

BERND-RÜDIGER KERN  
ELMAR WADLE  
KLAUS-PETER SCHROEDER  
CHRISTIAN KATZENMEIER  
Herausgeber

# HUMANIORA

## Medizin – Recht – Geschichte

Festschrift  
für ADOLF LAUFS  
zum 70. Geburtstag

 Springer

HUMANIORA

Medizin – Recht – Geschichte

---



*Adolf Laufs*

Bernd-Rüdiger Kern  
Elmar Wadle  
Klaus-Peter Schroeder  
Christian Katzenmeier  
Herausgeber

---

HUMANIORA  
Medizin –  
Recht –  
Geschichte

*Festschrift für Adolf Laufs  
zum 70. Geburtstag*

Professor Dr. iur.  
Bernd-Rüdiger Kern  
Universität Leipzig  
Juristenfakultät  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Rechtsgeschichte und Arztrecht  
Burgstraße 27  
04109 Leipzig  
kern@uni-leipzig.de

Professor Dr. iur.  
Klaus-Peter Schroeder  
JuS-Redaktion – Schriftleitung  
Postfach 110241  
60037 Frankfurt/M.  
jus@beck-frankfurt.de

Professor Dr. iur.  
Elmar Wadle  
Universität des Saarlandes  
Lehrstuhl für Deutsche  
Rechtsgeschichte  
und Bürgerliches Recht  
66123 Saarbrücken  
e.wadle@mx.uni-saarland.de

Professor Dr. iur.  
Christian Katzenmeier  
Universität zu Köln  
Professur für Bürgerliches Recht  
und Zivilprozessrecht  
Albertus-Magnus-Platz  
50923 Köln  
christian.katzenmeier@uni-koeln.de

ISBN-10 3-540-28439-7 Springer Berlin Heidelberg New York  
ISBN-13 978-3-540-28439-0 Springer Berlin Heidelberg New York

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek  
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;  
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Springer ist ein Unternehmen von Springer Science+Business Media  
[springer.de](http://springer.de)

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2006  
Printed in Germany

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: Erich Kirchner, Heidelberg

SPIN 11544012 64/3153-5 4 3 2 1 0 – Gedruckt auf säurefreiem Papier

## Vorwort

Wie andere Gebräuche und Gepflogenheiten ist auch die „Festschrift-Kultur“ ins Gerede gekommen. Man mag das Für und Wider anderswo lange diskutieren – die Herausgeber dieser Festschrift sind überzeugt davon, dass sie eine der besten Möglichkeiten darstellt, einem weitsichtigen Wissenschaftler und engagierten akademischen Lehrer Dank und Anerkennung zu zollen. Jeder, der sich daran beteiligt, kann auf eine weitschweifige Laudatio verzichten und seine Wertschätzung durch die Tat bezeugen, mithin durch ein wissenschaftliches Opusculum.

Auch wir, die Herausgeber, möchten diese Devise in Anspruch nehmen, wissen wir doch, dass dem Jubilar die Anerkennung durch die Tat lieber ist als die Lobrede. Gleichwohl kommen wir nicht umhin, der allgemeinen Übung zu entsprechen und Werdegang sowie Arbeitsfelder von Adolf Laufs in einem Vorwort anzusprechen. Mehr noch: Lebensdaten und wissenschaftliches Werk weisen so viele Merkmale auf, die tiefere Zusammenhänge vermuten lassen und schon deshalb nicht unerwähnt bleiben dürfen.

Am 18. 11. 1935 in Tuttlingen in eine kinderreiche Arztfamilie hineingeboren, verbrachte Adolf Laufs die Schulzeit in seiner schwäbischen Heimat. Das Studium der Rechtswissenschaft begann und beschloss er in Freiburg im Breisgau. Als Student und Referendar versäumte er nicht, Stationen in Berlin bzw. in Speyer einzulegen; in Freiburg wiederum promovierte er 1961 bei Hans Thieme und nach dem Assessorexamen, das er 1963 in Stuttgart abgelegt hatte, folgte eine kurze anwaltliche Tätigkeit in Tuttlingen. Dank eines Stipendiums der Deutschen Forschungsgemeinschaft konnte sich Laufs 1968 an der Freiburger Juristenfakultät habilitieren. Ein früher Ruf führte Laufs 1969 nach Heidelberg auf den Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte, Deutsches Privatrecht und Bürgerliches Recht; später wurde noch Medizinrecht hinzugefügt. Hier blieb er, als er Rufe an andere Universitäten erhielt, und hier übernahm er das Amt des Rektors in den Jahren 1979 bis 1983, mithin in einer immer noch unruhigen Zeit. 1984 folgte er dann doch einem Ruf Neckar aufwärts nach Tübingen; eine gewisse Distanz zur bisherigen Arbeit und die Aussicht auf neue Aufgaben mögen die Motivation geliefert haben. 1988 kehrte Laufs wieder nach Heidelberg zurück; die besondere Atmosphäre der im Gebiet der alten Kurpfalz gelegenen ehrwürdigen Universität ermöglichte neues Engagement. Auch nach der Emeritierung im Jahre 2001 fehlt es nicht an Plänen und Projekten.

Die Arbeiten, die den Start in das akademische Leben eröffnet haben, zeigen bereits an, in welche Richtungen die wissenschaftlichen Interessen führen würden. Die Dissertation über „Die Verfassung und Verwaltung der Stadt Rottweil 1650-1806“ (Stuttgart 1963) und die Habilitationsschrift über „Der Schwäbische Kreis. Studien über Einungswesen und Reichsverfassung im deutschen Südwesten zu Beginn der Neuzeit“ (Aalen 1971) greifen rechtshistorische Themen auf, die der schwäbisch-alemannischen Heimat verpflichtet sind; der Vortrag vor der Fakultät hingegen war der ärztlichen Aufklärungspflicht gewidmet, bezeugt mithin die

Aufgeschlossenheit für Rechtsfragen, die in einer Familie mit zahlreichen Angehörigen ärztlicher Berufe gewiss nicht unbekannt waren.

Rechts- und Verfassungsgeschichte einerseits und Arztrecht andererseits sind auch in der Folgezeit Kernbereiche der wissenschaftlichen Arbeit von Laufs geblieben. Im Laufe der Jahre kamen, wie das diesem Band beigelegte Verzeichnis zeigt, zahlreiche andere Themen hinzu. Im Rückblick sind Umfang und Vielfalt kaum noch mit wenigen Sätzen zu beschreiben; deshalb kann es hier nur darum gehen, einige Grundlinien festzuhalten.

Das rechtshistorische Interesse blieb natürlich nicht auf den deutschen Südwesten beschränkt. Schon in der Anfangszeit finden sich zahlreiche Arbeiten zu Themen, die vom Mittelalter bis zur Gegenwart reichen. Zwar ist nicht zu übersehen, dass Laufs immer wieder sein besonderes Augenmerk der Geschichte des „Alten Reiches“ zugewendet hat; als Beispiel mag seine Mitarbeit an dem von mehreren Kollegen mitgetragenen Projekt „Quellen und Forschungen zur Höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich“ gelten. Gleichwohl ist auch das Bestreben unverkennbar, der nachwachsenden Juristengeneration ein breites und solides historisches Grundwissen zu vermitteln. Einen viel beachteten Höhepunkt erreicht dieser eng mit der Lehrtätigkeit verknüpfte Umgang mit der Rechts- und Verfassungsgeschichte in dem erstmals 1973 erschienenen Lehrbuch „Rechtentwicklungen in Deutschland“. Dieses Werk, das 1996 in fünfter Auflage erscheinen konnte, verknüpft in vorbildlicher Weise Gründlichkeit und Konzentration auf das Unverzichtbare.

Die Gabe, komplexe Zusammenhänge überschaubar werden zu lassen, ohne ihre Problembeladenheit zu übergehen, hat Laufs auch in seinen vielen Darstellungen zum Arztrecht und nicht zuletzt zu dessen zivilrechtlichen Aspekten unter Beweis gestellt. Auch im Bereich des Medizinrechts können nur einige Titel genannt werden, die stellvertretend für viele andere stehen mögen: das 1977 in erster und 1993 in fünfter Auflage erschienene „Arztrecht“, das gemeinsam mit Wilhelm Uhlenbruck herausgegebene „Handbuch des Arztrechts“ (3. Auflage 2002) und nicht zuletzt die ebenso zahlreichen wie regelmäßigen Berichte und Kommentare zur Entwicklung des Arztrechts für die „Neue Juristische Wochenschrift“. Gleichgültig, ob es sich um eine Monografie oder „nur“ um ein „Traktätchen“ (wie Laufs gelegentlich schrieb) handelt hat – die Konzentration auf das Wesentliche ist immer zu spüren.

Dass diese Fähigkeit auch die Arbeit im Hörsaal bestimmt hat, weiß jeder, der eine Vorlesung von Adolf Laufs besucht hat. Mit Beharrlichkeit, Eifer und Nachdruck wurde vorgetragen, was wichtig war. Die Grenzen der Vereinfachung wurden indes nie überschritten; zugleich förderten kluge Hinweise die Bereitschaft der Hörer zum Eigenstudium.

Den Fächern, zu denen er sich hingezogen sah, hat Laufs auch als Herausgeber gedient. Zum Beleg nur zwei Beispiele: von 1978 bis 2000 war er Mitherausgeber der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte und seit 1985 fungiert er als Schriftleiter der von ihm mitbegründeten Zeitschrift „Medizinrecht“.

Entsprechendes gilt für die Mitarbeit in Organisationen und Institutionen. Im Vorstand der Baden-Württembergischen Kommission für geschichtliche Landeskunde arbeitete Laufs von 1978 bis 2000 mit. In der Heidelberger Akademie der

Wissenschaften, deren Mitglied er seit 1976 ist, fungierte er über viele Jahre als Vorsitzender der Kommission für das Deutsche Rechtswörterbuch. Von 1990 bis 1992 bekleidete Laufs das Amt eines Präsidenten der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht. Jahrzehntlang betätigte er sich als Mitglied in der Ethikkommission bei der Landesärztekammer Stuttgart, nachdem er zuvor schon in den Ethikkommissionen der Medizinischen Fakultäten Heidelberg und Tübingen und dann wieder Heidelberg tätig war. Er war geraume Zeit, genauer bis 2002, Mitglied der Zentralen Kommission zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Medizin mit ihren Grenzgebieten. Seit 1998 amtierte er als Mitdirektor des Gemeinsamen Instituts der Universitäten Heidelberg und Mannheim für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik.

Angesichts des vielfältigen Engagements kann es niemand verwundern, wenn Adolf Laufs immer wieder Ehrungen zuteil geworden sind. Beispielhaft seien hier nur genannt: zum einen die Ehrendoktorwürde, mit welcher die Universität Montpellier 1982 die Verdienste um die Zusammenarbeit mit der Universität Heidelberg anerkannt hat; zum anderen die 1998 verliehene Ehrenmitgliedschaft der Deutschen Gesellschaft für Rechtsmedizin.

Diese Festschrift kann mit derartigen Ehrbezeugungen nicht konkurrieren wollen. Sie will eher als Geste der Anerkennung verstanden werden und als Zeichen des Dankes, den Autoren und Herausgeber dem Jubilar erweisen möchten. Nicht versäumen wollen die Herausgeber auch einen Dank an den mit der Redaktion dieser Festschrift befassten Lehrstuhl von Bernd-Rüdiger Kern an der Juristenfakultät der Universität Leipzig und insbesondere an seinen Assistenten Adrian Schmidt-Recla, der aufopferungsvoll die Hauptlast trug.

Bernd-Rüdiger Kern  
Elmar Wadle  
Klaus-Peter Schroeder  
Christian Katzenmeier



# Tabula Gratulatoria

*Hans Ankum, Aerdenhout*  
*Christian Armbrüster, Berlin*  
*Beate Bahner, Heidelberg*  
*Franz-Robert Bärtels, Münster*  
*Karl Otto Bergmann, Hamm*  
*Yvonne Biedermann, Niederstriege*  
*Heike Böhm, Leipzig*  
*Alexander Brech, Dresden*  
*Gert Brüggemeier, Bremen*  
*Theodor Bühler, Zürich*  
*Ralf Clement, Schwetzingen*  
*Albrecht Cordes, Frankfurt/Main*  
*Franz-Josef Dahm, Essen*  
*Bettina Dick, Leipzig*  
*Christian Dierks, Berlin*  
*Friedrich Ebel, Berlin*  
*Udo Ebert, Jena*  
*Maïke Erbsen, Sindelfingen*  
*Albin Eser, Freiburg*  
*Doerthe Fleischer, Berlin*  
*Heinz H. Flick, Pirmasens*  
*Wolfgang Gitter, Bayreuth*  
*Lukas Gschwend, St. Gallen*  
*Hans-Peter Haferkamp, Köln*  
*Simone Gräfin von Hardenberg,  
Göttingen*  
*Paul Harneit, Kiel*  
*Frank Hartmann, Görlitz*  
*Reto M. Hilty, München*  
*Peter Hinz, Leonberg*  
*Günter Hirsch, Karlsruhe*

*Armin Höland, Halle*  
*Gerhard Hohloch, Freiburg*  
*Peter Hommelhoff, Heidelberg*  
*Jörg-Dietrich Hoppe, Düren*  
*Ulrich Hübner, Köln*  
*Lars Jungemann, München*  
*Gerhard Kegel, Hillesheim*  
*Hans-Friedrich Kienzle, Köln*  
*Friedrich Klein, Weil der Stadt*  
*Diethelm Klippel, Bayreuth*  
*Hans-Georg Knothe, Greifswald*  
*Thilo Korn, Leipzig*  
*Helmut Koziol, Wien*  
*Nadja Kroha, Berlin*  
*Ulrike Laurich, München*  
*Bernd von Maydell, München*  
*Bernd Mertens, Erlangen*  
*Reinhard Mußnug, Heidelberg*  
*Silvia Nemetschek, Wienhausen*  
*Eberhard Neumann, Ratingen*  
*Peter Oestmann, Münster*  
*Mike Peters, Hönow*  
*Rudolf Ratzel, München*  
*Gert Reinhart, Heidelberg*  
*Klaus Renziehausen, Chemnitz*  
*Fritz Rittner, Freiburg*  
*Gottfried Schiemann, Tübingen*  
*Bernd Schildt, Bochum*  
*Martin Schmidt-Kessel, Osnabrück*  
*Roman Schmidt-Radefeldt, Leipzig*  
*Susanne Schmidt-Radefeldt, Leipzig*

*Ruth Schmidt-Wiegand*, Marburg  
*Jörg Schmidke*, Hannover  
*Bernhard Schnyder*, Freiburg  
*Eltjo Schrage*, Onderkerk  
*Jochen Schulte am Esch*, Hamburg  
*Hans Hermann Seiler*, Wohltorf  
*Harald Siems*, München  
*Dietrich V. Simon*, Jena  
*Andreas Spickhoff*, Regensburg  
*Franz Staufer*, Dachau  
*Heinz-Dietrich Steinmeyer*, Münster  
*Michael Stolleis*, Frankfurt/Main

*Fritz Sturm*, Echandens  
*Jürgen Taeger*, Oldenburg  
*Alexander Teichmann*,  
Aschaffenburg  
*Andreas Thier*, Zürich  
*Klaus Ulsenheimer*, München  
*Martin Unterholzner*, München  
*Ralph Weber*, Rostock  
*Walther Weissauer*, Panicle  
*Reinhard Willvonseder*, Wien  
*Reinhard Zimmermann*, Hamburg

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> .....	V
<b>Rechtsgeschichte</b>	
<i>Ralph Backhaus</i> Ethik und Recht in Cicero: <i>de officiis</i> 3.12.50 ff.....	3
<i>Arno Buschmann</i> Enzyklopädie und geschichtliche Rechtswissenschaft – Johann Stephan Pütters juristische Enzyklopädie und Methodologie und die Entstehung der geschichtlichen Rechtswissenschaft.....	25
<i>Andreas Deutsch</i> Zwischen deliktischer Arzthaftung und Wetterzauber – Medizinrechtliche Fragestellungen im Klagspiegel (um 1436).....	45
<i>Bernhard Diestelkamp</i> Rechtsgutachten in Prozessen vor dem Hofgericht des Königs im 14. Jahrhundert.....	73
<i>Christian Hattenhauer</i> Zum falschen Arzt in Gegenwart und Rechtsgeschichte – Ein Gutachten des Hohen Rats von Holland, Seeland und Friesland aus dem Jahr 1768.....	85
<i>Martin Heckel</i> „Zelo domus dei“? – Fragen zum Protest des Heiligen Stuhls gegen den Westfälischen Frieden.....	93
<i>Robert Heuser</i> Wang Boqi (1908-1961) als Verteidiger republikchinesischer Rechtsreform.....	123
<i>Erik Jayme</i> Johann Kaspar Bluntschli (1808-1881) und das internationale Privatrecht – Zu einem Brief Bluntschlis an den Fürsten Bibesco.....	135
<i>Bernd-Rüdiger Kern</i> Frühe territoriale Hofgerichtsordnungen.....	145

<i>Gerhard Köbler</i> Vom Arzt im Recht zum Arztrecht.....	157
<i>Wilfried Küper</i> „Die Sprache ist das Organ der Vernunft.“ – Ein unbekannter Text Paul Johann Anselm Feuerbachs (1755-1833).....	173
<i>Gerhard Lingelbach</i> Heinrich Gerland – Ein Jenaer Rechtsgelehrter zwischen Republik und Diktatur.....	191
<i>Karlheinz Misera</i> D 6.1.72: Zwei widersprüchliche Verfügungen über dieselbe Sache – Rechtsfortbildung durch den Gerichtsmagistrat.....	215
<i>Dorothee Mußgnug</i> Die Achte Kurwürde.....	219
<i>Werner Ogris</i> Die Zensur in der Ära Metternich.....	243
<i>Dietmar Schanbacher</i> Zur Rezeption und Entwicklung des rhodischen Seewurfrechts in Rom.....	257
<i>Jan Schröder</i> Gesetzesbegriffe im Deutschen Kaiserreich und in der Weimarer Repu- blik.....	275
<i>Klaus-Peter Schroeder</i> Heinrich Zöpfl (1807-1877) – Eine Heidelberger Gelehrtenkarriere mit Hindernissen.....	287
<i>Werner Schubert</i> Preußen und das Bürgerliche Gesetzbuch.....	315
<i>Eva Schumann</i> Zur Rezeption frühmittelalterlichen Rechts im Spätmittelalter.....	337
<i>Wolfgang Sellert</i> „[...] der Pöbel hätte mich fast gesteinigt, wie er hörte, ich sei ein Ju- rist“ (J. W. v. Goethe).....	387
<i>Pirmin Spieß</i> Das Kallstadter Gerichtsprotokollbuch 1533-1563.....	401

