umb heirat und heiratvermäch“ sowie im anschließenden auch Regelungen der „morgengaben“¹⁴⁷. Insgesamt wird im Gewand eines Weistums „altes herkommen“ tatsächlich teilweise fortgeschrieben, dieses aber auch durch neues Recht um „gemainer notturft“ willen wie etwa um die Polizeibestimmungen, aber auch um Privatrecht ergänzt.

Der Bergbau verlieh dem Hochalpental eine Art Internationalität. Zwar kamen die Knappen nicht, wie oft angenommen, aus Sachsen¹⁴⁸, doch gab es andere Beziehungen genug, was viele Beispiele und Indizien belegen. Das allererste Druckwerk in Salzburg wurde durch Hans Baumann aus Rothenburg ob der Tauber 1551 besorgt, es war dies bezeichnenderweise die Bergordnung 1532/38. Andererseits förderte der Gewerke Christoff Weitmoser aus Gastein im fernen Chemnitz die deutsche Übersetzung von Agricolas „De re metallica“ durch Philipp Bechius aus Basel; dieser wieder war Weitmoser durch Professor Pincier aus Freiburg/Breisgau empfohlen worden, der

¹⁴⁰ Ebda 199.

¹⁴¹ Koller, wie Fn 135, 635; F. Gruber – K.-H. Ludwig, *Der Metallbergbau*, in: *Gesch Sbgs II/4*, 2595.

¹⁴² E. Bruckmüller – G. Ammerer, *Die Land- und Forstwirtschaft in der frühen Neuzeit*, in: *Gesch Sbgs II/4*, 2548; Schöll, wie Fn 150, 362, 372.

¹⁴³ ÖWT I, 203-233.

¹⁴⁴ Ebda 203.

¹⁴⁵ Ebda 205, 206, 209.

¹⁴⁶ Ebda 209/Z 12.

¹⁴⁷ Ebda 217/Z 35ff, 42ff.

¹⁴⁸ K.-H. Ludwig – F. Gruber, *Gold- und Silberbergbau im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit. Das Salzburger Revier von Gastein und Rauris*, 1987, 214f.

Weitmosers Söhne unterrichtete. Üblicherweise studierten die Gewerkensöhne im eben erwähnten Freiburg/Breisgau und in Wittenberg¹⁴⁹. Rechte an den Bergwerken erwarben auch Personen außer Landes wie etwa die Fugger; 1531 wies eine der Bergwerksgesellschaften Gesellschafter aus Augsburg, Ulm und Reutlingen auf¹⁵⁰.

Zuzug von außen brachten weiters die Beamten. Bergrichter Hans Schüttbacher war zuvor Landrichter in Großarl gewesen, Richter Wolf Weibhauser kam aus Golling und wurde später Stadtrichter in Hallein. Der Gerichtsschreiber unter Weibhauser und seinem Nachfolger, Christoph Stadler, avancierte zum Marktrichter in Feldkirchen in Kärnten¹⁵¹. Für 1483 ist Rueprecht Pelchinger als öffentlicher Notar nachweisbar, Hanns Reitzenstainer für 1508, er kam aus einer anderen Bergwerksstadt, nämlich aus Hall in Tirol; zur gleichen Zeit wird Pfarrer Hanns Waginger (auch Wäginger) 1498 zwei Mal als „Licentiat“ bezeichnet, 1505 als „Meister ... der Zeit in geistlichen Sachen Assessor der geistlichen Rechten zu Salczburg“, der Landeshauptstadt¹⁵². Im benachbarten Gastein amtierte übrigens um 1520 als Landrichter Dr. Leonhard Auer, wahrscheinlich der Verfasser des Salzburger Landesordnungsentwurfs 1526¹⁵³.

Was bedeutete dies für das Rechtswesen? Brachten diese Beziehungen des 16. Jahrhunderts für das Recht einen Modernisierungsschub? Dafür soll zuerst einmal das weitere Umfeld, nämlich das Land Salzburg, betrachtet werden. Für das Land Salzburg wurde 1526 – ebenso beziehungsweise ähnlich wie anderswo¹⁵⁴ – eine Landesordnung verfaßt, die zwar nicht formell in Kraft gesetzt, aber doch beachtet wurde¹⁵⁵. Sie bietet im Privatrecht Modernität bereits durch neue termini technici neben traditionellen wie etwa zu „Testament“ das alte „Geschäft“. Zur Überschrift „Von den Codicillen“ bedurfte es mehr, nämlich einer Erklärung: Wenn in einem „gschafft“ „khain erb gesetzt“, sondern Vermögen „sonnst ... verschafft wurden“ sei, dann ist „gemain Rechten nach sölh geschafft fur khain ... Testament“ zu halten, aber „alls ain Codicil“ (Vermächtnis) gültig¹⁵⁶! Zu „Morgengab und Heyraths-Vermächts“ ist festgehalten, sie „sindt gefreit und haben den Vorgang“, womit gesagt sein soll, dass den entsprechenden Forderungen ein allerdings beschränktes *ius praelationis*

¹⁴⁹ Gruber – Ludwig, wie Fn 141, 2595f; Ludwig – Gruber, wie Fn 148, 214.