<i>Elmar Wadle</i> Schutz gegen Nachdruck als Aufgabe einer bundesweiten „Organisation des deutschen Buchhandels“ – Metternichs zweiter Plan einer „Bundeszunft“ und sein Scheitern.....	431
<i>Dietmar Willoweit</i> Verfassungspolitisches Denken im Vorfeld des Grundgesetzes – Deutsche Geschichtsbilder und Zukunftsvisionen zwischen 1945 und 1948.....	459
<b>Recht und Kultur</b>	
<i>Christine Jung</i> Justitia in Heidelberg – Das Denkmal des Kurfürsten Carl Theodor und die Allegorie der Gerechtigkeit.....	481
<i>Bettina Kern</i> Julius Mosen, der politische Dichter.....	493
<i>Michael Kilian</i> Zwischen Hartz IV und Riesterrente: Beamtenpensionen und Rente in der schöngeistigen Literatur.....	509
<i>Hermann Weber</i> Georg Heym – Dichter des Expressionismus und Jurist wider Willen....	531
<b>Bürgerliches Recht</b>	
<i>Christian Baldus</i> Verbraucherschutz zwischen Vertrag und Nicht-Vertrag?.....	555
<i>Ludwig Häsemeyer</i> Die neue Haftungsregelung für gerichtliche Sachverständige (§ 839 a BGB) auf dem zivilprozessrechtlichen Prüfstand.....	569
<i>Christan Heinrich</i> Die Generalklausel des § 242 BGB.....	585
<i>Heinz-Peter Mansel</i> Kollisionsrechtliche Koordinierung von dinglichem und deliktischem Rechtsgüterschutz – Normzweck und Anwendungsbereich des § 44 EGBGB.....	609
<i>Herbert Roth</i> Rechtsformunabhängiges Grundpfandrecht.....	623

<i>Adrian Schmidt-Recla</i> Echte, faktische, wirtschaftliche Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage – Abgrenzungsversuche nach der Schuldrechtsreform.....	641
<b>Medizinrecht</b>	
<i>Erwin Bernat</i> Pränatale Diagnostik und Präimplantationsdiagnostik: Gibt es ein Recht auf informierte Fortpflanzung?.....	671
<i>Rudolf Bernhardt</i> Schutz von Leben und Gesundheit durch europäische Grundrechte – Anmerkungen zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.....	703
<i>Anke Borsdorff</i> Die zahnärztliche Aufklärungspflicht bei Standardheileingriffen.....	711
<i>Reinhard Damm</i> Informed Consent und informationelle Selbstbestimmung in der Genmedizin.....	725
<i>Erwin Deutsch</i> Die Aufklärung über mögliche Komplikationen durch den Impfarzt.....	753
<i>Dieter Dölling</i> Zur Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen.....	767
<i>Gerfried Fischer</i> Ärztliche Verhaltenspflichten und anzuwendendes Recht bei grenzüberschreitender telemedizinischer Behandlung.....	781
<i>Robert Francke</i> Die Bewertung von Untersuchungs- und Behandlungsmethoden sowie Arzneimitteln nach dem SGB V – Rechtliche Bindung und Kontrolle...	793
<i>Herbert Genzel</i> Die Durchbrechung der sektoralen Grenzen bei der Erbringung von Gesundheitsleistungen durch die Reformgesetzgebung insbesondere durch das GKV-Modernisierungsgesetz 2003 – Aus der Sicht der Krankenhäuser.....	817
<i>Dieter Hart</i> Vertrauen, Kooperation und Organisation – Probleme der Zusammenarbeit, der Übergabe und an Schnittstellen im Arzthaftungsrecht.....	843

---

<i>Thomas Hillenkamp</i> Gesundheitsfürsorge im Strafvollzug.....	881
<i>Christian Katzenmeier</i> Verschärfung der Berufshaftung durch Beweisrecht – Der grobe Behandlungsfehler.....	909
<i>Paul Kirchhof</i> Medizin zwischen Ethik, Recht und Vorbehalt des Möglichen.....	931
<i>Dieter Krauskopf</i> Medizinische Versorgungszentren – ein schwieriger Akt.....	953
<i>Hans Lilie</i> Zur Zukunft der Organ- und Gewebespende.....	959
<i>Hans-Dieter Lippert</i> Die zustimmende Bewertung einer Ethikkommission bei der klinischen Prüfung von Arzneimitteln nach dem novellierten Arzneimittelgesetz und der GCP-Verordnung.....	973
<i>Wolfgang Lüke</i> Probleme der Selbstständigeninsolvenz am Beispiel der Insolvenz einer Arztpraxis – Bemerkungen zu den Reformvorschlägen des Gesetzgebers.....	989
<i>Hanns Prütting</i> Gibt es eine ärztliche Pflicht zur Fehleroffenbarung?.....	1009
<i>Hans-Jürgen Rieger</i> Aktuelle Entwicklungen im ärztlichen Werberecht unter besonderer Berücksichtigung der Klinikwerbung.....	1025
<i>Gerhard H. Schlund</i> Der inkompetente medizinische Sachverständige und Gutachter: Möglichkeiten der Abwehr.....	1041
<i>Eberhard Schmidt-Aßmann</i> Organisationsformen des medizinischen Sachverständigen im Transplantationsrecht.....	1049
<i>Hans-Ludwig Schreiber</i> Ist der Mensch für sein Verhalten rechtlich verantwortlich?.....	1069
<i>Brigitte Tag</i> Gedanken zur Zulässigkeit von Sektionen.....	1079

<i>Jochen Taupitz und Kristiane Weber-Hassemer</i> Zur Verbindlichkeit von Patientenverfügungen.....	1107
<i>Wilhelm Uhlenbruck</i> Formulargesteuerter Medizinbetrieb – haftungsrechtliche Prävention oder Haftungsfalle?.....	1123
<i>Zafer Zeytin</i> Die ärztliche Aufklärungspflicht nach dem türkischen Recht.....	1143
<b>Varia</b>	
<i>Dieter Feddersen</i> Der Antagonismus zwischen der Business Judgement Rule des Gesell- schaftsrechts und der Anwendung des § 266 StGB durch Strafverfol- gungsbehörden und -gerichte.....	1169
<i>Thomas Pfeiffer</i> Internationalprivat- und -verfahrenrechtliches zu „heimlichen“ Vater- schaftstests.....	1193
<b>Verzeichnis der wissenschaftlichen Veröffentlichungen von Adolf Laufs.....</b>	1207
<b>Autorenverzeichnis.....</b>	1229



# Rechtsgeschichte

# Ethik und Recht in Cicero, *de officiis* 3.12.50 ff.

Ralph Backhaus

Die Frage nach der Prägung des Rechts durch Gebote der Ethik stellt sich in kaum einem anderen Bereich mit solcher Dringlichkeit wie im Arztrecht<sup>1</sup>, das seit mehreren Jahrzehnten zusammen mit der Rechtsgeschichte eines der Hauptarbeitsfelder des Jubilars bildet. Vielleicht finden darum die nachfolgenden Bemerkungen zu einigen Texten sein Interesse, in denen es auch um die Anforderungen geht, die Recht und Ethik an den Menschen stellen. Die Texte sind vor mehr als 2000 Jahren geschrieben worden, aber gleichwohl von unveränderter Aktualität. Ihr Autor ist Cicero, der wegen seines persönlichen Kontakts zu führenden Fachjuristen seiner Zeit<sup>2</sup>, wegen seiner Vertrautheit mit juristischen Fragestellungen als Advokat und wegen seiner Neigung zur Philosophie wie kaum ein anderer zu einem Diskurs über dieses Thema berufen ist. Die Schrift, aus der die nachfolgenden Passagen stammen, ist sein philosophisches Spätwerk *de officiis*<sup>3</sup>, das – verkürzt und stark vergrößernd gesagt – der Frage nach den ethischen Postulaten gewidmet ist, die ein anständiger Mensch (*vir bonus*) kraft der *philosophia* als für sich verpflichtend erfährt. Das dritte Buch dieser Abhandlung enthält eine längere Passage, in der Cicero anhand zahlreicher, teils fiktiver, teils realer Fallbeispiele aus dem Bereich des Kaufrechts die Anforderungen aufzeigt, die das Privatrecht des ersten vorchristlichen Jahrhunderts einerseits und die aus den *officia* ableitbaren ethischen Gebote andererseits an den Verkäufer stellen<sup>4</sup>.

Im Folgenden soll zunächst gezeigt werden, dass die vom *ius civile* und den *officia* ausgehenden Verhaltensanforderungen oft, aber nicht immer verschieden hoch sind (A). Sodann soll untersucht werden, welches philosophische Konzept hinter der Lehre von den *officia* steht und warum sich hieraus über das *ius civile* hinausreichende Verhaltensgebote ergeben können (B). Schließlich sind unsere Texte daraufhin zu befragen, welchen Stellenwert Cicero den *officia* für die staatliche Rechtsordnung zumisst (C).

---

<sup>1</sup> S. dazu nur Adolf Laufs, in: Adolf Laufs, Wilhelm Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., München 2002, § 4, Rdnr. 11: „Das Arztrecht zeigt sich danach auf die Berufsethik angewiesen und in sie eingebettet.“

<sup>2</sup> Er hat bei Quintus Mucius Scaevola Rechtsunterricht erhalten, s. nur Leopold Wenger, Die Quellen des römischen Rechts, Wien 1953, S. 481, und hatte enge Beziehungen zu Servius Sulpicius Rufus, s. Franz Wieacker, Römische Rechtsgeschichte, München 1988, S. 602.

<sup>3</sup> Es ist gegen Ende des Jahres 44 v. Chr. entstanden, s. dazu Matthias Gelzer, Cicero, Wiesbaden 1969, S. 357.

<sup>4</sup> Off. 3.12.50 ff.

## A. Verkäuferpflichten nach *ius civile* und kraft der *officia*

Das Spannungsverhältnis zwischen den Pflichten, die das *ius civile* einerseits und die *philosophia* andererseits dem Verkäufer auferlegen, aber auch die Frage nach einer möglichen Konvergenz beider Pflichtenkreise zieht sich wie ein roter Faden durch die Erörterungen in off. 3.12.50 ff. Dies kann hier nur anhand von drei besonders signifikanten Fällen beispielhaft aufgezeigt werden<sup>5</sup>:

### I. Der Fall des Getreidehändlers (*frumentarius*)

Der Fall, mit dem Cicero seinen Diskurs in off. 3.12.50 ff. eröffnet, ist fiktiv, zeigt aber – vielleicht gerade darum – besonders anschaulich den Konflikt zwischen Ethik und Ökonomie auf<sup>6</sup>:

Off. 3.12.50: *Si exempli gratia vir bonus Alexandria Rhodum magnum frumenti numerum advexerit in Rhodiorum inopia et fame summaque annonae caritate, si idem sciat complures mercatores Alexandria solvisse navesque in cursu frumento onustas petentes Rhodum viderit, dicturusne sit id Rhodiis an silentio suum quam plurimo venditurus? Sapientem et bonum virum fingimus; de eius deliberatione et consultatione quaerimus, qui celaturus Rhodios non sit, si id turpe iudicet, sed dubitet, an turpe non sit.*

Ein Händler segelt auf seinem mit Weizen<sup>7</sup> beladenen Schiff von Alexandria nach Rhodos, wo gerade eine Hungersnot herrscht und darum die Getreidepreise entsprechend hoch sind. Er weiß, dass noch andere Getreidehändler mit ihren Schiffen nach Rhodos unterwegs sind, kommt aber als erster dort an. Darf er den Inselbewohnern die baldige Ankunft der weiteren Schiffe verschweigen und so den Preis hoch halten, um möglichst günstig verkaufen zu können?

Cicero entscheidet diese Frage zunächst nicht, sondern lässt die beiden stoischen Philosophen Diogenes von Babylon<sup>8</sup> und Antipater von Tarsos<sup>9</sup> einen fiktivi-

<sup>5</sup> Nicht behandelt werden können vor allem die (schwierigen) Fälle in off. 3.14.58 und off. 3.16.66/67. Ich werde darauf an anderer Stelle zurückkommen.

<sup>6</sup> Hierauf führt Maria Sara Goretti, *Il problema del silenzio nella esemplificazione ciceroniana del „de officiis“: ipotesi circa la giuridicità come storica e come reale*, in: Franco Pastori u. a. (Hrsg.), *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, Bd. 3, Milano 1982, S. 75 ff., treffend die Diskussion in off. 3.12.50 ff. zurück.

<sup>7</sup> Zwar spricht der Text hier allgemein von Getreide (*frumentum*). Dass es aber um Weizen ging, ergibt sich aus off. 3.12.52, wo von *tritium* die Rede ist.

<sup>8</sup> Er ist Schüler des Chrysipp und Lehrer des Panaitios, an dessen Werk Cicero in *de officiis* anknüpft, s. dazu unten B I. Gestorben ist er wohl vor 150 v. Chr. Näher zu ihm Max Pohlenz, *Die Stoa*, Bd. 1, 2. Aufl., Göttingen 1959, S. 180 ff.; Heinrich Dörrie, „Diogenes“, in: Konrad Ziegler, Walter Sontheimer (Hrsg.), *Der kleine Pauly*, Lexikon der Antike, Bd. 2, München 1979, Sp. 48.

<sup>9</sup> Auch er war bezeichnenderweise Lehrer des Panaitios und Nachfolger des Diogenes als Schulhaupt der Stoa, s. Pohlenz, *Stoa*, S. 180 ff.; Dörrie, „Antipater“, in: *Der kleine Pauly*, Bd. 1, 1979, Sp. 395.

ven Disput hierüber führen<sup>10</sup>, in dem Letzterer eine umfassende Aufklärung der Kaufinteressenten durch den Verkäufer als geboten ansieht<sup>11</sup>, während Diogenes eine Aufklärung nur insoweit als geboten ansieht, als das Recht den Verkäufer hierzu verpflichtet<sup>12</sup>. Hier klingt schon an, dass das *ius civile* in diesem Fall eine Aufklärung des Käufers nicht fordert. Noch deutlicher wird das später in off. 3.16.67, wo Cicero nochmals auf den Fall des Getreidehändlers zu sprechen kommt und ausführt, sein Schweigen könne vom *ius civile* nicht erfasst und damit auch nicht sanktioniert werden<sup>13</sup>. Eine Aufklärung des Käufers durch den Verkäufer über den Marktwert der Kaufsache und dessen bevorstehende Veränderungen ist also aus der Sicht Ciceros rechtlich nicht geboten. Dies steht in vollem Einklang mit der Überlieferung in den juristischen Quellen, wonach es bei Kaufgeschäften beiden Parteien erlaubt ist, unter Wert zu kaufen und über Wert zu verkaufen und sich so gegenseitig zu übervorteilen<sup>14</sup>.

Der Haltung eines *vir bonus* entspricht ein solches Vorgehen allerdings nicht; in off. 3.13.57 heißt es dazu:

*Non igitur videtur nec frumentarius ille Rhodios [...] celare emptores debuisse. Neque enim id est celare, quicquid reticeas, sed cum, quod tu scias, id ignorare emolumentum tui causa velis eos, quorum intersit id scire. Hoc autem celandi genus quale sit et cuius hominis, quis non videt? Certe non aperti, non simplices, non ingenui, non iusti, non viri boni, versuti potius, obscuri, astuti, fallacis, malitiosi, callidi, veteratoris, vafri.*

<sup>10</sup> Hierzu etwa Marta Sordi, I maestri greci di Tiberio Gracco e la polemica antigraecana, in: Vincenzo Giuffrè (Hrsg.), Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino, Bd. 1, Napoli 1984, S. 125, 127 f.

<sup>11</sup> [...] *omnia patefacienda, ut ne quid omnino, quod venditor norit, emptor ignoret* [...]

<sup>12</sup> [...] *Diogeni venditorem, quatenus iure civili constitutum sit, dicere vitia oportere, cetera sine insidiis agere et, quoniam vendat, velle quam optime vendere* [...] Zur juristischen Färbung der Argumentation des Diogenes zutreffend Mario Talamanca, La bona fides nei giuristi romani: „Leerformeln“ e valori dell’ordinamento, in: Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea, Bd.4, 2003, S. 1, 140 f.

<sup>13</sup> [...] *huiusmodi reticentiae iure civili comprehendere non possunt.*

<sup>14</sup> Pomp. D. 4.4.16.4: *Idem Pomponius scribit in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.* Paul. D. 19.2.22.3: *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere* [...] Verfehlt ist hier die Deutung als wechselseitige Betrügereien durch Ulrich v. Lübtow, De iustitia et iure, in: ZRG Rom. Abt. 66 (1948), S. 458, 500, und von Antonio Carcaterra, Dolus bonus, dolus malus (1970), S. 201 ff.; richtig dazu Theo Mayer-Maly, Privatautonomie und Vertragsethik im Digestenrecht, in: Iura 6 (1955), S. 128, 130 f.; Andreas Wacke, Rezension Carcaterra, in: ZRG Rom. Abt. 88 (1971), S. 440, 444; eingehend ders., Circumscribere und dolus, in: ZRG Rom. Abt. 94 (1977), S. 184, 185 ff.; Cosima Möller, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht, Göttingen 1990, S. 31 ff.

Hier wird deutlich, dass die *philosophia* zur Erfüllung der *officia* mehr verlangt als die Beachtung der Regeln der Rechtsordnung<sup>15</sup>. Zwar ist danach nicht jedes Verschweigen bestimmter Umstände im Rechtsverkehr als unlauter zu bewerten, wohl aber dann, wenn dies in der Absicht geschieht, sich hierdurch gegenüber der Gegenpartei einen Vorteil zu verschaffen (*emolumentum causa*). Das entspricht nicht der Haltung eines offenen, einfachen, aufrichtigen, gerechten, rechtschaffenen Menschen, sondern wird mit einer langen Liste von Negativattributen belegt<sup>16</sup>.

## II. Der Fall der ungesunden Häuser (*aedes pestilentes*)

Das Gefälle, das aus Ciceros Sicht zwischen den Geboten der Ethik und des Rechts bestehen kann, offenbart ein weiterer Fall, dessen rechtliche Bewertung freilich weniger eindeutig ausfällt als soeben beim Getreidehändler:

Off. 3.13.54: *Vendat aedes vir bonus, propter aliqua vitia, quae ipse norit, ceteri ignorant, pestilentes sint et habeantur salubres*<sup>17</sup> [...], *sed hoc praeter dominum nemo sciatur; quaero, si haec emptoribus venditor non dixerit aedesque vendiderit pluris multo, quam se venditurum putarit, num id iniuste aut inprobe fecerit?*

Auf einem Grundstück steht ein Haus, das *pestilens* ist; dieser Begriff weist gerade bei Cicero auf einen Gegensatz zu *saluber* bzw. *salubris* hin und bedeutet damit so viel wie „gesundheitsschädlich“, „ungesund“<sup>18</sup>; der pointierte Vergleich *pestilentes sint habeantur salubres* bestätigt dies. Der Eigentümer des Grundstücks, auf dem die Häuser stehen, weiß dies und möchte sie deshalb (*propter vitia*) verkaufen; angesichts des hohen Alters der Regel *superficies solo cedit*<sup>19</sup> ist

<sup>15</sup> Treffend zu den unterschiedlich hohen Anforderungen schon August Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, Bd. 1, Leipzig 1876, S. 646; Wacke, in: ZRG Rom. Abt. 94 (1977), S. 184, 200 ff.; Martin Josef Schermaier, *Bona fides im römischen Vertragsrecht*, in: *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Bd. 3, 2003, S. 387, 414 f.

<sup>16</sup> Ein Verkäufer, der in dieser Situation schweigt, ist verschlagen (*versutus*), finster (*obscurus*), schlau (*astutus*), betrügersich (*fallax*), böseartig (*malitiosus*), hinterlistig (*callidus*), ränkevoll (*veterator*) und arglistig (*vafer*).

<sup>17</sup> Der Text enthält hier noch zwei weitere Beispiele, nämlich den Verkauf von Häusern, in deren Schlafräumen sich Schlangen aufhalten (*in omnibus cubiculis apparere serpentes*), und den Verkauf von mit schlechtem Bauholz errichteten und darum baufälligen Häusern (*sint male materialatae et ruinosae*). Auf diese Fallvarianten kann hier nicht näher eingegangen werden, zumal da Cicero auf sie – anders als auf die *aedes pestilentes* – im weiteren Gang seiner Erörterungen nicht mehr zu sprechen kommt.

<sup>18</sup> S. dazu Karl Ernst Georges, *Ausführliches Lateinisch-Deutsches Handwörterbuch*, Nachdruck der 8. Aufl., Darmstadt 2003, s. v. *pestilens*. Im selben Sinn wird der Begriff auch von Livius und Vitruv verwendet.

<sup>19</sup> Sie ist wohl schon in dem Zwölf-Tafel-Satz 6.8 enthalten: *„tignum iunctum aedibus vineave et concapit ne solvito“*, s. dazu Bruno Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln*, Köln 1970, S. 87 ff., insbes. S. 89. S. auch zur *„usucapio“* den Bericht in Gai. 2.42,

dabei davon auszugehen, dass dies auch zu Ciceros Zeit nur durch eine Veräußerung der Grundstücke möglich war, auf denen die Gebäude belegen waren. Er weist aber den Käufer nicht auf die Gesundheitsgefahren hin, obwohl dieser hier von nichts weiß (*habeantur salubres*).

Dass ein solcher Verkäufer nach Ciceros Verständnis seine ethischen Verpflichtungen (*officia*) gegenüber dem Käufer verletzt, vermag nicht zu verwundern. Denn nicht anders als der Getreidehändler verschweigt auch er Umstände, an deren Kenntnis dem Käufer gelegen ist, um seines eigenen Gewinns willen. Darum wird er auch von Cicero explizit dem Getreidehändler gleichgestellt, der den Rhodiern die baldige Ankunft weiterer Schiffe verheimlicht; auch sein Verhalten entspricht nicht dem eines *vir bonus*, der die aus den *officia* erwachsenden Gebote beachtet:

Off. 3.13.57: *Non igitur videtur nec frumentarius ille Rhodios nec hic aedium venditor celare emptores debuisse. [...] Hoc autem celandi genus quale sit et cuius hominis, quis non videt? Certe non [...] viri boni [...]*

Überraschend ist dann aber die juristische Bewertung des Falles durch Cicero<sup>20</sup>. Nachdem er zunächst wiederum Diogenes und Antipater hat disputieren lassen und sodann weitere Beispielfälle abgehandelt hat, kommt er in off. 3.16.67 im Zusammenhang mit einem dieser Fälle erneut auf den Verkauf des Getreides an die Rhodier und der *aedes pestilentes* zu sprechen. In beiden Fällen kann ein solches Schweigen vom *ius civile*<sup>21</sup> seiner Zeit nicht erfasst und sanktioniert werden:

[...] *frumentarius ille [...] aedium pestilentium venditor tacuit. Sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendendi non possunt [...]*

Wie wir oben I. gesehen haben, entspricht dieser Befund bezüglich des *frumentarius* der Rechtslage, die sich aus den juristischen Quellen ergibt. Hinsichtlich der *aedes pestilentes* scheint das anders zu sein. Die Quellen des klassischen Rechts bezeugen durchgängig eine Haftung des wissentlich einen Mangel der Kaufsache verschweigenden oder sonst arglistigen Verkäufers mit der Kaufklage (*actio emp-*

---

mag auch die Einbeziehung der *aedes* in die Ersitzungsfrist für Grundstücke nicht aus dem 12-Tafel-Gesetz stammen, s. dazu Max Kaser, *Römisches Privatrecht*, 2. Aufl., Bd. 1, München 1971, S. 135 u. Fn. 3. Zum strengen Festhalten an diesem Grundsatz s. Johann Michael Rainer, *Superficies und Stockwerkseigentum im klassischen römischen Recht*, in: ZRG Rom. Abt. 106 (1989), S. 327, 356 f.

<sup>20</sup> S. dazu etwa die Bewertung bei Dieter Nörr, *Rechtsskritik in der römischen Antike*, München 1974, S. 43 („kaum einsichtig“).

<sup>21</sup> Interessant ist die abweichende Deutung des Begriffs *ius civile* bei Talamanca, in: *Il ruolo della buona fede*, Bd. 4, 2003, S. 1, 144: Hiermit sei das herkömmliche *ius civile* gemeint, in das die *actio empti* zu Ciceros Zeit noch nicht Eingang gefunden habe. Danach hätte Cicero eine Haftung mit der *actio empti* außerhalb dieses *ius civile* – ebenso wie im Fall von off. 3.16.66 – für möglich gehalten. Das würde gut zum Fall des Verkaufs von *aedes pestilentes*, aber schwerlich zum Fall des Getreidehändlers passen.

ti)<sup>22</sup>. Gerade auch im Zusammenhang mit dem Verkauf einer *res pestilens* wird auf die Einstandspflicht des Verkäufers hingewiesen<sup>23</sup>. Die möglichen Gründe, aus denen das *ius civile* der Zeit Ciceros dies anders bewertet hat, können im vorliegenden Rahmen nur angedeutet werden<sup>24</sup>:

## 1.

Ein Hinweis hierauf ergibt sich vielleicht aus den beiden deutlich juristisch gefärbten Argumenten<sup>25</sup>, die Cicero im Rahmen des fiktiven philosophischen Disputes um die *aedes pestilentes* dem Kombattanten Diogenes in den Mund legt:

Off. 3.13.55.: [...] *Num te emere coegit, qui ne hortatus quidem est? Ille, quod non placebat, proscrispsit, tu quod placebat, emisti. Quod si qui proscrisbunt villam bonam beneque aedificatam non existimantur fefelisse, etiam si illa nec bona est nec aedificata ratione, multo minus, qui domum non laudarunt. Ubi enim iudicium emptoris est, ibi fraus venditoris quae potest esse? Sin autem dictum non omne praestandum est, quod dictum non est, id praestandum putas?*

<sup>22</sup> Ulp. D 19.1.1.1; Mod. D 19.1.39 (wissentliches Verschweigen einer Servitut, so schon die *veteres*); Paul. D 19.1.4 pr.; Ulp. D 19.1.11.5; D 21.1.4.4 (wissentliches Verschweigen, dass der verkaufte Sklave ein *fur*, dass die als Jungfrau verkaufte Sklavin eine *mulier* war, dass der verkaufte Sklave mit einem *vitium animi* behaftet war); Pomp. D 19.1.6.8 (Arglisthaftung bei wissentlich falschem *polliceri* durch den Verkäufer); eod. § 9; Paul. D 19.1.45.1 (Haftung trotz Haftungsausschluss bei Wissen des Verkäufers um Rechtsmangel); Paul. D 19.1.21.1; Pap. D 19.1.41 (*actio empti* bei Verschweigen der Belastung des verkauften Grundstücks mit Abgaben).

<sup>23</sup> Ulp. D 21.1.49: *Etiam in fundo vendito redhibitionem procedere nequaquam incertum est, veluti si pestilens fundus distractus sit* [...]. Diese Stelle wird zwar wegen des Bezugs der *redhibitio* auf den Verkauf eines Grundstücks meist für itp. gehalten (Giambattista Impallomeni, L'editto degli edili curuli, Padua 1955, S. 265 ff.; Peter Mader, in: ZRG Rom. Abt. 101 (1984), S. 206, 220 u. Fn. 81; Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 2, S. 393 Fn. 71 mwN; offen Alan Watson, Sellers' Liability for Defects: Aedilician Edict and the Praetorian Law, in: Iura 38 (1987), S. 167, 171 Fn. 9. Doch konnte auch nach klassischem Recht außerhalb des vom ädilischen Edikt erfassten Bereichs mit der *actio empti* Rückgängigmachung des Kaufes verlangt werden, und zwar gerade vom wissentlich schweigenden Verkäufer (PS 2.17.6; Ulp. D 19.1.11.5: *ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem*). Bei einem solchen Verständnis ist das Fragment unbedenklich und bezeugt, dass der *fundus pestilens* von den Klassikern als mangelbehaftet angesehen wurde und sein Verkauf Gewährleistungsrechte des Käufers auslösen konnte. S. ferner C 4.58.4.1 (Diocl. et Max.): *Idem observatur et si pestibilis fundus, id est pestibulas vel letiferas habens, ignorante emptore distractus sit: nam in hoc etiam casu per eandem actionem (s.c. redhibitoriam) eum quoque redhibendam esse*. Der Bezug auf die *actio redhibitoria* beim Grundstücksverkauf stammt fraglos von den Kompilatoren; eine Haftung mit der *actio empti* im ursprünglichen Zusammenhang könnte dagegen durchaus Sinn machen.

<sup>24</sup> Diese schwierige Frage bedarf eingehender Untersuchung. Ich werde hierauf an anderer Stelle zurückkommen.

<sup>25</sup> Anders insoweit Beseler, De iure civili Tullio duce ad naturam revocando, in: BIDR 39 (1931), S. 295, 303 f., wonach Diogenes sophistisch argumentiert.

Wenn schon der Verkäufer, der sein Haus als „gut“ (*bona*) oder „gut gebaut“ (*bene aedificata*) anpreist, für sein *dictum* nicht einstehen muss, dann erst recht nicht derjenige, der nur schweigt. Und wenn der Käufer die Kaufsache selbst ansehen und begutachten kann (*ubi iudicium emptoris est*), kann kein Betrug des Verkäufers vorliegen<sup>26</sup>. Mit dem zweiten Argument ist erkennbar auf den vielfach überlieferten Rechtssatz angespielt, dass man als Verkäufer den Käufer auf diesem bekannte und offenkundige Mängel der Kaufsache nicht hinweisen muss<sup>27</sup>; auch Cicero war dieser Topos vertraut<sup>28</sup>. Auch das erste Argument finden wir in der juristischen Literatur: Die bloße Anpreisung (*nuda laus*) des verkauften Sklaven als „brav“, „rechtschaffen“ (*frugi, probum*), „gehorsam“ (*dicto audientem*) oder „wohlgestaltet“ (*speciosum*) begründet keine Haftung des Verkäufers<sup>29</sup>. Dasselbe gilt nach Florentin für die Empfehlung, das zum Kauf angebotene Haus sei „gut gebaut“ (*bene aedificata*)<sup>30</sup>; die Übereinstimmung dieses Fallbeispiels mit dem des Cicerotextes belegt, dass es sich dabei um einen typischen Schulfall aus dem Rechtsunterricht handelt, und damit die juristische Prägung der von Diogenes ins Feld geführten Argumente. Die *communis opinio* über die Unverbindlichkeit derartiger Anpreisungen unter den Juristen musste nun aber einen Erst-Recht-Schluss nahe legen: Wenn schon das Anpreisen von nichts sagenden Eigenschaften wie

<sup>26</sup> Beide Argumente sind auch nicht trennscharf zu unterscheiden: Wenn der Käufer die Sache selbst betrachten und prüfen kann, liegt eine bloße Anpreisung näher, als wenn er sich auf die Angaben des Verkäufers verlassen muss, s. dazu treffend Franz Horak, Ästhetische Probleme bei den römischen Juristen, in: Iura 38 (1987), S. 155, 158.

<sup>27</sup> Ulp. D 19.1.1.1 (*actio empti*); D 21.1.1.6; eod. 14.10, Pomp. D 21.1.48.4 (*actio redhibitoria oder quanti minoris*). Nach Karl Heldrich, Das Verschulden beim Vertragsschluss, Leipzig 1924, S. 4 f., und Peter Stein, Fault in the Formation of Contract, Edinburgh 1957, S. 9, ist dies der Grund dafür, dass der Verkäufer von *aedes pestilentes* nicht haftet.

<sup>28</sup> So ganz deutlich off. 3.16.67: [...] *quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret.* [...]

<sup>29</sup> Ped.-Ulp. D 21.1.19 pr./1: *Sciendum tamen est quaedam et si dixerit praestare eum (s.c. venditorem) non debere, scilicet ea, quae ad nudam laudem servi pertinent: veluti si dixerit frugi probum dicto audientem. Ut enim Pedius scribit, multum interest, commendandi servi causa quid dixerit, an vero praestaturum se promiserit quod dixit.* Ebenso Flor. D 18.1.43 pr.: *Ea quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant, veluti si dicat servum speciosum [...].*

<sup>30</sup> Flor. D 18.1.43 pr. (8 inst.): [...] *veluti si dicat [...] domum bene aedificatam [...].* In der Sache übereinstimmend, doch ohne Fallbeispiele, auch Ulp. D 4.3.37. S. dazu etwa Max Kaser, Unlautere Warenanpreisungen beim römischen Kauf, in: Gerhard Frotz, Werner Ogris (Hrsg.), Festschrift Heinrich Demelius, Wien, Mainz 1973, S. 127 ff.; Wacke, in: ZRG Rom. Abt. 94 (1977), S. 184, 196 f. mwN; Lorena Manna, Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis, 1994, S. 123 ff.; Eva Jakab, Praedicere und cavere beim Marktkauf, München 1997, S. 133 f.; ferner unter Hinweis auf den Verkauf *bonis condicionibus* unter dem Regime des syrisch-römischen Rechtsbuchs Michael Memmer, Der „schöne“ Kauf des „guten“ Sklaven, in: ZRG Rom. Abt. 107 (1990), S. 1, 22 u. Fn. 80.



*domus bene aedificata* oder *aedes salubres* den Verkäufer nicht haftbar machte, dann erst recht nicht das Schweigen zum Fehlen solcher Eigenschaften.

## 2.

Dies führt unmittelbar zu einer weiteren Deutungsmöglichkeit. Cicero selbst weist darauf hin, dass die Verantwortlichkeit des Verkäufers bei der Einstandspflicht für Angaben im Rahmen einer *lex mancipio dicta (nuncupatio)* seit alters her, nämlich bereits im Recht des 12-Tafel-Gesetzes, anerkannt war und erst später von den Juristen auf die Einstandspflicht für (wissentliches) Schweigen erstreckt wurde<sup>31</sup>:

Off. 3.16.65: *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta*<sup>32</sup>.

Offenbar ist positives Tun (*dictum*) als Anknüpfungspunkt einer Einstandspflicht leichter vorstellbar als Unterlassen (*reticentia*)<sup>33</sup>. Das scheint nicht nur in dem oben referierten *argumentum a maiore ad minus* durch, das Cicero dem Diogenes

<sup>31</sup> Für einen Bezug dieses Textes auf eine Vertragsstrafe, den Karoly Visky, *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del principato*, in: *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Bd. 2, 1971, S. 597, 602 f., vermutet, sehe ich keine Anhaltspunkte.

<sup>32</sup> Zu diesem Text s. etwa Raymond Monier, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris 1930, S. 5 ff.; ders., *La notion d'éviction de vices juridiques dans la mancipation*, in: *Iura* 5 (1954), S. 169 ff.; Max Kaser, *Das altrömische ius*, Göttingen 1949, S. 123; ders., „Unmittelbare Vollstreckbarkeit“ und Bürgerregreß, in: *ZRG Rom. Abt.* 100 (1983), S. 80, 84 ff.; Dietrich V. Simon, *Begriff und Tatbestand der iniuria im altrömischen Recht*, in: *ZRG Rom. Abt.* 82 (1965), S. 132, 149 ff.

<sup>33</sup> Streitig ist die in off. 3.16.65 einschlägige Klage, für eine *actio auctoritatis* etwa Franz Haymann, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin 1912, S. 46 f.; für einen Bezug auf die *actio de modo agri* Alan Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, S. 81; Alfredo Calonge, *Eviction*, Salamanca 1968, S. 89; Okko Behrends, *La mancipatio nelle XII tavole*, in: *Iura* 33 (1982), S. 46, 57 f.; Manna, *Actio redhibitoria*, S. 99 f.; für einen Bezug auf die *actio empti* Alfred Pernice, *Labeo*, Bd. 3, Halle 1892, S. 119 f.; Axel Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff*, Uppsala 1940, Teil 2, S. 332 f.; Stein, *Fault in the Formation of Contract*, S. 8; Gerardo Broggin, *Iudex arbiterve*, Graz 1957, S. 227; Nicola Bellocci, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano 1979, S. 95 ff.; Riccardo Cardilli, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1995, S. 158 u. Fn. 139; Martin Pennitz, *Das periculum rei venditae*, Wien 2000, S. 173 u. Fn. 112; Nunzia Donadio, L'„actio de modo agri“ nel ricordo delle „Pauli Sententiae“, in: *Index* 28 (2000), S. 313, 319 ff. Noch anders Monier, *Garantie*, S. 5 ff. (action plus générale, zu der die *actio de modo agri* einen Sonderfall darstellt). Die Bezugnahme Ciceros auf die Formel der *actio empti* in dem nachgeschalteten Beispielfall (off. 3.16.66) und auf die *bona fides* sowie das *damnum praestari* weist m.E. eher auf die *actio empti* hin.

in den Mund legt. In dieselbe Richtung weist die Bemerkung Ciceros in off. 3.14.58, arglistiges Vorspiegeln sei mehr zu tadeln als bloßes Verschweigen<sup>34</sup>. Die juristischen Quellen bezeugen parallele Entwicklungen, so etwa bei der Entwicklung der *actio de dolo*: Während noch Servius den *dolus* von einem Vorspiegeln durch positives Tun abhängig machte (*cum aliud simulatur et aliud agitur*)<sup>35</sup>, kommt einige Jahrzehnte später Labeo, dem die Späteren folgen, ohne eine solche *simulatio* aus<sup>36</sup>; (erst) damit ist anerkannt, dass auch bloßes Schweigen die *actio de dolo* auszulösen vermag. Ein ähnliches Phänomen ist im Deliktsrecht zu beobachten, wo noch die klassischen Juristen nur das positive Tun mit einer *actio legis Aquiliae* sanktionieren, während beim Unterlassen eine *actio utilis* vonnöten ist<sup>37</sup>. All dies lässt es als plausibel erscheinen, dass auch im Kaufrecht die Einstandspflicht des Verkäufers für (wissentliches) Verschweigen ungünstiger Eigenschaften der Kaufsache erst nach und nach anerkannt worden ist<sup>38</sup>, dass zu Ciceros Zeit diese Entwicklung noch im Fluss war, dass das Schweigen des Verkäufers von *aedes pestilentes* – vielleicht wegen der Unbestimmtheit dessen, was unter „gesundheitsschädlich“ zu verstehen ist<sup>39</sup> – damals keinen anerkannten Haftungsstat-

<sup>34</sup> Off. 3.14.58: *Quod si vituperandi qui reticuerunt, quid de iis existimandum est, qui orationis vanitatem adhibuerunt?*

<sup>35</sup> Zu den Möglichkeiten der Bedeutung von *agere* (im Sinn von „tun“ oder „beabsichtigen“) s. Fritz Pringsheim, *Id quod actum est*, in: ZRG Rom. Abt. 78 (1961), S. 1, 44 f.; Geoffrey McCormack, *Aliud simulatum, aliud actum*, in: ZRG Rom. Abt. 104 (1987), S. 637 ff. mit zahlreichen Nachweisen zu den unterschiedlichen Auffassungen.