¹⁵⁰ P. Schöll, Auf den letzten Spuren der Schmelzhütten des 16. Jahrhunderts im Rauriser Tal, in: MGSL 136, 1996, 32f.

¹⁵¹ Ludwig – Gruber, wie Fn 148, 199f; F. Tremel, Ein bisher unbekanntes Rechtsbuch aus Golling, in: MGSL 103, 1963, 57f.

¹⁵² Ch. Neschwara, Geschichte des österreichischen Notariats I: Vom Spätmittelalter bis zum Erlaß der Notariatsordnung 1850, 1996, 664; W. Hauthaler, Die Pergament-Urkunden des Pfarrarchivs zu Rauris, in: MGSL 32, 1892, 35, 30, 32, 34.

¹⁵³ LO/Slzbg 1526, 97f.

¹⁵⁴ Vgl u a Brauneder, Gesetzgebungsgeschichte, 437–462; ders, Policygesetzgebung; ders, Gesetzgebung.

¹⁵⁵ LO/Slzbg 1526, zu ihr wie Fn 153.

¹⁵⁶ Ebda 125f, 136.

zukomme – eine *hypotheca tacita* allerdings wird ausdrücklich verwehrt: „nit also Stillschweigendt“¹⁵⁷. Für Schenkungen über 500 Gulden wird „insumation oder verkunding“ verlangt, und zwar „vor gericht“, also die *insinuatio* des Gemeinen Rechts, dessen 500 *solidi* hier einfach 500 Gulden gleichgesetzt sind¹⁵⁸! In all diesen Fällen hat die Landesordnung Gemeines Recht materiell, oft modifiziert und jedenfalls unetikettiert, aufgenommen. Modern mutet auch an, dass eine Kompilation des bäuerlichen Rechts zu einer der damaligen Forderungen zählte¹⁵⁹.

Ein in Golling 1582 entstandenes Rechtsbuch, verfasst von dem schon erwähnten Christoph Stadler, dem Gerichtsschreiber des Pfliegerichts Golling, weist einen Inhalt auf, welcher deutlich den Rechtstransfer im deutschen Sprachraum widerspiegelt, und zwar in der durch den Buchdruck enorm gestiegenen Intensität: Die folgenden Rechtsquellen dienten zum Vorbild: Gemeines Recht, das Hessische Landrecht 1497, das Württemberger Landrecht 1567, die Stadtrechtsreformation von Freiburg/Breisgau, das Solmser Landrecht, den Sachsenspiegel, die Kursächsischen Konstitutionen, das Henneberger Landrecht, das Bayerische Lehenrecht, die Stadtrechte von Nürnberg und Frankfurt/Main (dieses aus 1578), Sprüche der Leipziger Schöffen und die Reichspolizeiordnung 1577. Dieses Rechtsbuch war übrigens – vielleicht gerade dieser Quellen wegen – auch anderswo brauchbar, denn es kam schließlich von Golling nach Öblarn in der Obersteiermark. Nicht illusorisch ist es daher, dass ein 1550 von Johann Neuhofer abgefasstes Formularbuch den Anspruch erhob, sein Inhalt sei auch in den Nachbarländern gebräuchlich: „Formular allerlai gemainer Contractbrief vnd andrer Schrifften, im Stift Salzburg, Land zu Bayrn und Oesterreich gebreichig“¹⁶⁰. Neuhofer war fürsterzbischöflicher Verwalter des Hofurbar- und Landgerichts zu Glan, gelegen zwischen der Stadt Salzburg und der nahen bayerischen Grenze¹⁶¹.

Salzburger Rechtsquellen des 16. Jahrhunderts standen, was allein schon diese unterschiedlichen Beispiele – eine Landesordnung, ein Rechtsbuch und ein Formularbuch – beweisen, im zeitgenössischen rechtlichen Kontext. Dies trifft nun auch auf das Rauriser Landrecht von 1565 zu. Wir lesen hier im Teil „Meldung etlicher gemainer notturft nach altem herkumen“ unter anderem

¹⁵⁷ Ebd. 115f, auch schon zuvor: 112 Z 1ff bzw 114 Z 12.

¹⁵⁸ LO/Slzbg 1526 151: auch „Insinuaren“.

¹⁵⁹ Tremel, wie Fn 151, 57ff, 60.

¹⁶⁰ So der Titel der wohl einzigen Handschrift im Haus-, Hof- und Staatsarchiv Wien, Weiß 202; dieser leicht abweichend wiedergegeben bei *H. Siegel*, Das Güterrecht der Ehegatten im Stiftslande Salzburg. Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen ehelichen Güterrechtes, 1882, 8ff, mit einer nicht ganz zutreffenden Beschreibung.