<sup>36</sup> S. dazu D 4.3.1.2 (Ulp. 11 ad ed.): *Dolum malum Servius quidem ita definit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulationem id agi, ut quis circumveniat [..] s. dazu Alan Watson, Actio de dolo and actiones in factum*, in: ZRG Rom. Abt. 78 (1961), S. 392 ff.; Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, S. 645; abweichend die Deutung bei Carcaterra, *Dolus bonus*, S. 102 ff.; ihm zustimmend Wacke, *Rezension Carcaterra*, in: ZRG Rom. Abt. 88 (1971), S. 440, 443 f.; zuletzt zu dieser Stelle Dieter Nörr, *Probleme der Eviktionshaftung im klassischen römischen Recht*, in: ZRG Rom. Abt. 121 (2004), S. 152, 176.

<sup>37</sup> Gai. 3.219; Ner.-Ulp. D 9.2.9.2; Ulp. D 9.2.29.7. Zu dieser Parallele auch zutreffend Okko Behrends, *Das römische Gesetz unter dem Einfluss der hellenistischen Philosophie*, in: Okko Behrends, Wolfgang Sellert (Hrsg.), *Nomos und Gesetz*, Göttingen 1995, S. 135, 209.

<sup>38</sup> S. dazu mit Bezug auf die Beschränkung auf *iura praedii* schon Gustav Hanausek, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware*, Berlin 1883, S. 43. Gegen die Annahme einer solchen Entwicklung freilich Vincenzo Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1956, S. 212 f.

<sup>39</sup> Dafür spricht, dass die Grenze von der unverbindlichen Anpreisung zur haftbar machenden Zusicherung umso eher überschritten ist, je konkreter die Angaben des Verkäufers sind, s. Ped.-Ulp. D 21.1.19 pr./1: *[...] Pedius scribit, multum interest, commendandi servi causa quid dixerit, an vero praestaturum se promiserit quod dixit. Plane si dixit aleatorem non esse, furem non esse, ad statuum numquam confugisse, oportet eum id praestare*. Aufschlussreich ist auch die Bemerkung Ciceros in off.

bestand erfüllte und dass daraus das Gefälle zwischen den Anforderungen der *philosophia* und des *ius civile* an den Verkäufer resultiert.

### III. Das Verschweigen von Mängeln (*vitia*) beim Grundstücksverkauf

Eine Bestätigung für die soeben angestellten Vermutungen zur allmählichen Entwicklung der Einstandspflicht des Verkäufers für wissentliches Verschweigen von Eigenschaften der Kaufsache, aber auch interessante Erkenntnisse über das Verhältnis von *philosophia* und *ius civile* liefern zwei weitere Textpassagen aus off. 3.12.50 ff.:

Off. 3.16.65: *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. [...] Quidquid enim est in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.*

Off. 3.17.71: *Nec vero in praediis solum ius civile ductum a natura malitiam fraudemque vindicat, sed etiam in mancipiorum venditione venditoris fraus omnis excluditur.*

Mängel (*vitia*) des verkauften Grundstücks, die dem Verkäufer bekannt sind (*si venditor sciret*), darf dieser nach off. 3.16.65 dem Käufer bei Meidung einer Haftung (*praestari oportere*) nicht verschweigen. Der (scheinbare) Widerspruch zur fehlenden Einstandspflicht des Verkäufers von *aedes pestilentes* wird – wie oben dargelegt – dahin aufzulösen sein, dass die fehlende *salubritas* nach dem *ius civile* der Cicero-Zeit kein haftungsbegründendes *vitium* darstellte – sei es, dass sie als unverbindliche Anpreisung bewertet wurde (oben II 1), sei es, dass nur das Fehlen bestimmter, in besonderer Weise „handgreiflicher“ Eigenschaften als *vitium* im Rechtssinne anzusehen war (oben II 2)<sup>40</sup>; hierzu würde die Bemerkung Ciceros in

---

3.17.68, die *leges* könnten Verschlagenheiten des Verkäufers nur insoweit erfassen, als sie mit den Händen zu greifen seien (*quatenus manu tenere possunt*).

<sup>40</sup> Möglicherweise deutet die Wendung *de iure quidem praediorum* darauf hin, dass nur die Belastung des verkauften Grundstücks mit Servituten zu Ciceros Zeit als ein solches *vitium* angesehen wurde (so Haymann, Haftung des Verkäufers, S. 47; Aldo Pezzana, *Sull'actio empti come azione di garanzia per i vizi della cosa in alcuni testi di Cicerone*, in: BIDR 62 (1959), S. 185 ff.; Stein, *Fault in the Formation of Contract*, S. 8 ff.; dagegen Heldrich, *Verschulden bei Vertragsschluss*, S. 4). Dafür könnte sprechen, dass gerade Servituten als *iura praediorum* bezeichnet werden, s. Gai 2.14; Inst. 2.3 pr. i.V.m. Gai. D 1.8.1.1; D 8.3.1 pr.; (hierzu und zu weiteren Stellen, in denen die Servitut einfach mit *ius* bezeichnet wird, K.F. Thormann, *De iure compascendi*, in: ZRG Rom. Abt. 71 (1954), S. 71, S. 108 u. Fn. 88; Elmar Bund, *Begriff und Einteilung der Servituten im römischen Recht*, in: ZRG Rom. Abt. 73 (1956), S. 155, 160; zweifelnd gegenüber der Klassizität des Begriffs Franz Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1975, S. 210 f.) und dass gerade in diesem Fall schon nach Ansicht der *veteres* anerkanntermaßen ein (Rechts-)Mangel des verkauften Grundstücks gegeben war, s. D 19.1.39. Zudem würde diese Deutung erklären, warum die Aufklärungspflicht des Verkäufers in off. 3.16.65 auf den Grundstückskauf beschränkt ist.

off. 3.17.68 passen, das Recht könne nur solche Unredlichkeiten sanktionieren, *quae manu tenere possunt*. In off. 3.17.71 wird dann der Fall des Grundstücksverkaufs noch einmal aufgegriffen: Weil das *ius civile* hier eine Aufklärungspflicht des Verkäufers statuiert, sind Betrug und Arglist (*fraus, malitia*) ausgeschlossen; soweit das Privatrecht Solches zu leisten vermag, verdient es das Prädikat eines *ius civile a natura deductum*. Auffällig ist, dass hier das Negativattribut *malitia* erneut auftaucht, mit dem Cicero den Getreidehändler belegt hatte, der in Einklang mit den Postulaten des *ius civile*, aber entgegen den Geboten der *philosophia* die Rhodier über die baldige Ankunft weiterer Getreideschiffe im Unklaren lässt. Dies legt es nahe, dass seiner Ansicht nach in den Bereichen, in denen das *ius civile* eine solche *malitia* nicht zulässt (*excludit*), das Gefälle zwischen Recht und Ethik aufgehoben ist, weil das Recht hier den Anforderungen der *philosophia* gerecht wird. Dies wird sogleich noch näher auszuführen sein.

## B. Das philosophische Konzept Ciceros in off. 3.12.50 ff.

### I. Die Anknüpfung an Panaitios

Der Titel der Schrift *de officiis* stellt nach Ciceros Bekunden<sup>41</sup> eine Übersetzung des griechischen Wortes „καθήκον“ dar, das namentlich in der Stoa eine lange Tradition hat. Nach Diogenes Laertios geht dieser Begriff auf Zenon von Kition, den Begründer der Stoa, zurück, der darunter eine an bestimmte Menschen gerichtete Forderung verstanden hatte, ihren Willen in einer Weise zu betätigen, die mit den naturgemäßen Einrichtungen in Einvernehmen steht<sup>42</sup>. Auch der Stoiker Panaitios von Rhodos<sup>43</sup>, an dessen Lehren Cicero nach eigenem Bekunden in *de officiis* vornehmlich anknüpft<sup>44</sup>, hat drei Bücher „περὶ τοῦ καθήκοντος“ verfasst. Er hat damit die Schrift *de officiis* ungeachtet der in jüngerer Zeit zu Recht hervorgehobenen Eigenständigkeit Ciceros<sup>45</sup> erkennbar beeinflusst. So hat Panaitios neben die Kategorien des vollständig Richtigen („καθόρθωμα“) und des vollständig Falschen („ἀμάρθημα“) als „Mittelwerte“ das pflichtgemäße Verhalten („καθήκον“) und das pflichtwidrige Verhalten („παρὰ τὸ καθήκον“) gesetzt. Cicero greift diese Differenzierung auf und unterscheidet unter ausdrücklichem Hinweis auf das griechische Vorbild zwischen einem *perfectum* oder *rectum officium* und einem *medium* oder

<sup>41</sup> Att. 16.14.3.

<sup>42</sup> Diog. Laert. 7.107.

<sup>43</sup> S. zu ihm Pohlenz, *Stoa*, S. 191 ff.; Heinrich Dörrie, „Panaitios“, in: *Der kleine Pauly*, Bd. 4, 1979, Sp.447.

<sup>44</sup> Off. 3.2.7.

<sup>45</sup> S. dazu Eckardt Lefèvre, *Panaitios' und Ciceros Pflichtenlehre*, Stuttgart 2001, S. 9 ff. und passim, dort auch mit Nachweisen zur herkömmlichen Auffassung, die Cicero weniger Originalität zubilligt.

*commune officium*<sup>46</sup>. Das *perfectum officium*, das auch als *honestum* bezeichnet wird, gibt zwar den Maßstab für jedes erstrebenswerte menschliche Verhalten vor und wird von Cicero im ersten Buch von *de officiis* eingehend erörtert: Alles, was *honestum* ist, geht danach aus vier Teilbereichen hervor; eine dieser Ausprägungen besteht im Beschützen der Gemeinschaft der Menschen (*hominum societate tuenda*), darin, einem Jeden das Seine zuzuteilen (*tribuendo suum cuique*) sowie im Einhalten von getroffenen Abmachungen (*rerum contractarum fide*)<sup>47</sup>. Damit sind neben Güte und Freigebigkeit (*benignitas, liberalitas*) auch, wie Cicero wenig später selbst ausführt, zentrale Aspekte der Gerechtigkeit (*iustitia*) angesprochen<sup>48</sup>. Allerdings ist das *rectum officium* bzw. *honestum* nur für den vollkommenen Weisen, nicht dagegen für normale Menschen erreichbar. An diese wenden sich darum die *media officia*, die immerhin Abbilder des *honestum* (*similitudines honesti*) und durch gute Veranlagung des Geistes und eifriges Lernen für viele Menschen erfüllbar sind<sup>49</sup>. Vollkommene Gerechtigkeit im Sinn eines *verum officium* ist darum zwar anzustreben, aber in einer von Menschen geschaffenen Rechtsordnung nicht realisierbar – ein auf die Pflichtenlehre des Panaitios zurückgehender Gedanke.

Was danach als das Verhalten eines redlichen Verkäufers (*vir bonus*) anzusehen ist, wird durch die stoische Pflichtenlehre des Panaitios vorgegeben<sup>50</sup>. Über diese stoische Orientierung gibt Cicero am Anfang der Schrift *de officiis* überdies selbst freimütig Auskunft:

Off. 1.2.6: *Sequimur igitur hoc quidem tempore et hac in quaestione potissimum Stoicos, non ut interpretes, sed, ut solemus, e fontibus eorum iudicio arbitrioque nostro quantum quoque modo videbitur, hauriemus.*

Die Darstellung soll sich *hac in quaestione*, nämlich beim *disputare de officiis*, vornehmlich (*potissimum*) an stoischen Vorbildern orientieren<sup>51</sup>, wobei freilich – typisch für Ciceros Eklektizismus – ein Schöpfen aus anderen Quellen nicht ausgeschlossen sein soll<sup>52</sup>. Ein Widerspruch zur skeptischen Grundeinstellung Cice-

<sup>46</sup> Off. 1.3.8; 3.3.14. Dass die Vorstellung eines solchen *medium officium* Ciceros Anliegen entgegenkommen musste, die Schrift zu einem Leitfaden für die Praxis zu machen, versteht sich von selbst, so treffend Lefèvre, Pflichtenlehre, S. 18.

<sup>47</sup> Off. 1.5.15; s. auch schon zuvor off. 1.4.11-14. Die Grundlage dieser vier Ausprägungen ist in der „*οἰκείωσις*“-Lehre zu sehen, s. dazu näher unten II und einstweilen Lefèvre, Pflichtenlehre, S. 18.

<sup>48</sup> Off. 1.7.20.

<sup>49</sup> Off. 3.3.13/14.

<sup>50</sup> So auch Wieacker, Römische Rechtsgeschichte, S. 644.

<sup>51</sup> S. zur Orientierung Ciceros an stoischen Vorbildern und zu diesem Text auch Wolfgang Waldstein, in: Margarethe Beck-Mannagetta (Hrsg.), Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts, Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag, Wien 1996, S. 1, 50 f.

<sup>52</sup> Deutlich wird das etwa an dem Rekurs auf die platonische Ideenlehre in off. 3.17.69; s. hierzu etwa Wieacker, Römische Rechtsgeschichte, S. 643. Zum Eklektizismus Ciceros etwa Michel Villey, in: Karl Büchner (Hrsg.), Das neue Cicero-Bild, Darmstadt 1971, S.

ros<sup>53</sup> ist das keinesfalls: Gerade die Probabilitätstheorie der skeptischen Akademie gibt ihm das Recht, stoische Positionen zu vertreten, wenn sie ihm plausibel erscheinen<sup>54</sup>.

## II. Die stoische Prägung von off. 3.12.50 ff.

Auch in off. 3.12.50 ff. dominiert entsprechend der Ankündigung Ciceros in off. 1.2.6 stoisches Gedankengut<sup>55</sup>. Vor allem zwei Textpassagen dort machen deutlich, dass die *officia* letztlich in der Lehre der (mittleren) Stoa von der „Zueignung“ („*οἰκείωσις*“) wurzeln. Der erste dieser Texte stammt aus der Diskussion des Antipater mit Diogenes im Getreidehändler-Fall (oben A I), der zweite betrifft den Fall der öffentlichen Ausschreibung von Gebäuden (*aedes*) zum Verkauf:

Off. 3.12.52: *Exoritur Antipatri ratio ex altera parte: Quid ais? Tu, cum hominibus consulere debeas et servire humanae societati eaque lege natus sis et ea habeas principia naturae, quibus parere et quae sequi debeas, ut utilitas tua communis sit utilitas vicissimque communis utilitas tua sit, celabis homines, quid iis adsit commoditatis et copiae?*

Off. 3.17.68 f.: *Sic tu aedes proscribas, tabulam tamquam plagam ponas (domum propter vitia vendas)<sup>56</sup> in eam aliquis incurrat imprudens? Hoc quamquam video prop-*

---

259, 261; eingehend Alain Michel, Rhetorique et philosophie dans les traités de Cicéron, in: Hildegard Temporini (Hrsg.), Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, Teil I, Bd. 3, Berlin 1973, S. 139 ff., 201 ff. Ein weiterer Beleg hierfür ist die von Waldstein, in: Festschrift für Mayer-Maly zum 65. Geburtstag, S. 1, 44, aufgewiesene Parallele zu Aristoteles, Eth. Nic. V, 3 (1130 a).

<sup>53</sup> In diesem Sinn statt vieler Gelzer, Cicero, S. 8; Manfred Fuhrmann, Cicero und die römische Republik, München 1989, S. 42; s. auch Okko Behrends, Les „veteres“ et la nouvelle jurisprudence, in: RH 55 (1977), S. 7, 27 ff. Zweifel an der Kontinuität der Orientierung Ciceros an der skeptischen Akademie haben indes John Glucker, Cicero's philosophical affiliations, in: John M. Dillon, A. A. Long (Hrsg.), The Question of Eclecticism, Studies in Later Greek Philosophy, Berkeley 1988, S. 34, 42, sowie Peter Steinmetz, Beobachtungen zu Ciceros philosophischem Standpunkt, in: William W. Fortenbaugh, Peter Steinmetz (Hrsg.), Cicero's Knowledge of the Peripatos, New Brunswick, London 1989, S. 1, 20, geäußert.

<sup>54</sup> S. dazu Jürgen Leonhardt, Ciceros Kritik der Philosophenschulen, München 1999, S. 79, unter Hinweis auf off. 3.4.20.

<sup>55</sup> Zum Folgenden s. bereits Ralph Backhaus, Das Problem der „ungerechten Rechtsnorm“ in der Antike – zugleich ein Beitrag zum Stellenwert des Naturrechts in der alten Welt, in: Gerd Pfeiffer (Hrsg.), Der verfasste Rechtsstaat, Festgabe für Karin Graßhof, Heidelberg 1998, S. 27, 44 ff.

<sup>56</sup> Diese Passage wird ganz überwiegend als Glosse angesehen, s. die Nachweise bei Johannes Platschek, Die „tabula tamquam plaga“ in Cic. off. 3.17.68, in: Index 30 (2002), S. 205, 211 Fn. 3. In der Sache dürfte der Einschub aber zutreffend sein, weil es – wie im Fall der *aedes pestilentis* – um ein Verhalten geht, das ethisch missbilligenswert, aber juristisch nicht verboten ist. Die abweichende Erklärung von Platschek, Index 30 (2002), S. 205, 209, der *domum propter vitium vendo* lesen will, erscheint wenig über-

*ter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctum est. Societas est enim – quod etsi saepe dictum est, dicendum est tamen saepius – latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes [...]*

Die *lex*, von der in off. 3.12.52 die Rede ist und unter deren Geltung jeder Mensch geboren wird (*eaque lege natus sis*), ist die im zweiten Text explizit angesprochene *lex naturae*; in der Schrift *de legibus* hat Cicero diese *lex* als eine in der (menschlichen)<sup>57</sup> Natur begründete Rechtsordnung (*ius natura constitutum*)<sup>58</sup> bezeichnet, die in gleicher Weise für alle Menschen verbindlich ist<sup>59</sup> und ohne Rücksicht auf Akzeptanz (*opinio*) gilt<sup>60</sup>. Folgerichtig wird darum auch in der ersten Stelle im Zusammenhang mit dieser *lex* auf die *principia naturae* hingewiesen, denen jeder Mensch gehorchen und folgen muss (*quibus parere et quae sequi debeas*). Diese *lex naturae* gebietet es, für die Mitmenschen zu sorgen und der menschlichen Gemeinschaft zu dienen (*hominibus consulere, societati humanae servire*). Damit ist ein Naturrechtskonzept entfaltet, das seine Wurzeln in der Lehre der (mittleren) Stoa von der „Zueignung“ („*οἰκειωσις*“) hat<sup>61</sup>. Der Grundtrieb des Menschen ist nach dieser Lehre auf Selbsterhaltung gerichtet, der Mensch empfindet sich als „sich selbst zugehörig“ („*οἰκειῶν*“). Dieser Trieb schließt die Mitmenschen ein; der Mensch eignet sich also nicht nur sich selbst zu, sondern auch die anderen Menschen<sup>62</sup>. Aus der so verstandenen „*οἰκειωσις*“ entsteht das Gebot zur Fürsorge für den Mitmenschen und damit die Idee eines geordneten Gemeinwesens. Dieses Gemeinwesen ist freilich, weil der Mensch allen Mitmenschen zugeeignet ist, nicht nur der einzelne Staat, in dem er lebt, sondern die in off. 3.17.68 angesprochene *societas omnium inter omnes*<sup>63</sup>. Eben der Gedanke einer solchen

---

zeugend, weil man dann, wenn der Verkäufer derartige Angaben macht, kaum mehr von einem Netz (*plaga*) sprechen kann, in das der Käufer ahnungslos hineinläuft (*incurrat imprudens*).

<sup>57</sup> Leg. 1.6.19: *Lex est mens ratioque prudentis*.

<sup>58</sup> Leg. 1.10.28. Zutreffend dazu Gabrio Lombardi, *Diritto umano e ius gentium*, in: SDHI 16 (1950), S. 254, 257.

<sup>59</sup> Leg 1.10.28: *Itaque quaecumque est hominis definitio, una in omnis valet*.

<sup>60</sup> Leg. 1.10.28: [...] *neque opinione, sed natura constitutum esse ius*.

<sup>61</sup> Zur stoischen Provenienz der *societas omnium* auch Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, S. 643 f.; Wolfgang Waldstein, *Mandat und operae libertorum*, in: Dieter Nörr, Shigeo Nishimura (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes*, Berlin 1993, S. 339, 350 f.; Okko Behrends, *Die Grundbegriffe der Romanistik*, in: *Index 24* (1996), S. 1, 14; ders., *Die lebendige Natur eines Baumes und die menschliche Struktur eines Bauwerks*, in: *Quaestiones Iuris*, Festschrift für Joseph Georg Wolf zum 70. Geburtstag, Berlin 2000, S. 1, 8 f.

<sup>62</sup> S. dazu Cic. off. 1.7.22: [...] *ut placet Stoicis [...] homines autem hominum causa esse generatos, ut ipsi inter se alii alii prodesse possent* [...].

<sup>63</sup> Im selben Sinn auch off. 3.12.53: [...] *esse inter homines natura coniunctam societatem*. Ebenso gehört hierher die *societas hominum* in Cic. de finibus 4.18, s. dazu Laurens Winkel, *Les origines antiques de l'appetitus societatis de Grotius*, in: TR 68 (2000), S. 393, 399 f.

*societas omnium* steckt hinter der Bemerkung, die *lex naturae* verpflichte jeden Menschen zur Fürsorge und zum Dienst an dieser menschlichen Gemeinschaft (*hominibus consulere, societati humanae servire*).

Die „*οικειωσις*“ gebietet nun aber nicht nur Fürsorge für den Mitmenschen, sondern auch Rücksichtnahme auf ihn, und hieraus erwächst nach stoischer Vorstellung die Forderung, Gerechtigkeit zu üben<sup>64</sup>. Denn weil der Mensch nicht nur sich selbst, sondern auch seinen Mitmenschen zugeeignet ist, liegt es in seiner Natur, nicht nur sich selbst, sondern auch die menschliche Gemeinschaft zu beschützen<sup>65</sup>. Dieses *tueri societatem* bedeutet, wie Cicero im ersten Buch von *de officiis* explizit erklärt hatte, vor allem Gerechtigkeit (*iustitia*)<sup>66</sup>. Das Gebot, Gerechtigkeit zu üben, ist also aus der menschlichen Natur ableitbar. Indem Cicero es nun in off. 1.5.15 ff. (und an anderen Stellen) unternimmt, Grundprinzipien (*fundamenta*) der Gerechtigkeit zu benennen, konkretisiert er die stoische „*οικειωσις*“-Lehre und entwickelt sie zugleich fort: Solche *fundamenta iustitiae* sind für ihn das Gleichheitsgebot (*suum cuique tribuere*)<sup>67</sup>, das Verbot grundloser Schadenszufügung (*ne cui quis noceat*)<sup>68</sup> und – im vorliegenden Zusammenhang besonders bedeutsam – die Treuepflicht (*fides*)<sup>69</sup>. Diese gebietet zum einen die Einhaltung der getroffenen Abmachungen (*dictorum conventorumque constantia*) und zum anderen Wahrhaftigkeit (*veritas*)<sup>70</sup>.

Insbesondere der zweite der oben wiedergegebenen Texte (off. 3.17.68) zeigt diese Zusammenhänge deutlich auf, indem die Existenz der *societas omnium* als Begründung dafür benannt wird, dass man nach der *lex naturae* beim Versuch, ein Haus zu verkaufen, dessen Mängel schon in der öffentlichen Ausschreibung<sup>71</sup> an-

<sup>64</sup> S. Porphyrius, de abstinentia III, 19, 2, wonach die Schüler des Zenon in der *οικειωσις* das Grundprinzip der Gerechtigkeit gesehen haben. S. zu diesem Text Laurens Winkel, Die stoische *οικειωσις*-Lehre und Ulpian's Definition der Gerechtigkeit, in: ZRG Rom. Abt. 105 (1988), S. 669, 673, der plausibel Cicero, leg. 1.15.43 damit in Verbindung bringt. Zur *ἀξία* als Maßstab bei der *iustitia distributiva* Ulrich Manthe, Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes II: Stoische Würdigkeit und die iuris praecepta Ulpian's, in: ZRG Rom. Abt. 114 (1997), S. 1 ff.

<sup>65</sup> Cic. off. 1.5.15: [...] *in hominum societate tuenda* [...].

<sup>66</sup> Cic. off. 1.7.20.

<sup>67</sup> Cic. off. 1.5.15; 1.14.42; fin. 5.65; inv. 2.160; rep. 3.10. Zu all diesen Texten Waldstein, in: Festschrift Mayer-Maly zum 65. Geburtstag, S. 44 ff.

<sup>68</sup> Cic. off. 1.7.20, s. auch off. 1.28.99. Dieses Gebot geht auf Aristoteles zurück.

<sup>69</sup> S. dazu auch Dieter Nörr, Mandatum, fides, amicitia, in: Nörr/Nishimura, Mandatum und Verwandtes, S. 3, 35.

<sup>70</sup> Cic. off. 1.5.15; 1.7.22 und 23. Zu diesem Text und zum Zusammenhang der dort angesprochenen *fides* mit Rechtspflichten s. Wolfgang Waldstein, Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen, in: Hildegard Temporini (Hrsg.), Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, Teil II, Bd. 15, 1976, S. 3, 73 f.

<sup>71</sup> Es ist gut denkbar, dass Cicero hier pointiert vom öffentlichen Ausschreiben der Gebäude (zu einer Versteigerung? – s. dazu Georg Thielmann, Die römische Privatauktion, Berlin 1961, S. 105) spricht, um deutlich zu machen, dass bereits bei einer solchen Ausschreibung und nicht erst beim nachfolgenden Abschluss des Kaufvertrags der Verkäufer aufgrund der „*lex naturae*“ zur Angabe sämtlicher Mängel verpflichtet ist. Da-



geben muss (*Hoc [...] naturae lege sanctum est. societas est enim [...] omnium inter omnes*): Eben weil der Hauseigentümer kraft der *lex naturae* allen Menschen zugeeignet ist, schuldet er auch allen Kaufinteressenten gegenüber *fides* und *veritas*; hiermit ist ein wissenschaftliches Verschweigen kaufrelevanter Umstände nicht zu vereinbaren<sup>72</sup>. Die *lex naturae* verbietet darum, wie Cicero kurz zuvor ausgeführt hat, jeden Hinterhalt, jede Vorspiegelung, jede Täuschung<sup>73</sup>. Aus diesem Grund war auch der Verkäufer der *aedes pestilentes* gehalten, den Käufer über die möglichen Gesundheitsgefahren aufzuklären, durfte der *frumentarius* den Rhodiern die baldige Ankunft weiterer Getreideschiffe nicht verschweigen<sup>74</sup>. Und aus demselben Grund darf eine staatliche Rechtsordnung, die dem Verkäufer eine solche Aufklärungspflicht auferlegt, als ein *ius civile a natura deductum* bezeichnet werden<sup>75</sup>.

### C. Der Stellenwert der *philosophia* für das staatliche Recht

Damit bleibt die Frage, welche Bedeutung diesem stoisch geprägten Verhaltenskodex für die juristische Praxis zukam. Sehr dezidiert hat sich hierzu Okko Behrends geäußert: Mit den *officia* sei nicht mehr als eine in der Philosophie gegründete Sozialmoral formuliert worden<sup>76</sup>. Cicero argumentiere in off. 3.12.50 ff. als Vertreter der skeptisch-akademischen Kultur, deren Rechtslehre durch die erfolgreiche Tätigkeit seines Freundes Servius Sulpicius Rufus zur Herrschaft ge-

---

gegen Filippo Cancelli, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*, Milano 1963, 66 f., der *proscribere* mit *vendere* gleichsetzt.

<sup>72</sup> Zur Aufklärungspflicht des Verkäufers nach stoischer Pflichtenlehre s. auch Pohlenz, *Stoa*, S. 264; Wacke, in: *ZRG Rom. Abt.* 94 (1977), S. 184, 203.

<sup>73</sup> Cic. off. 3.17.68: *Ratio ergo hoc postulat, ne quid insidiose, ne quid simulate, ne quid fallaciter*. Diese *ratio* ist mit der *lex naturae* identisch, s. Cic. leg. 1.6.19 (*lex est mens ratioque prudentis*).

<sup>74</sup> Auf weitere einschlägige Fallbeispiele Ciceros in off. 3.12.50 ff. kann hier nicht näher eingegangen werden: So hat in off. 3.14.58 ff. der Bankier Pythius wegen mangelnder *veritas* gegen die *lex naturae* verstoßen, indem er dem Canius reiche Fischzüge vorspiegelte, mochte auch ein solches Tun durch das *ius civile* jener Tage noch nicht sanktioniert gewesen sein. Demgegenüber hat sich Quintus Mucius Scaevola in off. 3.15.62 im Sinn dieser Ordnung und damit als *vir bonus* verhalten, als er für das von ihm gekaufte Grundstück freiwillig 100.000 Sesterzen mehr, als der Verkäufer verlangt hatte, und damit das bezahlt hat, was das Grundstück objektiv wert war.

<sup>75</sup> Cic. off. 3.17.71, s. dazu oben A III a.E.

<sup>76</sup> Behrends, in: *Nomos und Gesetz*, S. 211; ders., *Das Werk Lenels und die Kontinuität der romanistischen Fragestellungen*. Zugleich ein Beitrag zur grundsätzlichen Überwindung der interpolationistischen Methode, in: *Index* 19 (1991), S. 169, 201. Mit etwas abweichender Akzentuierung Nörr, *Rechtskritik*, S. 43 („wagt es nicht, die Rechtsordnung deswegen anzugreifen“), und Talamanca, in: *Il ruolo della buona fede*, S. 1, 149 („malinconicamente“).

langt sei und die nur noch solche Normen als positives Recht anerkannt habe, deren Tatbestände sich auf einer unmittelbar fasslichen Ebene hielten (*quatenus manu tenere possunt*)<sup>77</sup>. Dieses Rechtsverständnis habe die vorangegangene, an erster Stelle durch Quintus Mucius Scaevola repräsentierte Juristengeneration abgelöst, die sich – in stoischer Tradition stehend – durch ein freieres und stärker an der *bona fides* orientiertes Rechtsverständnis ausgezeichnet habe<sup>78</sup>. Diesen Befunden kann ich weitgehend zustimmen, jedoch bewerte ich sie anders:

Mit großer Deutlichkeit geht aus den oben A I) und A II) vorgestellten Texten hervor, dass Cicero die Postulate der *lex naturae* nicht als im *ius civile* seiner Zeit voll „umgesetzt“ ansieht. Seine Ausführungen legen – wie sogleich anhand von off. 3.17.69 näher zu zeigen ist – auch die Annahme nahe, dass Innovationen, die auf eine stärkere Berücksichtigung der *bona fides* hinaus laufen, oft den *veteres* bzw. *maiores* zuzuschreiben sind<sup>79</sup>; die (spärlichen) juristischen Quellen lassen ein ähnliches Bild erkennen<sup>80</sup>.

Dass Cicero die *officia* als eine für das Privatrecht bedeutungslose Sozialmoral bewertet, lässt sich seinen Äußerungen in off. 3.12.50 ff. aber nicht entnehmen<sup>81</sup>. In die gegenteilige Richtung weist zum einen die Passage

Off. 3.17.69: *Societas est enim – quod etsi saepe dictum est, dicendum est tamen saepius – latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes, interior eorum, qui eiusdem gentis sint, propior eorum, qui eiusdem civitatis. Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt, quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet. Sed nos veri iuris germanaeque iustitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur. Eas ipsas utinam sequeremur. Feruntur enim ex optimis naturae et veritatis exemplis.*

Cicero knüpft hier an die in der „*οἰκείωσις*“ wurzelnde Vorstellung einer *societas omnium inter omnes* an<sup>82</sup>: Weil neben der beschränkten Gemeinschaft *civitas*<sup>83</sup> ei-

<sup>77</sup> Behrends, in: Nomos und Gesetz, S. 224 f.

<sup>78</sup> Behrends, in: Nomos und Gesetz, S. 224 und passim.

<sup>79</sup> S. außer der sogleich zu besprechenden Textpassage off. 3.17.69 auch die an der *bona fides* orientierte Entscheidung des Cato in off. 3.16.66 sowie den Hinweis auf die „*maiores*“ in off. 3.16.67.

<sup>80</sup> S. etwa D 19.1.39: Rechtsmängelhaftung des die Existenz von Servituten wissentlich verschweigenden Verkäufers nach Auffassung der *veteres* bzw. *iuris auctores*, wobei freilich zweifelhaft ist, in welchem Sinn der Spätclassiker Modestin diese Begriffe gebraucht; s. zu diesem Thema kritisch Franz Horak, Wer waren die „*veteres*“? – Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen, in: Georg Klittingberg (Hrsg.), *Vestigia iuris romani*, Graz 1992, S. 201 ff.

<sup>81</sup> So im Ergebnis auch Wolfgang Waldstein, Cicero, Servius und die neue Jurisprudenz, in: *Iura* 44 (1993), S. 85, 133 f. mit Bezug auf off. 3.17.68 ff.: „Hier wird deutlich, dass Cicero das *ius naturale* keineswegs als eine bloß der Sitte zuzuordnende Kategorie ansieht [...]“

<sup>82</sup> Dazu näher oben B II.

<sup>83</sup> Neben der *civitas* nennt Cicero hier noch die *gens*, die hier wohl als Zwischenschicht zwischen der *civitas* und der *societas omnium* die *gens latina* bezeichnen soll, so Filip-

ne *societas omnium* existiert, haben die *maiores* (zu Recht) das *ius gentium* als das Recht, das (auch) die Beziehungen unter den Angehörigen der *societas omnium* regelt, neben das den römischen Bürgern vorbehaltenen *ius civile* gesetzt<sup>84</sup>. Dem entspricht eine inhaltliche Parallele: Das *ius gentium* wird, um den Verkehr mit den Peregrinen zu ermöglichen, in weit stärkerem Maße als das *ius civile* vom Regime der *fides* beherrscht<sup>85</sup> und ist darum, wie Cicero an anderer Stelle bereits etwas überspitzt formuliert hat<sup>86</sup>, mit der *lex naturae*, die in der *societas omnium* gilt, im Grunde identisch<sup>87</sup>. In der Folge geht Cicero dann vom Bericht über die Entwicklung des *ius gentium* durch die *maiores* zu einem rechtspolitischen Postulat über: Es muss zwar nicht jeder Rechtssatz und jedes Institut des *ius civile* ohne weiteres (*continuo*) Bestandteil des *ius gentium* sein (*quod civile, non idem continuo gentium esse debet*), weil insoweit in jeder *civitas* Besonderheiten bestehen können, wohl aber müssen eigentlich umgekehrt alle Sätze und Institute des *ius gentium*, weil sie die Beziehungen in der *societas omnium* regeln und der *lex naturae* entsprechen (*fides!*), ohne weiteres Bestandteil des *ius civile* sein (*quod autem gentium, idem civile esse debet*)<sup>88</sup>.

---

po Gallo, Bona fides e ius gentium, in: Luigi Garofalo (Hrsg.), Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Bd. 2, Padua 2003, S. 115, 118; allgemeiner (Gentilverband) dagegen das Verständnis bei Max Kaser, Ius gentium, Köln 1993, S. 14.

<sup>84</sup> *Ius civile* meint hier in einem weiten Sinn das gesamte den römischen Bürgern offenstehende Recht, s. dazu Bruce Frier, The Rise of the Roman Jurists, Princeton 1985, S. 184 ff.; Kaser, Ius gentium, S. 15; Manna, Actio redhibitoria, S. 102.

<sup>85</sup> S. dazu schon Max Kaser, Gaius und die Klassiker, in: ZRG Rom. Abt. 70 (1953), S. 127, 152; Cancelli, origine del contratto, S. 141; Okko Behrends, Die bona fides im mandatum, in: Martin Josef Schermaier, Ars boni et aequi, Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1993, S. 33, 51 f.; s. auch Luigi Labruna, Römisches Marktrecht und Expansionspolitik, in: Robert Feenstra (Hrsg.), Collatio iuris romani, Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65. anniversaire, Amsterdam 1995, S. 223, 236.

<sup>86</sup> Off. 3.5.23: „[...] *natura, id est iure gentium* [...]“

<sup>87</sup> Zutreffend hierzu Okko Behrends, Selbstbehauptung und Vergeltung und das Gewaltverbot im geordneten bürgerlichen Zustand nach klassischem römischem Recht, in: ZRG Rom. Abt. 119 (2002), S. 44, 96 Fn. 110, 126 Fn. 162. S. auch schon dens., Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht, in: ZRG Rom. Abt. 95 (1978), S. 187, 196 ff. S. auch Francisco J. Andres Santos, „Ius gentium“ en la obra de Tácito, in: Labeo 47 (2001), S. 438, 440. Zu „societas“ und „lex naturae“ auch M. Varo, Iuris consensus e societas in Cicerone, in: Annali Palermo 45 (1998), 445 ff. Ähnlich, aber etwas zurückhaltender die Bewertung bei Theo Mayer-Maly, Das ius gentium bei den späten Klassikern, in: Iura 34 (1983), S. 91, 100.