¹⁶¹ Die Autorenschaft Neuhofers nach Siegel, wie Fn 160, 9; sie bekräftigen seine Funktionen, diese nachgewiesen mehrfach für 1557 und einmal für 1562: freundliche Auskunft Salzburger Landesarchiv (Hofkammer Salzburg 1557 D. J, 1559 N; Geheimes Archiv XXXIV/22). Zum Urbar- und Landgericht Glan: *H. Dopsch*, Salzburg im Hochmittelalter. Die innere Entwicklung, in: Geschichte Salzburgs I/1, 356; ders, wie Fn 136, 920.

wie folgt:

Umb heirat und heiratvermäch. Könlich zusammenfuegung, abrët und heiratstaidingen, contract und vermäch sollen beschechen nach gewöndlichem landsprauch und rechten und mit vernunftigen billichen abreden, und die renndlensheirat und ander gevelicher heiratvermäch, darin nit billich vernunftig ursach furgenumen sint und dardurch freund und erben ierer rechtlichen erbfäl entërbt werden möchten, sollen nit gestat werden¹⁶².

Analysiert man diese Textstelle, so ergibt sich folgendes. Das hier ausgesprochene Verbot der allgemeinen Gütergemeinschaft unter dem Namen „renndlensheirat“ entspricht typisch dem – allerdings nicht genannten – Gemeinen Recht; charakteristisch für das neue Rechtsdenken sind ferner die Hinweise auf Vernunft und Billigkeit, sogar zweimal, wobei es nahezu den Anschein hat, als sei das Mittel zur Durchsetzung von Vernunft und Billigkeit das Gemeine Recht im Sinne etwa des Zeitgenossen Melanchthon: „hoc ius ... est aequissimum et maxime consentaneum rationi“¹⁶³. Auf „natürliche billicheit und recht“ beruft sich übrigens auch die Salzburger Landesordnung 1526¹⁶⁴! Schon vor dem Rauriser Landrecht 1565 begegnet uns das neue Gemeine Recht in einem Rauriser Rechtsgeschäft von 1507: Anna, Witwe nach Mathias Freyberger in Rauris, tätigt einen Verkauf „mit Verzeichnung weiblicher Freyhait, genannt ad lex velleyanum“¹⁶⁵. 1637 und 1661 wiederholen sich derartige Rechtsgeschäfte, nun zwar ohne Hinweis auf das SC (= Senatus Consultum) Velleianum, aber doch mit einem solchen „unter Beistand“ etwa eines Bruders der Betroffenen¹⁶⁶.

Diese Beispiele aus der Salzburger Landesordnung 1526, dem Rauriser Landrecht 1565 und sogar aus der Vertragspraxis noch vor diesen Rechtsquellen belegen Einflüsse des Gemeinen Rechts bis in das Rauriser Alpenhochtal. Das Verbot der Gütergemeinschaft unter Ehegatten wie im Rauriser Landrecht ausgesprochen, scheint nachträglich die Literatur als gemeinrechtlich zu bestätigen. Gerade in Bezug auf Salzburg lesen wir um 1700: „Zwar wenn man due gemeine Rechte reden läßt, ist unter denen Eheleuten keine Gemeinschaft der Güter versehen, weder in weltlichen noch auch geistlichen Rechten“¹⁶⁷. Diese lokal auf Salzburg bezogene Abhandlung steht voll im Einklang mit allgemeinen Darstellungen des Gemeinen Rechts, welche das Verbot der Gütergemeinschaft unter

¹⁶² ÖWT I, 217.

¹⁶³ Ph. Melanchthon, „De dignitate legum oratio“, in: G. Kisch, Melanchthons Rechts- und Soziallehre, 1967, 227; ferner ebda u a 29, 65, 120f, 175.

¹⁶⁴ LO/Slzbz 1526, 115 Z 21f.

¹⁶⁵ Hauthaler, wie Fn 152, 35.

¹⁶⁶ Ebda 40f.

¹⁶⁷ V. von Arnold, Tractatus vom Vor- und Nachgang der Gant-Gläubiger/Oder Einleitung zum Gant-Prozeß ... Erläutert (und neu hrsg) von Johann Georg Scopp, 1763, mit 1. Aufl vor 1707, 73; vgl hiezu auch Brauneder, Ehegüterrecht, 321f, 428 (zur Datierung der 1. Auflage).

Ehegatten schon für das Römische Recht mit Gründen belegen wie etwa 1766¹⁶⁸:

Es sind kürzlich folgende: a) weil die Eheleute fast pro lubitu wieder voneinander laufen konnten; b) weil die Römischen Weiber dem Müßiggang nachhiengen und nichts arbeiteten, mithin alles vom Mann erworben werden musste; c) weil das onus alendi liberos dem Vater allein, der Mutter aber gar nicht oblag; d) weil weder die Mutter das Kind noch das Kind die Mutter erbt; und endlich e) weil der Meuchel-Mord in Italien sehr frequent war, und zu besorgen gewesen wäre, ein Ehe-Gatte dürfte dem andern, um des zu hoffenden Nutzens willen, nach dem Leben stehen.

Die Kette erscheint daher schlüssig: Was das Gemeine Recht allgemein festsetzte – konkret das Verbot der Gütergemeinschaft unter Ehegatten – floß in die Salzburger Rechtsliteratur ein, auch in die Salzburger Landesordnung 1526, ferner in lokale Salzburger Rechte wie das Rauriser Landrecht 1565 und schlug sich auch in der Vertragspraxis – hier in der Bezugnahme auf das SC Velleianum – nieder.

In welchem Verhältnis standen die verschiedenen schriftlichen Rechtsquellen zueinander? Zuerst zum Verhältnis des Gemeinen Rechts zum Recht im Lande Salzburg.

Die Salzburger Landesordnung 1526 enthält selbst Rechtsanwendungsregeln. Unter „die alten Herkhumen handt zehaben“ wird folgendes festgesetzt: (1) „gueter sitlicher satzung und gebreuch oder polliceyen“ sollen „gehalten“ und (2) „wider (sie ...) mit unpillicher Neuerungen oder veränderungen nyemandt beschwert werden“, (3) so ferne sie „in brauch von allter Herkhumen sein und in den Eehafft dätigen geruegt“ werden, allerdings unter der Bedingung, (4) „sover Sy annderst Rechtmässig un der gegenn wurtigen unnsrer Ordnung nit widerwertig sind“¹⁶⁹!

Dies bedeutete also: Grundsätzlich steht das Recht jeder Herkunft „in brauch“ und soll „gehalten“ werden (1) wie z. B. das Rauriser Landrecht 1565. Die Salzburger Landesordnung 1526 derogiert aber diesen Quellen materiell und punktuell, das heißt, sie gelten nur, sofern sie nicht mit einzelnen Bestimmungen der Salzburger Landesordnung 1526 in Widerspruch stehen (4). „Neuerungen oder veränderungen“ gelten nicht schlechthin (2) wie damit wohl auch das Neuerungen und Veränderungen bringende Gemeine Recht. Aber es gelten neben der Landesordnung 1526, in ihrer Diktion, (1) „satzung“ wie etwa die Berg- und Waldordnungen, (1) „gebrech“ und Polizeyrecht wie diese etwa im Rauriser Landrecht 1565 enthalten sind – dass sie hier nach 1526 festgesetzt wurden, könnte sogar zur Annahme führen, es handle sich um eine bewusste Ergänzung der Salzburger

¹⁶⁸ H. A. Lange, Die Rechts-Lehre von der Gemeinschaft der Güter unter denen teutschen Eheleuten, zu Latein *communio bonorum coniugalis* genannt, 1766, 35.

¹⁶⁹ LO/Slzbg 1526, 231.

Landesordnung 1526, da sie zur Geltung jener Rechtsquellen zweierlei verlangt: Gebrauch von Alters her und Aufnahme durch das Taiding (3), genau also das, was 1565 in der Rauris festgehalten worden bzw. geschehen ist!

Die Derogations- beziehungsweise Geltungsregeln erfassen auch das Gemeine Recht. Soweit solches in der Salzburger Landesordnung 1526 enthalten ist, hebt es entgegenstehendes Recht, unter Umständen auch – da ja kein uniformer Block – anderes Gemeines Recht, auf, welches allgemein aber von entgegenstehendem jüngerem Recht aufgehoben wird. Der etwa aus den östlichen habsburgischen Nachbarländern Österreich unter und ob der Enns bekannte Satz „Dan wa ein Landsbrauch zweiflig und ungewiß ist, soll yederzeit dem geschribnen Rechten nach erkannt werden“¹⁷⁰ findet sich hier nicht, er hat in diesem Gefüge auch keinen Platz. Damit stimmen zwei Beobachtungen überein: die bereits erwähnte materielle, modifizierte und unbenannte Aufnahme Gemeinen Rechts in die Landesordnung 1526 sowie weiters ihre ausdrücklichen Verweisungen darauf. So ist – ohne nähere Angabe ganz allgemein – auf Gemeines Recht verwiesen bezüglich „händl, die von gemainen Rechten offne leibstraff haben“, der Testierunfähigkeit, der Widerrufsgründe bei Schenkung, der Strafe gegen unredliche Willensvollstrecker, der Untersagung der Nutzung von Kindesvermögen durch die Eltern und des Verbots der Vormundschaft von Geistlichen¹⁷¹. Für die Geltung Gemeinen Rechts war also eine Verweisung notwendig, ohne diese galt es nicht. Ebenso ist zwar festgehalten, es sei „wider Ordnung und Satzung gemainens Rechtens“, dass bei einer Verurteilung „in Burgerlich sachen“ auch noch „gestrafft“ werde, aber dennoch eigens statuiert: „Demnach wellen wir, dass nun furan derselb misprauch abgethan“¹⁷² – woraus nicht nur folgt, dass das Verbot kraft Landesordnung gelten soll, sondern auch, dass es kraft Gemeinen Rechts bisher („nun furan“) nicht galt! Ähnlich erfolgt die Festlegung des Verhältnisses der ehегüterlichen Leistungen Heiratsgut : Widerlegung : Morgengabe wie 2 : 2 : 1 nach „gemain brauch und allt herkhumen“ und nur ergänzend ist erwähnt, es sei dies „darzue auch (!) dem gemainen Rechten gemäß“¹⁷³. Nahezu ebenso wird das grundsätzliche Verbot einer Heirat des Vormunds und seiner Kinder mit dem Mündel nicht nur als dem „gemainen Recht hässig“, sondern „auch sittlicher gueter vernunfft wider werttig“ motiviert¹⁷⁴.