<sup>88</sup> S. zu diesem Gedankengang Behrends, in: Quaestiones Iuris, S. 1, 8; anders aber ders., Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex, in: Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Nachrichten der Akademie der Wissenschaften Göttingen, phil.-hist. Kl., Göttingen 1976, S. 265, 298 f., insoweit, als er den Satzteil „*quod civile* [...] *debet*“ auf die „*maiores*“ bezogen wissen will; doch spricht ausweislich des Textes hier Cicero.

Die Realität sieht aber anders aus (*sed nos [...]*): Eine gefestigte und ausgeprägte Anschauung des wahren Rechts und der unverfälschten Gerechtigkeit existiert nicht, sondern nur Schatten und Abbilder hiervon (*veri iuris germanaeque iustitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur*). Mit diesem für den Eklektiker Cicero typischen Rekurs auf die platonische Ideenlehre soll begründet werden, warum die *lex naturae* das *ius civile* nicht umfassend, sondern nur partiell regiert<sup>89</sup>. Im Übrigen liegt es nahe, den Hinweis *sed nos [...]*“ als pointierten Gegensatz zu der zuvor angesprochenen Leistung der *veteres* zu deuten, die Cicero in der Entwicklung des *ius gentium* gesehen hatte<sup>90</sup>; *nos* hätte dann – wie auch in einigen juristischen Quellen<sup>91</sup> – die Bedeutung von „wir Heutigen“. Dann enthält der Satz allerdings eine – fatalistisch geprägte – Kritik Ciceros am Recht seiner eigenen Zeit und gerade nicht an dem der *veteres*<sup>92</sup>. Der Schluss von off. 3.17.69 mit der Aufforderung, das aktuelle *ius civile* solle sich an den dem Menschen erkennbaren Schattenbildern des wahren Rechts (*umbra et imagines veri iuris*) orientieren, weil sie den besten Beispielen der Natur und der Wahrheit (*optima exempla naturae et veritatis*) entstammten, führt diesen Gedanken fort; er ist damit ein Plädoyer für und nicht gegen ein an der *lex naturae* orientiertes *ius civile*. Das fast schon emphatische Lob der auf die *fides* und das *bene agere* bezogenen Formelbestandteile der *actio fiduciae* in der unmittelbar folgenden Textpassage off. 3.17.70 weist in dieselbe Richtung<sup>93</sup>.

Einen noch deutlicheren Beleg für den Stellenwert, den Cicero den *officia* für das staatliche Recht zuweist, enthält der schon oben (A III) auszugsweise vorgestellte Text

Off. 3.17.71: *Quocirca astutiae tollendae sunt eaque malitia, quae vult illa quidem videri se esse prudentiam, sed abest ab ea distatque plurimum; [...]. Nec vero in praediis solum ius civile ductum a natura malitiam fraudemque vindicat, sed etiam in mancipiorum venditione venditoris fraus omnis excluditur.*

<sup>89</sup> Anders die Deutung von Behrends, *Nomos und Gesetz*, S. 135, 211 f., wonach die Wertbegriffe der alten Jurisprudenz (also die *bona fides*) kein bestimmtes und ausgeführtes Bild wahren Rechts (*iuris germanae solidam et expressam effigiem*) liefern könnten. Aber so steht es nun einmal nicht im Text: Cicero schreibt, dass seine Generation (*nos*, dazu sogleich im Text) nicht in der Lage sei, dieses Recht zu erkennen.

<sup>90</sup> So auch Lefèvre, *Pflichtenlehre*, S. 168; Bert Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam 1999, S. 301. Etwas anders die Akzentuierung bei Nörr, *Rechtskritik*, S. 42, und Behrends, in: *Index 19* (1991), S. 169, 199, die darauf abstellen, dass „wir Menschen“ (*nos*) nur „Schatten“ und „Bilder“ des Rechts erfassen können.

<sup>91</sup> Hermann Heumann, Emil Seckel, *Handlexikon des römischen Rechts*, Nachdruck der 10. Aufl., Graz 1958, s. v. *nos*, mit Nachweisen.

<sup>92</sup> So auch Waldstein, in: *Iura 44* (1993), S. 85, 134. Dasselbe gilt für die Passage „*sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendere non possunt*“ in off. 3.16.67, s. dazu Waldstein, in: *Iura 44* (1993), S. 85, 132.

<sup>93</sup> S. hierzu aus neuerer Zeit etwa Wojciech Dajczak, *Erklärungen römischer Juristen zur Funktion der Wendung ex fide bona in Klageformeln*, in *RIDA 46* (1999), S. 219, 223 ff. mwN.

Unredlichkeiten (*astutiae*) und Arglist (*malitia*) sollen möglichst aus dem *ius civile* eliminiert werden (*tollendae sunt*). Im Folgenden weist Cicero dann auf Bereiche des Privatrechts hin, in denen diese Forderung bereits erfüllt ist. Beim Grundstücksverkauf nämlich schließt das *ius civile*, indem es den Verkäufer zur Aufklärung des Käufers über *vitia* verpflichtet<sup>94</sup>, Arglist und Betrug aus<sup>95</sup> (dazu oben A III); dasselbe gilt seiner Einschätzung nach für den Regelungsbereich des Edikts der kurulischen Ädile<sup>96</sup>. Soweit das staatliche Recht<sup>97</sup> derartige Aufklärungspflichten statuiert, steht es mit den Anforderungen der *fides* und damit auch der *lex naturae* in Einklang und darf darum als *ius civile ductum a natura* bezeichnet werden<sup>98</sup>. Hier wird ganz deutlich, dass die *lex naturae* soweit als möglich ins *ius civile* rezipiert werden soll und dass nach Ciceros Einschätzung in bestimmten Bereichen der Rechtsordnung eine derartige Rezeption bereits erfolgt ist<sup>99</sup>.

## D. Ausblick

Die juristischen Quellen lassen erkennen, dass im ersten und zweiten Jahrhundert n. Chr. eine Einstandspflicht des Verkäufers, der wissentlich Mängel der Kaufsa-

<sup>94</sup> So bereits off. 3.16.65.

<sup>95</sup> Dazu näher schon oben A III.

<sup>96</sup> Als weiteren Beleg für eine solche „eticizzazione“ des Rechts hätte Cicero an dieser Stelle erneut (s. dazu schon off. 3.14.58 ff.) auf die Schaffung der *actio de dolo* und der *exceptio doli* hinweisen können, s. dazu Franz Horak, *Etica della giurisprudenza*, in: Dario Mantovani (Hrsg.), *Per la storia del pensiero giuridico romano*, Turin 1996, S. 163, 179. Dagegen ist das Beispiel der ädilischen Klagen weniger prägnant, weil hier auch der gutgläubige Verkäufer zur Anzeige bestimmter Mängel verpflichtet war, wie Cicero selbst betont (*qui scire debuit*), s. dazu nur Giambattista Impallomeni, *L'editto degli edili curuli*, Padua 1955, S. 19; Kaser, *Römisches Privatrecht*, Bd. 1, S. 560 u. Fn. 52. Möglicherweise will Cicero hier zum Ausdruck bringen, dass das ädilische Edikt hier dem oft vorliegenden, aber mitunter nicht beweisbaren *dolus* des Verkäufers einen Riegel vorschiebt (so Georg Thielmann, „Actio redhibitoria“ und zufälliger Untergang der Kaufsache, in: *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Bd. 1, Mailand 1971, S. 487, 518 f.), möglicherweise hat er es hier aber auch – ebenso wie bei der Einbeziehung des *furtum* in den Kreis der anzeigepflichtigen Mängel (s. off. 3.17.71 gegenüber dem korrekten Referat in off. 3.23.93) – juristisch „nicht so genau genommen“; s. dazu Jakob, *Praedicere und cavere*, S. 132 Fn. 50.

<sup>97</sup> Gemeint ist hier mit *ius civile* das staatliche Recht in seiner Gesamtheit, also unter Einschluss des *ius gentium*, so richtig Herbert Wagner, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius*, Zutphen 1978, S. 130 f.

<sup>98</sup> In der Tendenz ebenso, aber zurückhaltender Nörr, *Rechtskritik*, S. 42 f. u. Fn. 200, wonach Cicero diesen Gleichklang „beifällig vermerkt“.

<sup>99</sup> Treffend Aldo Schiavone, *Nascita della giurisprudenza*, Rom 1976, S. 144 ff.; Franz Horak, *Rezension Schiavone*, in: *ZRG Rom. Abt.* 95 (1978), S. 402, 419, wonach hier aus einem moralischen Wert (*fides*) eine Rechtsfigur (*bona fides*) entsteht.

che dem Käufer verschwiegen hatte, von den Juristen anerkannt war<sup>100</sup>; teilweise wurde sogar noch weitergehend eine (beschränkte) Einstandspflicht auch des gutgläubigen Verkäufers für Sachmängel erwogen<sup>101</sup>. Die klassische Jurisprudenz hat also Ciceros Forderung nach mehr *fides* im Privatrecht umgesetzt; dass seine Schrift *de officiis* einen Beitrag zu dieser Entwicklung geleistet hat, ist nicht fern liegend, muss aber Spekulation bleiben<sup>102</sup>. Außer Frage steht dagegen die – vom Jubilar immer wieder zu Recht betonte – Notwendigkeit, bei der Bestimmung des Inhalts und Umfangs von Rechtspflichten deren ethische Grundlagen in den Blick zu nehmen<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> S. dazu schon die Nachweise oben Fn. 22.

<sup>101</sup> So etwa von Julian in D 19.1.13 pr., D 18.1.45, dem die Späteren folgen.

<sup>102</sup> Zur Bedeutung ethisch „richtigen“ Verhaltens (und damit auch der Beschreibung solchen Verhaltens) für die Normbildung treffend Dieter Nörr, Ethik und Recht im Widerstreit, in: Martin Josef Schermaier (Hrsg.), *Ars boni et aequi*, Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1993, S. 267, 284.

<sup>103</sup> S. dazu aus dem reichen Schrifttum des Jubilars nur Adolf Laufs, *Berufsfreiheit und Persönlichkeitsschutz im Arztrecht*, 1982, passim; ders., *Die künstliche Befruchtung beim Menschen*, in: *JZ* 1986, S. 760, 770; ders., *Fortpflanzungsmedizin und Arztrecht*, 1992, S. 29 ff.; ders., in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, § 4, Rdnr. 11.

# Enzyklopädie und geschichtliche Rechtswissenschaft

*Johann Stephan Pütters juristische Enzyklopädie und Methodologie und die Entstehung der geschichtlichen Rechtswissenschaft*

Arno Buschmann

Juristische Enzyklopädien sind in der bisherigen Forschung zur Geschichte der Rechtswissenschaft eher stiefmütterlich behandelt worden. Soweit ersichtlich hat der Verfasser dieser Zeilen erstmals im Jahre 1969 – allerdings an für Rechtshistoriker etwas entlegener Stelle – auf diese Literaturgattung und deren Bedeutung für die Entwicklung der Rechtswissenschaft aufmerksam gemacht<sup>1</sup>. In der Folgezeit haben sich Klaus Volk, Jan Schröder, Heinz Mohnhaupt, Rainer Maria Kiesow entweder mit einzelnen Aspekten dieser Literaturgattung beschäftigt oder – wie Klaus Volk – mit einem einzelnen enzyklopädischen Werk<sup>2</sup>. Auch in der philosophiegeschichtlichen Forschung hat man begonnen, sich im Rahmen der Geschichte der Enzyklopädie der Erforschung der juristischen Enzyklopädien – wenn auch unter anderer Fragestellung – zuzuwenden. So hat Ulrich Dierse in seiner Untersuchung über die Begriffsgeschichte der Enzyklopädie den juristischen Enzyklopädien einen kurzen Abriss über deren geschichtliche Entwicklung gewidmet, ohne allerdings näher auf deren Bedeutung für die Entwicklung der Rechtswissenschaft einzugehen<sup>3</sup>.

In allen diesen Untersuchungen wird – wenn auch mit unterschiedlicher Intensität – immer wieder auf Johann Stephan Pütters juristische Enzyklopädie hingewiesen. Nicht wenige Autoren sehen in ihr geradezu den „Vorreiter“ für diese wichtige Literaturgattung der Rechtswissenschaft des 18. und 19. Jahrhunderts,

---

<sup>1</sup> Arno Buschmann, Enzyklopädie und Jurisprudenz, AKG 51 (1969), S. 296 ff.; ders., Rechtsenzyklopädie, HRG IV (1986), Sp. 284 ff.

<sup>2</sup> Klaus Volk, Die juristische Enzyklopädie des Nikolaus Falck, Berlin, München 1970 (Schriften zur Rechtslehre, 23), pass.; Jan Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, Frankfurt/M. 1979 (Ius Commune, Sonderhefte 11), pass., insbes. S. 105 ff.; Heinz Mohnhaupt, Recht, Natur und Geschichte als Argument, Quelle und Autorität in deutschen Rechtsenzyklopädien des 18. und 19. Jahrhunderts, in: François Kervigan, Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), Recht zwischen Natur und Geschichte, Frankfurt/M. 1997 (Ius Commune, Sonderhefte 100), S. 73 ff., insbes. S. 76 ff.; Rainer Maria Kiesow, Das Ganze lebt überhaupt nicht mehr, in: RJ 16 (1997), S. 471 ff.; Heinz Mohnhaupt, Methode und Ordnung der Rechtsdisziplinen und ihrer „Hilfswissenschaften“ in den Rechtsenzyklopädien des 18. und frühen 19. Jahrhunderts, in: ZNR 21 (1999), S. 85 ff.

<sup>3</sup> Ulrich Dierse, Enzyklopädie, Bonn 1977 (Archiv für Begriffsgeschichte, Supplementheft 2), pass., insbes. S. 78 ff.

die erst mit Beginn des 20. Jahrhunderts verschwand, als sie durch die weniger anspruchsvolle Gattung der Einführung in die Rechtswissenschaft ersetzt wurde. Für manche ist Pütters Werk, das im Verhältnis zu seinen großen staatsrechtlichen Werken von eher bescheidenem Umfang ist, geradezu das Muster aller nachfolgenden Darstellungen, wobei freilich vielfach vergessen wird, daß auch Pütter nicht ohne Vorbild war<sup>4</sup>. Vorbild für ihn war kein geringerer als Leibniz, der schon Ende des 17. Jahrhunderts in seiner berühmten Reformschrift „Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae“ den Entwurf einer enzyklopädischen Darstellung der Jurisprudenz veröffentlicht hatte, der allerdings zum Zeitpunkt seines Erscheinens ohne Wirkung blieb<sup>5</sup>.

Was bisher nicht untersucht wurde, ist die Frage, welche Rolle die juristischen Enzyklopädien und bei diesen vor allem Pütters Schrift bei der Entstehung und Ausbildung der geschichtlichen Rechtswissenschaft am Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts gespielt haben. Immerhin haben sie wesentlich dazu beigetragen, daß sich die Rechtswissenschaft ab der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts als eine geschlossene Wissenschaft präsentierte, in der die Beschäftigung mit der Geschichte des Rechts als ein notwendiger Bestandteil der Rechtswissen-

<sup>4</sup> Auf die Bedeutung von Pütters juristischer Enzyklopädie ist in den Darstellungen zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft schon früh hingewiesen worden. Vgl. Ernst Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III 1*, München, Leipzig 1898 (Neudrucke Aalen 1957 u. ö.), S. 337 f. Eine ausführliche Würdigung findet sich bei Wilhelm Ebel, *Der Göttinger Professor Johann Stephan Pütter aus Iserlohn*, Göttingen 1975 (Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 95), S. 61 ff. Zu Pütters juristischer Enzyklopädie als Grundlage des Lehrprogramms zuletzt Christoph Link, *Johann Stephan Pütter*, in: Fritz Loos (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, Göttingen 1987 (Göttinger Universitätschriften, Bd. 6), S. 75 ff., insbes. S. 80.

<sup>5</sup> Zu Leibniz' „Nova Methodus“ vgl. zuletzt Arno Buschmann, *Leibniz als juristischer Reformator in Mainz 1667-1672*, in: Peter Claus Hartmann (Hrsg.), *Die Mainzer Kurfürsten des Hauses Schönborn als Reichserzkanzler und Landesherren*, Frankfurt/M. u. a. 2002 (Mainzer Studien zur Neueren Geschichte, 10), S. 159 ff.

<sup>6</sup> Über Hugos Rolle bei der Entstehung der geschichtlichen Rechtswissenschaft vgl. zuletzt Arno Buschmann, *Estor, Pütter, Hugo. Zur Vorgeschichte der Historischen Rechtsschule*, in: Thomas Gergen (Hrsg.), *Vielfalt und Einheit in der Rechtsgeschichte*, Köln, Berlin, München 2004 (Annales Universitatis Saraviensis, Bd. 136), S. 74 ff., insbes. S. 93 ff. m.w.N.; zu Hugos Geschichtsverständnis des Römischen Rechts auch Okko Behrends, *Gutav Hugo*, in: Okko Behrends (Hrsg.), *Edward Gibbons Historische Übersicht des Römischen Rechts*, Göttingen 1996, S. 198 ff., insbes. S. 198 ff. Zum Ganzen nach wie vor grundlegend Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967 (2. unveränderter Nachdruck Göttingen 1996), S. 348 ff.; ferner Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, hier zitiert nach der 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1969 (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abt. Rechtswissenschaft), S. 9 ff. Für Hugo vgl. auch Arno Buschmann, *Ursprung und Grundlagen der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, Münster/Westf. 1963, pass. und Wilhelm Ebel, *Gustav Hugo, Professor in Göttingen*, Göttingen 1964 (Göttinger Universitätsreden, 45), pass.



schaft erschien, und nicht, wie dies zuvor der Fall war, als eine unter vielen juristischen Gegenständen und Disziplinen.

Was die geschichtliche Rechtswissenschaft betrifft, so wird ihre Entstehung und Ausbildung regelmäßig mit den Namen Gustav Hugo und Friedrich Carl von Savigny in Verbindung gebracht<sup>6</sup>. Hugo, so läßt sich eine verbreitete Meinung zusammenfassen, war der Vorläufer der geschichtlichen Rechtswissenschaft, auf den die methodische Grundlage der geschichtlichen Rechtswissenschaft, nämlich das Prinzip der Verbindung von systematischer und historischer Methode, zurückging, während Savigny – von dieser Grundlage ausgehend – deren Programm formulierte, es mit romantischem Geschichtsverständnis verband und zum methodologischen Credo der von ihm und Eichhorn begründeten Historischen Rechtsschule erhob, von der die gesamte Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts entscheidend bestimmt worden ist<sup>7</sup>.