¹⁷⁰ M. Rintelen (Hrsg), Bernhard Walthers privatrechtliche Traktate aus dem 16. Jahrhundert, vornehmlich agrarrechtlichen, lehen- und erbrechtlichen Inhalts, 1937, 62 [= V. c. 2, 2]; G. Wesener, Einflüsse und Geltung des römischen Rechts in den altösterreichischen Ländern in der Neuzeit (16. bis 18. Jahrhundert), 1989, 19.

¹⁷¹ LO/Slzbg 1526, 69 Z 24f, 137 Z 10f, 154 Z 1ff, 167 Z 1, 174 Z 5ff, 184 Z 15ff.

¹⁷² Ebda 60 Z 14ff.

¹⁷³ Ebda 113 Z 20ff.

¹⁷⁴ Ebda 192 Z 10ff.

Insgesamt ist also zur Salzburger Landesordnung 1526 festzuhalten: Gemeines Recht gilt nicht subsidiär, vielmehr entweder durch materiellen Einbau einzelner Aussagen in die Landesordnung oder kraft ausdrücklicher, punktueller Verweisung, stets also durch Transformation als Landesrecht. Übrigens hatte schon die sogenannte Landesordnung von Erzbischof Friedrich III. 1328 eingeschärft: „Ez soll dhein richter dhein new sach noch new gewanheit aufpringen“, denn: „er behalt di alten gewonhait; waiz er der nicht, so chom in unsern hof, daz er der wert geweiset.“ Dem entsprach hinsichtlich der hier nicht geregelten Materien, „daz sol man nach den alten rechten richten“¹⁷⁵. Gelehrtes Recht sollte also nicht herangezogen werden, obwohl es natürlich bekannt war. Beispielsweise erhielt das Salzburger Domkapitel im Dezember 1287 „Decretum et Decretales, Summam Hostien(sem) cum septem libris minoribus iuris canonici“¹⁷⁶ vermacht.

Auch der Landrechtsentwurf für Österreich unter der Enns 1526¹⁷⁷ bestimmt, es dürfe „ausserhalb dits landtßrechtspuechs auf anndere geschribne recht nicht“ Bezug genommen werden! Zulässig sei dies allerdings zur Lückenfüllung, doch nur „nach löblichem geprauch und gewonhaiten“ und in Berücksichtigung von „erberkhait und pillichait geleiches rechtens und ursach der vernunft“. Festzuhalten ist demnach zweierlei: Einerseits ist vom Gemeinen Recht ausdrücklich keine Rede und hingewiesen nicht auf „das Geschriebene Recht“ als mögliches Synonym, sondern auf „andere geschribne recht“, was einen Vergleich mit dem Landrechtsbuch bedeutet und somit einen Verweis auf andere ähnliche Rechtsquellen wie sie nachweislich verwendet wurden zu den nachfolgenden Landrechtsentwürfen 1573 und 1654 oder zum oben erwähnten Rechtsbuch von Golling 1582 aufgezählt sind. Andererseits ist das Heranziehen des Gemeinen Rechts als eines der „geschribne recht“ nicht ausgeschlossen, stellt aber keinesfalls die einzige heranzuziehende Quelle dar – aber bloß zur Lückenfüllung und nur insoweit sie mit vernünftigen Gewohnheiten in Einklang steht!

Wie verhält sich nun die schriftliche Vertragspraxis zur schriftlichen Rechtsordnung des Rauriser Landrechts? Im Gegensatz zu deren Verbot der Gütergemeinschaft unter Ehegatten sehen wir überwiegend, dass diese durchaus gemeinsam handeln, ohne dass die Frau in ihrer Verfügungsmacht beschränkt wäre. Beispielsweise verkaufen Ehegatten 1359 ein Lehen an Ehegatten¹⁷⁸; 1465 verleihen Ehegatten Liegenschaften gleichfalls an Ehegatten zu „ewigem Erbrecht“¹⁷⁹. Ehegatten treten gemeinsam als Berechtigte auf, wie 1377 und 1401 von Zehenten¹⁸⁰,

¹⁷⁵ Nach *F. Martin* (Bearb), *Ausgewählte Urkunden 1247-1343* (= Salzburger Urkundenbuch IV), 1933, 385 (Pkt 32), 387 (Pkt 41).

¹⁷⁶ Ebda 173.

¹⁷⁷ LRE/UE 1526, „Vorred“.

¹⁷⁸ Hauthaler, wie Fn 152, 22.

¹⁷⁹ Ebda 28.

1400 einer Hofstatt und 1506 eines Erb- und Baurechts¹⁸¹. Andererseits sehen wir Ehegatten gemeinsam als Verpflichtete wie etwa 1452 und 1501 bei Stiftungen an die Kirche oder 1618 beim Verkauf einer Rente¹⁸². Dieses gemeinsame Handeln von Ehegatten steht im Einklang damit, dass die Abrede einer allgemeinen Gütergemeinschaft weiterhin stark in Übung blieb. Neben den entsprechenden, sehr zahlreichen Heiratsverträgen beweist dies die Aufnahme von zwei eigenen Formularen in Neuhofers Formelbuch um das Jahr 1550: „Renndlens Heirat“ und dazu „Alia forma“¹⁸³; von ihnen interessiert hier vorerst der übereinstimmende, folgende Wortlaut:

und wir vorgemelte 2 chanleut verschreiben uns samentlich und sonderlich hiemit und in kraft dits briefs, diesen heirat also zu volfüern und in allen seinen punctn und articln stät zu halten. wir wollen auch beder seits den gemainen geschribnen rechtn, denen sölh heirat in renndlens weiß hässig oder widerwertig sein möcht, hierinn aus warem wissen renunciert und unns derselben für unns und unns erben zu stät begeben haben und uns bederseits alain diser wilkür benüegen lassen ...¹⁸⁴ treu und on geurde.

Die Kernaussage für unser Thema ist somit die folgende: Die beiden Ehegatten vereinbarten eine allgemeine Gütergemeinschaft, die schon erwähnte sogenannte Rendlensheirat („heirat in rendlens weis“), ein Ausdruck, der das Zusammenrinnen, das heißt, das Zusammenfließen der beiderseitigen Vermögen zu einer Vermögensmasse ausdrückt, wofür der synonyme Ausdruck „Randlos-Heirat“ das Unbegrenzte, eben die allgemeine Gütergemeinschaft charakterisiert¹⁸⁵. Das Formular geht freilich davon aus, dass dieser Güterstand dem Gemeinen Recht widerspricht. Allerdings wird dieses als dispositives Recht bewertet, welches durch Vertrag („wilkür“) aufgehoben werden kann. Diese Aufhebung betont das Formular in besonderer Weise, und zwar dadurch, dass sie bewusst und ausdrücklich erfolgt, was als Renuntiation gewertet wird. Dies steht nun in unmittelbarer Nähe der auch oben für Rauris festgehaltenen Renuntiation auf die Rechtswohltaten des SC Velleianum, womit deren Motiv auf den Gütergemeinschaftsvertrag übertragen erscheint¹⁸⁶: Das Gemeine Recht räume mit dem SC Velleianum ebenso wie mit dem Verbot der Gütergemeinschaft der Frau eine Rechtswohltat ein, auf die sie freilich verzichten könne. Das Formular bekräftigt daher schon Bekanntes: einerseits, dass ein Wissen um das Gemeine Recht durchaus auch in den Alpentälern

¹⁸⁰ Ebda 23, 24.

¹⁸¹ Ebda 24, 34.

¹⁸² Ebda 26, 33, 40.

¹⁸³ Wie Fn 40, fol 365ff, sowie, anschließend zitiert, 367ff = P. Hradil, Untersuchungen zur spätmittelalterlichen Ehegüterrechtsbildung. Nach bayrisch-österreichischen Rechtsquellen. Erster Teil: Das Heiratsgut, 1908, 102f.

¹⁸⁴ Im ersten Formular steht hier der unten, nach Fn 187 notierte Einschub.

¹⁸⁵ Zur Rendlensheirat: Brauneder, Ehegüterrecht, insb 314, 317, 323, 328f; *Siegel*, wie Fn 160, 9f.

¹⁸⁶ Vgl zum SC Velleianum im frühneuzeitlichen Österreich: Brauneder, Ehegüterrecht, 276.

Salzburgs vorhanden war, andererseits, dass man hier doch am bisherigen Rechtszustand gegen das Gemeine Recht festhielt. Neu ist an unserem Formular eine weitere Variante: Das Wissen um das Gemeine Recht, nämlich die Renuntiationsmöglichkeiten der Ehegattin, wird eingesetzt, um Regeln des Gemeinen Rechts, nämlich das Verbot der Gütergemeinschaft unter Ehegatten, zu überwinden – knapper formuliert: Mit dem Gemeinen Recht über das Gemeine Recht hinweg zur bisherigen Praxis. Diese Technik bestätigt das erste Rendlensheirat-Formular mit einem weiteren Textteil, der nach der Bekräftigung der Rendlensheirat und der „Renuncierung“ wie folgt fortführt¹⁸⁷:

Im fal aber, das solhe verschreibung nit kraft haben möcht als ein Renndlens heirat, dass wir vnns doch nit versehen, so sol es zu dem wenigsten kraft vnd würcung haben als ein schankung der gab von tods wegen, fidej commiß, oder aines annderen lezten willens.

Um eine den erwünschten Wirkungen der allgemeinen Gütergemeinschaft doch ähnliche zu erzielen, nämlich eine entsprechende Vermögensaufteilung im Todesfall, wird zum Mittel der Konversion gegriffen. Das gemeinrechtliche Vorbild liegt hier sogar expressis verbis klar zutage: Es ist dies die Kodizillarklausel, wonach ein unwirksames Testament als Fideikommiss gültig bleibt¹⁸⁸. Wie zuvor der Gedanke der Certiorierung aus dem Bereich der Interzession auf die Gütergemeinschaft übertragen bzw. jener auch auf diese analog zur Gesamtschuld ausgedehnt wird, so geschieht dies hier mit der Konversion aus dem Erbrecht.