Tatsächlich sind die ersten Anfänge der geschichtlichen Rechtswissenschaft jedoch schon wesentlich früher zu beobachten. Längst ist in der rechtshistorischen Forschung erkannt, daß die Begriffs- und Systembildung der geschichtlichen Rechtswissenschaft nicht von dieser selbst stammt, sondern auf das Natur- und Vernunftrecht des 18. Jahrhunderts zurückgeht und auch die Hinwendung zur Geschichte des Rechts nicht erst mit der Entstehung der Historischen Rechtsschule im 19. Jahrhundert begann, sondern unter dem Einfluß der französischen Aufklärung, namentlich von Montesquieu, bereits um die Mitte des 18. Jahrhunderts einsetzte. Man weiß heute, daß die ersten Ansätze bereits in der sog. Göttinger Historischen Schule der Mitte des 18. Jahrhunderts nachweisbar sind, wenn auch noch nicht in jener Form und mit jener Betonung, wie sie sich später in der Historischen Rechtsschule zeigen<sup>8</sup>. Stets wird in diesem Zusammenhang neben anderen

<sup>7</sup> Aus der umfangreichen Literatur über Savigny seien neben Wieackers nach wie vor wegweisender Darstellung, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 368 ff. vor allem Erik Wolf, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl., 1963, S. 467 ff. mit ausführlicher Bibliographie, Joachim Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach 1984 (Münchener Universitätschriften, Juristische Fakultät, Bd. 58), pass., Hans Hermann Jacobs, *Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, Paderborn u. a. 1992 (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, N.F., Bd. 74), pass. und Dieter Nörr, *Savignys philosophische Lehrjahre*, Frankfurt/M. 1994 (Ius Commune, Sonderhefte, Bd. 127), pass. genannt.

<sup>8</sup> Vgl. dazu Buschmann, *Enzyklopädie und Jurisprudenz*, S. 311 m. N. und Dierse, *Enzyklopädie*, S. 52 ff., insbes. S. 58 f. und 75 ff. Pütter selbst orientierte sich bei seiner *Enzyklopädie* an Johann Georg Sulzers Schrift *Kurzer Begriff aller Wissenschaft und anderen Theilen der Gelehrsamkeit*, Frankfurt/M., Leipzig 1745, die eine Zwischenstellung zwischen der bis dahin gängigen Darstellung der Enzyklopädie und der aufklärerischen Theorie einnahm. Vgl. dazu Dierse, *Enzyklopädie*, S. 39 ff. Zu den Anfängen der historischen Betrachtungsweise im 18. Jahrhundert vgl. auch Carlo Antoni, *Der Kampf wider die Vernunft*, Stuttgart 1951, S. 179 ff. Schon vorher hatte Hans Thieme auf die Hinwendung zur Geschichte im 18. Jahrhundert aufmerksam gemacht. Thieme, *Die Zeit des späten Naturrechts*, in: *ZRG Germ.* Abt. 56 (1936), S. 202 ff.; wieder ab-

auch Pütters Name genannt und hierbei vor allem auf dessen juristische Enzyklopädie hingewiesen und hervorgehoben, daß diesem Werk eine wichtige Rolle bei der geschichtlichen Begründung des Rechts zukomme, auf die sich vor allem Hugo immer wieder bezogen habe<sup>9</sup>.

Im folgenden soll der Versuch unternommen werden, diese Rolle von Pütters juristischer Enzyklopädie des Näheren zu untersuchen und eine Antwort auf die Frage zu finden, welchen Beitrag sie bei der Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft tatsächlich geleistet hat. Insbesondere soll versucht werden zu klären, welcher Begriff von der Jurisprudenz in ihr entwickelt wurde, welche Stelle sie der Beschäftigung mit der Geschichte des Rechts innerhalb der Rechtswissenschaft einräumte und inwieweit vor allem die Verbindung von systematischer und historischer Methode als methodisches Grundprinzip in ihr bereits formuliert worden ist.

## I.

Bevor auf Pütters Enzyklopädie im einzelnen eingegangen werden kann, muß nach den Umständen gefragt werden, die zu ihrer Abfassung geführt haben. Äußerer Anlaß waren nicht Pütters Vorstellungen von einer Reform der Jurisprudenz, sondern das Verlangen des Schöpfers und ersten Kurators der Göttinger Universität, des hannoverschen Ministers Adolf Freiherr von Münchhausen, daß in allen Fakultäten, namentlich in der juristischen Fakultät, sog. „*collegia praeparatoria*“, also eine Art Übersichtsvorlesungen, gehalten werden, in denen sämtliche Gegenstände eines Studiums in einer geschlossenen Form behandelt und vorgetragen werden sollten. Schon bei der Gründung der Universität im Jahre 1737 hatte v. Münchhausen dies verfügt, wohl, wie Wilhelm Ebel vermutet, in Erinnerung an die Planlosigkeit seines eigenen juristischen Studiums, das noch ganz in den traditionellen Bahnen verlaufen war und dessen Anlage er als äußerst mangelhaft empfunden hatte<sup>10</sup>. Ob dies der alleinige Grund für diese Maßnahme war, ist freilich zu bezweifeln. Tatsächlich dürften sich hier nicht zuletzt auch die Ideen der Aufklärung und der enzyklopädischen Bewegung bemerkbar gemacht haben, deren Ziel in der systematischen Zusammenfassung und Darstellung allen Wissens bestand und die ab der Mitte des 18. Jahrhunderts in der französischen Enzyklopädie von D'Alembert und Diderot ihren signifikantesten Ausdruck gefunden hatten<sup>11</sup>.

In Erfüllung des ministeriellen Verlangens hatte in der juristischen Fakultät zunächst Johann Jacob Schmauß, Pütters Vorgänger als Ordinarius des „*ius publi-*

---

gedruckt in: Gesammelte Schriften, Bd. 2, Köln, Wien 1986 (Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte, Bd. 25/II), S. 633 ff.

<sup>9</sup> Vgl. dazu vor allem Ebel, Pütter, S. 69 ff.

<sup>10</sup> Ebel, Pütter, S. 41.

<sup>11</sup> Zur enzyklopädischen Bewegung des 18. Jahrhunderts vgl. etwa Fritz Schalk, Enzyklopädismus, in: Joachim Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 2 (1972), Sp. 573 ff.

cum“, seit 1737 eine solche Vorlesung unter dem Titel „*collegium iuris praeparatorium*“ gehalten, übrigens mit wenig Erfolg, wie berichtet wird. 1757 erneuerte v. Münchhausen seine Anordnung, deren Ausführung diesmal Pütter übertragen wurde. Pütter verfaßte daraufhin für die Hörer seiner Vorlesung eine kleine Schrift mit dem Titel „Entwurf einer juristischen Encyclopädie“, die er mit zwei „Zugaben“ versah, die unter anderem umfangreiche Verzeichnisse von Rechtsquellen enthielten. 10 Jahre später erweiterte er die Schrift um eine Methodologie und ließ sie unter dem Titel „Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie“ erscheinen, wiederum versehen mit Zugaben, diesmal mit deutlich vermehrten Rechtsquellenverzeichnissen, wobei namentlich Johann Heinrich von Selchow, der bekannte Vertreter des „*Ius Germanicum*“, Pütter eine Fülle von Quellen benannt hatte, wie dieser selbst bekundete<sup>12</sup>. Allein das Verzeichnis der „Land- und Stadtgesetze“ war auf diese Weise auf nicht weniger als 524 Titel angewachsen. Außerdem hatte Pütter dem Ganzen auch Verzeichnisse von Erläuterungswerken zu den angeführten Quellen, ferner eine Liste von Urkunden und schließlich eine Auswahl von Titeln der wichtigsten juristischen Literatur angefügt.

Pütter selbst hat dieser Schrift offensichtlich keine so große Bedeutung beigegeben, wie dies in der späteren Forschung geschehen ist. In seiner Selbstbiographie, in der er ansonsten ausführlich über seine Lehrtätigkeit und die daraus hervorgegangenen Werke berichtet, findet sich nur der kurze Hinweis, daß die Abhaltung der enzyklopädischen Lehrveranstaltungen ihm Veranlassung gegeben hätte, für seine Hörer 1757 den Entwurf einer juristischen Enzyklopädie und 1767 neuerlich den Versuch einer juristischen Enzyklopädie und Methodologie zu verfassen<sup>13</sup>.

Ausführlichere Nachrichten über das Werk und die ihm zugrundeliegende Zielsetzung finden sich dagegen in der Vorrede der Ausgabe von 1767. Dort wird nicht nur berichtet, daß die erste Ausgabe in aller Eile angefertigt wurde, sondern daß die neue erweiterte Ausgabe wegen der großen Nachfrage der „angehenden Rechtsgelehrten“ unternommen und mit einer Zusammenstellung „einer juristischen Bibliothek“ – gemeint ist eine Bibliographie – und einem Verzeichnis der eigenen Schriften versehen worden sei. In dieser Vorrede benennt Pütter auch den eigentlichen Zweck seiner Enzyklopädie, nämlich „eine ganze Wissenschaft“ sowohl „in richtigen Begriffen und Grundsätzen als in der richtigen Ordnung zu fassen“, mit anderen Worten, sie als geschlossenes System von Begriffen und Prinzipien darzustellen<sup>14</sup>. Wilhelm Ebel hat aus diesem Ausspruch gefolgert, daß es Pütter vornehmlich um die richtige Ordnung innerhalb der Rechtswissenschaft gegangen sei, wie dies v. Münchhausen offenbar mit seiner Anordnung vorschwebte. Die juristischen Begriffe und Grundsätze sollten in der richtigen Ord-

<sup>12</sup> Entwurf einer Juristischen Encyclopädie, nebst etlichen Zugaben, Göttingen 1757, 110 Seiten Oktav; Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie, nebst etlichen Zugaben, Göttingen 1767, 254 Seiten Oktav, Neudruck mit einer Einleitung von Bernhard Scherl, Hildesheim 1998 (*Historia Scientiarum*).

<sup>13</sup> Johann Stephan Pütter, Selbstbiographie, 1. Bd., Göttingen 1798, S. 211.

<sup>14</sup> Pütter, Neuer Versuch, Vorrede a. E.

nung präsentiert werden, um auf diese Weise ein geordnetes juristisches Studium zu ermöglichen<sup>15</sup>.

In Wirklichkeit ging Pütters Absicht jedoch wesentlich weiter. Für ihn kam es nicht nur darauf an, die verschiedenen juristischen Gegenstände und Disziplinen für den akademischen Unterricht in der richtigen Ordnung darzustellen, sondern vor allem darauf, ihren systematischen Zusammenhang sichtbar zu machen. Jeder Gegenstand und jede juristische Disziplin sollte als Teil eines Ganzen erwiesen werden, in diesem seinen systematischen Ort erhalten und danach „in der Ordnung abgehandelt“ werden, in der er „am natürlichsten anderen folgt oder vorhergeheth“<sup>16</sup>. Pütter geht es also nicht bloß um die richtige Ordnung, sondern um die systematische Erfassung der juristischen Gegenstände und Disziplinen in ihrer Gesamtheit. Erst in zweiter Linie galt sein Bemühen der richtigen Ordnung bei deren Behandlung im akademischen Unterricht. Der systematische Zusammenhang war für Pütter die Grundlage für die richtige Ordnung bei der Behandlung im juristischen Studium. Den ersteren darzustellen sei Aufgabe der Enzyklopädie, die richtige Ordnung bei der Behandlung der einzelnen Gegenstände im juristischen Unterricht dagegen Sache der Methodologie. Beide müßten zwar einerseits getrennt, andererseits aber aufeinander folgend dargestellt und daher auch in einer Schrift behandelt werden<sup>17</sup>.

Diese Konzeption liegt vor allem der zweiten Ausgabe von Pütters Schrift zugrunde. Von ihr ist im folgenden auszugehen, nicht zuletzt, weil von dort ihre eigentliche Wirkung in der Folgezeit ausgegangen ist. Sie ist daher auch für die Antwort auf die Frage nach Pütters Beitrag bei der Entstehung und Ausbildung der geschichtlichen Rechtswissenschaft heranzuziehen, zunächst für die Begründung der überlieferten Jurisprudenz als Wissenschaft, sodann für deren Bezug zur Geschichte<sup>18</sup>.

## II.

Zu beginnen ist mit Pütters Begriffen von Wissenschaft und Enzyklopädie. Beide sind für Pütter grundlegend für das Verständnis von Rechtswissenschaft, aber auch von deren enzyklopädischer Darstellung. Danach ist Wissenschaft im allgemeinsten Sinne des Wortes die durch einen gemeinsamen Zweck bestimmte Verbindung von einzelnen Erkenntnissen zu einem systematischen Ganzen. Als solche bildet sie einen Teil des gesamten menschlichen Wissens, wobei wiederum einzelne Teile zu einer eigenen „Hauptwissenschaft“ verbunden werden können.

---

<sup>15</sup> Vgl. Ebel, Pütter, S. 41 ff. Etwas anders die Einschätzung bei Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III 1, S. 337, der das hauptsächliche Ziel Pütters bei der Enzyklopädie in der sauberen Sonderung der Rechtsmassen, in der Methodologie dagegen in den Vorschlägen zur Reform des juristischen Studiums sieht.

<sup>16</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 3 f., insbes. S. 4

<sup>17</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 1 f.

<sup>18</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 3 f.

Alle Wissenschaften zusammen bilden ein systematisches Ganzes, mit dem „das weite Feld der Gelehrsamkeit“ ausgeschöpft wird, sofern nicht die Grenzen der menschlichen Erkenntnis überschritten werden<sup>19</sup>.

Aus diesem umfassenden Begriff der Wissenschaft ergibt sich für Pütter auch der Begriff der Enzyklopädie. Enzyklopädie ist jene Wissenschaft, die sich mit der systematischen Verbindung der einzelnen Teile der Wissenschaft in ihrer Gesamtheit, aber auch einzelner Wissenschaften untereinander beschäftigt. Enzyklopädie ist demnach jene Form der Darstellung, in der die Wissenschaft als Ganzes erscheint. Pütter unterscheidet hierbei zwischen allgemeiner und besonderer Enzyklopädie. Gegenstand der ersteren ist die systematische Verbindung aller Wissenschaften schlechthin, Gegenstand der letzteren die Verbindung zwischen einzelnen durch einen gemeinsamen Zweck miteinander verbundenen Wissenschaften. Ohne Enzyklopädie gibt es für Pütter keine systematische Darstellung einer Wissenschaft. Enzyklopädie ist die äußere Erscheinungsform einer systematisch organisierten Wissenschaft.

Zu den besonderen Enzyklopädien gehört die juristische Enzyklopädie. Ihr Gegenstand ist die systematische Verbindung sämtlicher Wissenschaften, die sich mit dem Recht beschäftigen, ihre Aufgabe, diese in ihrer Gesamtheit zu erfassen und systematisch darzustellen. Sämtliche juristischen Disziplinen sollen in ein systematisches Verhältnis zueinander gebracht und eine Rangordnung unter ihnen hergestellt werden. Die juristische Enzyklopädie ist demnach für Pütter jene Wissenschaft, in der das Gesamtsystem aller juristischen Gegenstände und Disziplinen entwickelt wird<sup>20</sup>.

Ausgangspunkt ist hierbei, wie schon zuvor bei der Bestimmung von Wissenschaft und Enzyklopädie, wiederum der Begriff, in diesem Fall der Begriff der Rechtswissenschaft. Rechtswissenschaft ist, so lautet Pütters Definition, die Wissenschaft von Rechten und Pflichten, deren Erfüllung mit Zwangsgewalt herbeigeführt werden kann. Pflichten, bei denen keine Zwangsgewalt stattfindet, sind für ihn nicht Gegenstand der Rechtswissenschaft und gehören nicht zu deren Begriff. Sie gehören ebensowenig zum Begriff der Rechtswissenschaft wie jene, deren Erfüllung aus Gründen der Klugheit erfolgt. Die ersteren sind Gegenstand der Moral und der Moralwissenschaft, die letzteren in erster Linie Sache der „Privat- oder Staatsklugheit“<sup>21</sup>. Beide haben zwar Beziehungen zur Rechtswissenschaft, sind jedoch nicht als deren Bestandteile anzusehen. Die Begriffsbestimmung als solche war nicht neu. Pütter entnahm sie der Natur- und Vernunftrechtslehre, namentlich der Lehre Christian Wolffs, den Pütter während seines Studiums in Marburg als akademischen Lehrer selbst erlebt hatte<sup>22</sup>.

Dieser Begriff der Rechtswissenschaft ist für Pütter die Grundlage des enzyklopädischen Systems der juristischen Gegenstände und Disziplinen und damit der gesamten Rechtswissenschaft. Aus ihm resultiert deren systematischer Zusammenhang und deren Rangordnung, übrigens auch jener Disziplinen, die nur indi-

<sup>19</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 2 ff., insbes. S. 3 f.

<sup>20</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 3.

<sup>21</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 7.

<sup>22</sup> Pütter, Selbstbiographie, 1. Bd., S. 28 f.

rekt Bezug zum Recht haben. Er steht an der Spitze einer logisch-systematischen Pyramide, als die sich für Pütter der Zusammenhang der einzelnen juristischen Disziplinen darstellt. Anders als bis dahin üblich sieht Pütter die einzelnen juristischen Disziplinen, ob es sich nun um Staatsrecht, Privatrecht, Römisches Recht, einheimisches Deutsches Recht, Kanonisches Recht handelt, nicht als eigenständige Wissenschaften an, sondern als Teile einer einheitlichen systematischen Wissenschaft, deren Ordnung zugleich die Grundlage für das juristische Studium bildet.

Bestimmend hierfür sind für Pütter jedoch nicht nur die Rechte und Pflichten als solche, sondern vor allem die Gründe für deren Verbindlichkeit. Es sind dies im wesentlichen zwei, nämlich einmal der Wille Gottes und zum anderen der menschliche Wille. Beide bilden die Grundlagen sowohl für die Rechtswissenschaft im Ganzen wie für die juristischen Disziplinen im einzelnen wie für deren systematischen Zusammenhang. Sie sind die obersten Grundsätze für die Rechtswissenschaft und ihr System. Für Pütter ist die Jurisprudenz in ihrer traditionellen Form damit zu einer systematischen Wissenschaft geworden, zur Rechtswissenschaft statt einer Rechtsgelehrsamkeit, wie der deutsche Ausdruck für Jurisprudenz in der zeitgenössischen Lehre und Literatur hieß.

Wichtigster Grund ist zunächst der Wille Gottes im weitesten Sinne. Er liefert die Grundlage für die Verbindlichkeit aller Rechte und Pflichten schlechthin. Ohne den Willen Gottes läßt sich für Pütter keine Verbindlichkeit der Rechte und Pflichten denken. Der Wille Gottes bestimmt, was Recht und Unrecht ist. Auf ihm beruht daher für Pütter die Rechtswissenschaft in ihrer Gesamtheit und aus ihm leitet sich letztlich der systematische Zusammenhang aller juristischen Materien und Disziplinen her.