Diese Vertragspraxis steht übrigens nicht beziehungslos neben der heimischen normativen Ordnung: Die erbrechtliche Konversion hält die Salzburger Landesordnung 1526 sogar zweimal ausdrücklich fest¹⁸⁹. Der oben erwähnte Liegenschaftsvertrag einer Frau „unter Beistand“ ihres Bruders stimmt gleichfalls mit der Landesordnung überein¹⁹⁰. Auch entspricht der Bestimmung der Landesordnung, die Ehegattin könne auf den Vorzug ihres Pfandrechts am Mannesvermögen verzichten¹⁹¹, eines von Neuhofers Formularen¹⁹²:

Ich obgemeltes N. sein hausfraw sol vnnd wil auch wider dise verschreibung meines zuegebrachten heiratguts, widerlegung, morgengab, noch der freihaiten, damit das weiblich bild zu rechten begabt, noch nichts (= besonders) erfündlicher gewissen, sonder des und aller behelffe in recht des brieffs zu ganzer stät verzigen sein vnnd bleiben an geuerde.

¹⁸⁷ Er folgt auf den oben zitierten Textteil bei Fn 183, fol 366’.

¹⁸⁸ M. Kaser, Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch, 16. Aufl 1992, 319f.

¹⁸⁹ Wie Fn 156.

¹⁹⁰ LO/Slzbz 1526, 197; wie Fn 166.

¹⁹¹ LO/Slzbz 1526, 116 Z 10.

¹⁹² Wie Fn 72, fol 160.

Keine dieser Stellen verweist übrigens auf Gemeines Recht, ebensowenig das dem eben zitierten vorgeschaltete Formular „Schuldbrief mit weiblicher Verzicht“¹⁹³: Dieser gilt offenbar bereits als Bestandteil des Landesrechts.

Besieht man nun unter Zuziehung der Rechtspraxis den Einfluß des Gemeinen Rechts im Salzburgischen, so kommt zu seinem ohnedies schon geringen Einfluß auf der Ebene des Landes durch die Landesordnung 1526 sowie auf der lokalen Ebene wie etwa im Rauriser Landrecht 1565 die noch wesentlich geringere Spur in der Vertragspraxis hinzu: Sie schwächt den Eindruck einer Wirkung des Gemeinen Rechts erheblich ab, und zwar vor allem auch dadurch, dass es als dispositiv angesehen wird. Zum Verhältnis von „Schrift zu Schrift“ hatten sich neue Regeln entwickeln müssen.

6. **Resumée: Rechtstransfer kraft Schriftquellen**

Die Verschriftlichung ermöglichte an sich zwei Transfervorgänge: den des objektiven Rechts, d. h. den der Rechtsordnung oder deren Teile (oben 2.) bzw. den der Institutionen des Rechtslebens, d. h. der Urkundenformen als Vertragsgestaltungen und der Entwicklung der Rechtsgeschäftsbücher (oben 4.)¹⁹⁴.

Der letztgenannte Rechtstransfer besitzt seiner Eigenart wegen geringe Dimensionen: konkrete Ausgestaltung jeweils vor Ort und faktische Unmöglichkeit des Transports der ortsgebundenen Exemplare der Rechtsgeschäftsbücher.

Anders steht es hingegen mit dem Transfer objektiven Rechts: Abschriften und später Druckexemplare der Rechtsbücher, Gesetze und Juristenschriften ermöglichen Verbreitung durch ihre Transportfähigkeit. Allerdings gilt es sprachliche Hürden zu überwinden: stark abweichende Dialekte mangels einer noch fehlenden Hochsprache und natürlich die einer Fremdsprache.

¹⁹³ LO/SlzbG 1526, 159f.

¹⁹⁴ Dazu W. Brauneder, *Transferbedingung Übertragung und Übersetzung*, in Bearbeitung.

Abgekürzt zitierte Literatur

Adler, Gesetzgebung = Sigmund A., Die politische Gesetzgebung ..., in: ABGB-Festschrift I/1, 1911

Brauner, Ehegüterrecht = Wilhelm B., Die Entwicklung des Ehegüterrechts in Österreich, 1973

Brauner, Gesetzgebung = ders., Frühneuzeitliche Gesetzgebung: Einzelaktionen oder Wahrung einer Gesamtrechtsordnung, in: ders., Studien III, 2002.

Brauner, Gesetzgebungsgeschichte = ders., Zur Gesetzgebungsgeschichte der niederösterreich. Länder, in: ders., Studien I, 1994.

Brauner, Neuständische Kodifikation = Das österr. ABGB. Eine Neuständische Kodifikation in: Festschr. f. G. Wesener, 1992.

Brauner, Polizeiordnungen = ders., Der soziale und rechtliche Gehalt der österr. Polizeiordnungen des 16. Jahrhunderts, in: ders., Studien I, 1994.

Brauner, Polizeygesetzgebung = ders., Die Polizeygesetzgebung in den österr. Ländern des 16. Jahrhunderts, in: ders., Studien III, 2002.

Brauner, Privatrechtsgeschichte = ders., Europäische Privatrechtsgeschichte, 2013

MGSL = Mitteilungen der Gesellschaft für Salzburger Landeskunde

Schlosser, Privatrechtsgeschichte = Hans Sch., Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte (UTB 882), 10. Aufl. 2005.

Wesener, Kodifikationen = Gunter W.

Zeiller, Kommentar = Franz v. Z., Kommentar über das ABGB, 1911 ff.

ZRG/GA = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Germanistische Abteilung

ZNR = Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte

Abgekürzt zitierte Quellen

GO/Stmk 1618 = Gerichts(prozeß)ordnung für Landshaubtmanschaft und Schranngericht
Steiermark 1618, Druck Graz 1620

HWO/NÖ 1527 = Handwerksordnung für die niederösterreichischen Länder 1527, zeitgenössischer
Druck

LGO/K 1577 = Landgerichtsordnung für Kärnten 1577, zeitgenössischer Druck

LGO/OE 1559 = Landgerichtsordnung für Österreich ob der Enns 1559, zeitgenössischer Druck

LGO/OE 1675 = Landgerichtsordnung für Österreich ob der Enns 1675, zeitgenössischer Druck

LGO/Stmk 1574 = Landgerichtsordnung für Steiermark 1574, Graz 1638

LGO/UE 1514/1540 = Landgerichtsordnung für Österreich unter der Enns 1514/1540, zitiert nach der
Edition von Anton Hye, Beitrag zur österreichischen Strafrechts-Geschichte, in: Zeitschrift für
österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkund 1844/I, 353 – 386.

LGO/UE 1656 = Landgerichtsordnung für Österreich unter der Enns 1656, zeitgenössischer Druck

LO/T 1573 = Landesordnung Tirol 1573, zeitgenössischer Druck

LO/Slzbg 1526 = Landesordnung Salzburg 1526

LRE/OE 1609 = Landrechtsentwurf für Österreich ob der Enns 1609, zit. nach SlgChor 8 und 9

LRE/OE 1616/29 = Landrechtsentwurf für Österreich ob der Enns 1616/29, zit. nach der Edition von
Hans-Wolfgang Strätz, Landtafel des Erzherzogtums Österreich ob der Enns I (Forschungen zur
Geschichte Oberösterreichs 17), Linz 1990

LRE/UE 1526 = Landrechtsentwurf für Österreich unter der Enns 1526, zit. nach SlgChor 1, hier i. d.
Fassung mit Korrekturen

LRE/UE 1573 = Landrechtsentwurf für Österreich unter der Enns 1573, zit. nach SlgChor 3 und 4

LRE/UE 1595 = Landrechtsentwurf für Österreich unter der Enns 1595, zit. nach SlgChor 6 und 7

LRE/UE 1654 = Landrechtsentwurf für Österreich unter der Enns 1654, zit. nach SlgChor 10

LRO/OE 1535 = Landrechtsordnung für Österreich ob der Enns 1535, zit. nach SlgChor 1

LRO/OE 1627 = Landrechtsordnung für Österreich ob der Enns 1627, Druck Linz 1652

LRO/UE 1540 = Landrechtsordnung für Österreich unter der Enns 1540, zit. nach SlgChor 1

LRO/UE 1557 = Landrechtsordnung für Österreich unter der Enns 1557, zit. nach SlgChor 2

LRO/UE 1595 = Landrechtsordnung für Österreich unter der Enns, zit. nach SlgChor 7

ÖWT = Österreichische Weistümer, hrsg. von der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 1870 ff.

PO/NÖ 1542/1552 = Polizeiordnung für die niederösterreichischen Länder 1542 bzw. 1552, zeitgenössische Drucke (Artikelzählung durch den Verfasser)

PO/T 1573 = Polizeiordnung Tirol 1573, zeitgenössischer Druck

SlgChor = Sammlung lithographierter Mitteilungen und Abschriften österreichischer Rechtsquellen der Neuzeit, hrsg. unter der Leitung Carl von Chorinskys (Bandzahl entsprechend Signatur GesSlg B 350 der Rechtswissenschaftlichen Fakultätsbibliothek Wien)

StO/Wien = Stadtordnung Wien 1526, zit. nach Peter Csendes (Hg.), Die Rechtsquellen der Stadt Wien (Fontes Rerum Austriacarum III/9) Wien – Köln – Graz 1986, 267 – 309.

StPO/Slzbg = Polizeiordnung der Stadt Salzburg 1524.

Donau-Institut Working Papers
ISSN 2063-8191

Kopien können bestellt werden bei:

Universitätsbibliothek
Andrássy Universität Budapest
PF 1422
1464 Budapest
Hungary

Besuchen Sie uns auf unserer Homepage unter <http://www.andrassyuni.eu/donauinstitut>. Wir machen sie darauf aufmerksam, dass wir die Weitergabe des entsprechenden Working Paper einstellen, falls eine revidierte Version für eine Publikation an anderer Stelle vorgesehen ist.