Als dieser umfassende Grund ist Gottes Wille die Grundlage auch für jene wissenschaftliche Disziplin, die als die eigentliche Grundwissenschaft innerhalb der Rechtswissenschaft zu betrachten ist, nämlich für das Naturrecht. Ohne den göttlichen Willen und dessen Herrschaft sei das Naturrecht nicht denkbar, meint Pütter. Als Grundwissenschaft sei das Naturrecht zwar auch ein Teil der Philosophie, gleichwohl aber die Grundlage aller juristischen Disziplinen, weil es deren wichtigste Grundsätze enthalte. Den Begriff des Naturrechts entnimmt Pütter der Lehre Christian Wolffs. Danach ist das Naturrecht die allgemeine Wissenschaft von den Rechten und Pflichten des Menschen, zunächst in dessen Naturzustand, d. h. als Individuum, sodann in der Verbindung mit anderen Menschen, d. h. als Mitglied menschlicher Gemeinschaften, und schließlich in seiner Stellung im Staat als des Zusammenschlusses der Menschen unter einer gemeinsamen Herrschaftsgewalt zu ihrer eigenen Erhaltung und Wohlfahrt. Aus ihm ergeben sich die allgemeinen Grundsätze des Staatsrechts, d. h. das „*ius publicum universale*“, und des Völkerrechts, d. h. das „*ius gentium universale*“. Beide enthalten wiederum die allgemeinen Grundsätze des Rechts und der Rechtswissenschaft, die allen weiteren Disziplinen zugrunde liegen<sup>23</sup>.

Als göttlicher Wille ist er auch die Grundlage für die Wissenschaft vom geoffenbarten göttlichen Recht, also jener Materie, die in der vernunftrechtlichen Leh-

---

<sup>23</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 10 ff.

re als „*ius divinum positivum*“ bezeichnet wurde. Sie rangiert für Pütter entsprechend der Vernunftrechtslehre direkt nach dem Naturrecht als Grundwissenschaft des Rechts. Wichtigster Bestandteil sind die Gesetze des Volkes Israel, namentlich die Mosaischen Gesetze, die wegen der Bedeutung des Volkes Israel für die Christenheit als allgemeine Gesetze und daher als allgemeingültige und schriftlich fixierte göttliche Gesetze, als „*leges divinae positivae universales*“ angesehen werden müssen<sup>24</sup>. Als echtes Kind der Aufklärung rechnet Pütter jedoch auch falsche oder vermeintliche göttliche Offenbarungen wie etwa den Talmud oder „heidnischgöttliche Erdichtungen“ zu den unmittelbaren Äußerungen des geoffenbarten göttlichen Willens. In einer auf lückenlose systematische Darstellung der Rechtswissenschaft angelegten juristischen Enzyklopädie dürften auch diese nicht unerwähnt bleiben und müßten zum Bestand des geoffenbarten göttlichen Rechts gerechnet werden, da auch sie als Begründung von Rechten und Pflichten dienen könnten<sup>25</sup>.

Die zweite Grundlage für die allgemeine Verbindlichkeit des Rechts, der menschliche Wille, geht zwar in letzter Konsequenz auch auf den göttlichen Willen zurück, ist jedoch für Pütter ein eigener Grund<sup>26</sup>. Auf ihn läßt sich das gesamte positive Recht zurückführen. Seine Erscheinungsformen sind Willensübereinkünfte und Verträge. Das gilt vor allem für das Völkerrecht, das in seiner Gesamtheit auf solchen Übereinkünften beruht, und zwar auf Übereinkünften zwischen den einzelnen Staaten, trifft aber auch für das Staatsrecht zu, das auf einen Grundvertrag aller seiner Untertanen zurückzuführen ist, der sowohl den Zusammenschluß zu einem Staat wie die Unterwerfung unter eine einheitliche Herrschaftsgewalt regelt. Dieses „*pactum fundamentale unionis et subiectionis*“ ist für Pütter die eigentliche Grundlage des jeweiligen positiven Rechts in einem Staat. Pütter knüpft hier an die natur- und vernunftrechtliche Lehre von der Begründung des positiven Rechts aus dem Gesellschafts- und Herrschaftsvertrag an, ohne diese weiter zu erläutern.

Was für das positive Recht im Ganzen gilt, läßt sich auch für die einzelnen Gebiete und deren Disziplinen sagen. Auch sie ergeben sich für Pütter letztlich aus der vertragsmäßigen Grundlage, wobei er im einzelnen den überlieferten Begriffen folgt, die ihrerseits dem Römischen Recht entnommen sind. Danach enthält das Staatsrecht die Rechte und Pflichten des gesamten Staates gegenüber den Untertanen, das Privatrecht dagegen die der Untertanen untereinander. Was nicht den Staat im Ganzen betrifft, d. h., was nicht die Ausübung der Herrschaftsgewalt zum Inhalt hat, gehört nicht zum Staatsrecht, sondern ist Gegenstand des Privatrechts, bei dem außerdem zwischen einem theoretischen und einem prozessualen Privatrecht unterschieden werden muß. Das erstere hat die Rechte und Pflichten als solche zum Gegenstand, das zweite deren gerichtliche Erörterung, also den Prozeß<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 11 ff.

<sup>25</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 12.

<sup>26</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 13 ff.

<sup>27</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 19 ff.

Auch die einzelnen Rechtsgebiete innerhalb des Privatrechts folgen aus der vertragsmäßigen Grundlage des positiven Rechts, wobei Pütter nach dem Vorbild des Römischen Rechts das Strafrecht zum Privatrecht rechnet, weil auch dieses das Verhältnis der Menschen untereinander betrifft, nicht dagegen die Herrschaftsgewalt des Staates und deren Ausübung. Als Rechtsgebiete, die vom Begriff des Privatrechts mitumfaßt werden, sieht Pütter auch das Ständerecht, das Lehnrecht, das Recht der Militärpersonen sowie das Kriegsrecht, soweit es die Einzelmenschen betrifft, an<sup>28</sup>. Für Pütter ist wichtig, daß alle Rechtsgebiete und Disziplinen des positiven Rechts nicht zusammenhanglos nebeneinander bestehen, sondern sich allesamt auf den Grundvertrag und damit auf den Willen des Menschen als gemeinsame Grundlage allen positiven Rechts zurückführen lassen.

Auch die faktischen Unterschiede des positiven Rechts der einzelnen Staaten sowohl in geographischer wie in geschichtlicher Hinsicht haben für Pütter im menschlichen Willen ihren letzten Grund. Sie sind eine logische Folge der Tatsache, daß jeder Staat sein eigenes, auf dem jeweiligen eigenen Willen der Untertanen beruhendes positives Recht hat, das seinerseits geschichtlichen Veränderungen unterliegt. Die Unterschiede resultieren daher nicht nur aus der Eigenart der Willensbildung in den einzelnen Staaten, sondern vor allem aus der Verschiedenartigkeit dieser Willensbildung in den einzelnen geschichtlichen Epochen. Auch diese Unterschiede sind demnach eine unmittelbare Konsequenz aus der Tatsache, daß der menschliche Wille die Grundlage allen positiven Rechts ist<sup>29</sup>. Trotz dieser Verschiedenheit gebe es aber, so Pütter, zwischen den einzelnen positiven Rechten einen inneren Zusammenhang, der einen notwendigen Bestandteil der Wissenschaft des positiven Rechts ausmache. Dies gelte vor allem für das Römische Recht, betreffe aber auch das mosaische und das griechische, ebenso das Kanonische und das mittelalterliche Recht. Auch dieser Zusammenhang ist für Pütter eine Konsequenz aus dem Grundsatz, daß sich alle positiven Rechte aus dem menschlichen Willen ergeben<sup>30</sup>.

All dies gilt vor allem für das positive Recht in „Teutschland“, d. h. im Deutschen Reich. Auch dessen Unterschiede sind für Pütter die logische Folge der Tatsache, daß jede Nation und jede Zeit ihr eigenes „willkürliches“, d. h. auf dem eigenen Willen beruhendes Recht hat. Hier ergeben sie sich vor allem aus der spezifischen Natur der deutschen „Staatsverfassung“ und deren Veränderungen. Für Pütter ist die Staatsverfassung des Deutschen Reiches zweigeteilt, nämlich in die Verfassung des Reiches als Gesamtstaat und der Einzelstaaten. Entsprechend gibt es für ihn auch zwei Rechtsgebiete, nämlich einmal das Recht des Reiches als Gesamtstaat und zum anderen das Recht der Einzelstaaten. Für das Privatrecht kommt Pütter noch die Tatsache hinzu, daß in ganz Deutschland das Römische Recht, also ein fremdes Recht gilt, das man irrtümlich für ein eigenes Recht gehalten und daher als allgemein geltendes Recht in Deutschland angenommen habe. Doch auch wenn das Römische Recht wegen seiner Vorzüge, namentlich wegen der Vollständigkeit und Gründlichkeit seiner Regelungen, vielfach allgemeine

---

<sup>28</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 20 ff.

<sup>29</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 22 ff.

<sup>30</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 30 f.



Anerkennung erfahren habe, gebe es doch wegen der Unterschiede der dem Römischen Recht zugrundeliegenden staatlichen Verhältnisse zahlreiche Rechtsverhältnisse in Deutschland, die sich nicht aus dem Römischen Recht, sondern nur aus dem einheimischen Deutschen Recht herleiteten. Pütter folgert daraus die Notwendigkeit, daß Römisches Recht und einheimisches Deutsches Recht sorgfältig voneinander getrennt und gesondert behandelt werden müssen, wobei das einheimische Recht der deutschen Einzelstaaten für ihn notwendig den Vorrang vor dem Römischen Recht hat, weil es auf dem eigenen Willen der Einzelstaaten und deren Untertanen beruht. Seine Anwendung könne sich nicht am Römischen Recht orientieren, sondern müsse sich auf die einheimischen deutschen Rechtsquellen stützen.

Zum Bestand des positiven Rechts in Deutschland zählen für Pütter auch das Kanonische Recht, das evangelische Kirchenrecht, das partikulare und das allgemeine Lehnrecht sowie zahlreiche weitere Rechtsmaterien, von denen Pütter vor allem das Privatfürstenrecht hervorhebt. Auch eine Reihe von anderen Rechten gehören für Pütter tatsächlich und begrifflich zum Bestand des positiven Rechts, namentlich solche, die sich aus mehreren juristischen Gegenständen zusammensetzen, wie etwa das Staatskirchenrecht oder das kirchliche Privatrecht, das zum einen dem Kirchenrecht und zum anderen dem Staatsrecht bzw. dem Privatrecht zuzurechnen ist. Sie alle bilden zusammen das positive Recht im Deutschen Reich und seinen Einzelstaaten, stehen in einem systematischen Zusammenhang zur Staatsverfassung des Reiches, teils als Reichsrecht, teils als Recht der Einzelstaaten oder als Rechte, die mit diesen in Zusammenhang stehen. Ihre gemeinsame Grundlage ist für Pütter der menschliche Wille<sup>31</sup>.

Zur systematischen Rechtswissenschaft gehören für Pütter auch solche Wissenschaften, die ihren Ursprung außerhalb haben, wegen ihres Bezuges zum Gegenstand des Rechts jedoch ebenfalls zur Rechtswissenschaft gerechnet werden müssen. Als besonders markantes Beispiel nennt Pütter die Auslegungskunst, die juristische Hermeneutik, die einerseits als Hermeneutik ein Teil der Philosophie ist, andererseits wegen ihrer Fokussierung auf das Recht einen unverzichtbaren Teil der Rechtswissenschaft bildet. Auch andere Disziplinen müssen als Bestandteile für die Rechtswissenschaft reklamiert werden, wenn auch nur im weiteren Sinne. Als Beispiele bezeichnet Pütter die Mathematik, die wegen der in Rechtsstreitigkeiten oft vorkommenden Maße und Berechnungen zur Rechtswissenschaft gehört, ferner die Rechtsmedizin und schließlich auch die theologische Jurisprudenz, unter der Pütter das kirchliche Strafrecht versteht. Sie alle zählen zum Kreis der juristischen Disziplinen und zur juristischen Enzyklopädie<sup>32</sup>.

Zur systematischen Rechtswissenschaft in Pütters Sinne gehören schließlich auch jene Wissenschaften, die sich mit den Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts befassen. Hierzu zählt Pütter vor allem die Politik, die sich zwar auf alle Bereiche des menschlichen Lebens bezieht und nur zu einem Teil das Recht und die Rechtswissenschaft berührt, dennoch ein besonderes Gewicht für beide hat und daher ebenfalls zur Rechtswissenschaft hinzugerechnet werden muß. Größte

---

<sup>31</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 26 ff.

<sup>32</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 42 ff.

Nähe und größte Bedeutung hat naturgemäß die Justizpolitik, die daher in besonderem Maße zu den juristischen Disziplinen zu rechnen ist. Pütter unterscheidet hier zwischen einer Politik im allgemeinen und der besonderen, auf die spezifischen Bedürfnisse eines Landes abgestellten Politik.

Doch nicht nur die Politik reklamiert Pütter für die Rechtswissenschaft, auch die Ökonomie, die Statistik, die Heraldik und die Archivwissenschaft gehören zu den juristischen Disziplinen im weiteren Sinne, weil diese sowohl einen direkten oder indirekten Bezug zur Politik als auch zum Recht und der Rechtswissenschaft zeigen. Bei der Ökonomie ist es die Beschäftigung mit den Ressourcen der staatlichen Tätigkeit, bei der Statistik die Kenntnis der Erfahrungstatsachen, auch solche anderer Staaten, bei der Heraldik die Kenntnis der Symbole von Herrschaft und Staat und bei der Archivwissenschaft die Beschäftigung mit der Aufbewahrung und Erschließung von Urkunden, Akten und sonstigen rechtserheblichen Gegenständen<sup>33</sup>.

Schließlich gehört auch die Wissenschaft von der juristischen Praxis, d. h. die Wissenschaft von der praktischen Anwendung des Rechts auf einzelne im täglichen Leben vorkommende Fälle, sei es vor Gericht, sei es bei Beratung in einzelnen Rechtsstreitigkeiten oder sei es bei der Begutachtung von Rechtsfragen für Pütter zum Bestand der Rechtswissenschaft. Im einzelnen sind dies die Kenntnis der juristischen Sprache und Rhetorik, die Beherrschung des schriftlichen Ausdrucks und vor allem die Kenntnis und Beherrschung der Regeln, die bei der Abfassung von juristischen Schriftstücken und mündlichen Voten und Vorträgen beachtet werden müssen<sup>34</sup>.

Alle diese zuletzt aufgeführten Gegenstände und Disziplinen sind für Pütter Bestandteile der Rechtswissenschaft und gehören zusammen mit dem Naturrecht und dem geoffenbarten göttlichen Recht zum Bestand der systematischen Rechtswissenschaft im umfassenden Sinne. Anders als in der überlieferten Jurisprudenz stehen diese für Pütter jedoch nicht beziehungslos nebeneinander, sondern weisen einen systematischen Zusammenhang auf, der sich aus dem Begriff der Rechtswissenschaft und dessen Grundlage ergibt und sie allesamt als Bestandteile einer einheitlichen und systematischen Wissenschaft des Rechts ausweist. Alle lassen sich auf eine gemeinsame Grundlage zurückführen, so daß auf diese Weise aus den verschiedenen juristischen Gegenständen und Disziplinen eine in sich geschlossene systematische Wissenschaft des Rechts entsteht, die durch die juristische Enzyklopädie sichtbar gemacht wird. Einer der wichtigsten Gegenstände ist hierbei die Geschichte des Rechts, insbesondere die der Staatsverfassung, aber auch der positiven Rechte im einzelnen, die einen notwendigen Bestandteil der Wissenschaft des positiven Rechts darstellen<sup>35</sup>. Für Pütter sind System und Geschichte des Rechts notwendig miteinander verbunden.

---

<sup>33</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 45 ff.

<sup>34</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 51 ff.

<sup>35</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 23.

### III.

Wie für die Enzyklopädie spielt die systematische Verbindung der Disziplinen auch für die juristische Methodologie eine entscheidende Rolle. Auch hier geht Pütter von einer Begriffsbestimmung aus, wenn auch nicht in einer so prononcierten Form wie bei der Enzyklopädie. Methodologie ist für Pütter, so lassen sich seine Ausführungen zusammenfassen, die Wissenschaft von der richtigen Ordnung in der Darstellung des systematischen Zusammenhanges der Wissenschaft, namentlich, aber nicht nur, für das Studium<sup>36</sup>.

Voraussetzung sind einige Grundsätze, ohne die eine Darstellung in der richtigen, der „natürlichen Ordnung“ nicht möglich ist. Pütter entnimmt sie der natur- und vernunftrechtlichen Lehre, vor allem der „demonstrativischen“ Methode der Wolff'schen Schule. An erster Stelle steht der Grundsatz, daß kein Teil der Wissenschaft behandelt werden darf, ohne daß zuvor dessen Voraussetzungen geklärt sind. Ein zweiter betrifft die Abgrenzung der einzelnen Disziplinen. Jede Disziplin bedarf der genauen Bestimmung und der Abgrenzung gegenüber anderen. Und schließlich ist es erforderlich, daß man jede dieser Disziplinen wie überhaupt das Ganze sorgfältig gliedert und „natürlich“ geordnet darstellt, mit anderen Worten, daß man systematisch von einer Disziplin zur anderen fortschreitet.<sup>37</sup>

Für die juristische Methodologie bedeutet dies, daß mit dem Naturrecht begonnen werden muß, da es als Grundwissenschaft allen Rechts keine andere Disziplin innerhalb der Rechtswissenschaft zur Voraussetzung hat. Im Rahmen des Studiums der Rechtswissenschaft wäre es allerdings nicht falsch, meint Pütter, wenn man sich am Ende des Studiums noch einmal auf die allgemeinen Begriffe und Grundsätze besinnen würde, weil dann die allgemeinen Begriffe und Grundsätze etwa des Staats- und Völkerrechts doch mit anderen Augen betrachtet werden als am Anfang<sup>38</sup>.

An zweiter Stelle steht für Pütter die Politik, gemeint ist wohl die Rechtspolitik, die ebenfalls keine andere Disziplin der Rechtswissenschaft zur Voraussetzung hat. Ihre Aufgabe ist es, die Grundsätze des positiven Rechts sowohl philosophisch wie historisch zu betrachten und den „Geist der Gesetze“, wie es bei Pütter wörtlich heißt, besser sichtbar zu machen. Montesquieu wird zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber die Bezugnahme ist unübersehbar. Neben den allgemeinen Prinzipien des Rechts sollen auch die Beweggründe des Gesetzgebers, die diesen bei Abfassung der Gesetze und Verordnungen bestimmt haben, deutlich gemacht werden. Für Pütter ist die Politik ähnlich wie das Naturrecht eine Art Grundwissenschaft des positiven Rechts und muß daher aller Beschäftigung mit der Wissenschaft des positiven Rechts notwendig vorangehen<sup>39</sup>.

Auf diese beiden Grundwissenschaften hat für Pütter die systematische Darstellung der Quellen und Inhalte des positiven Rechts zu folgen. Quellen des positiven Rechts sind Gesetze, Verordnungen und das Gewohnheitsrecht oder das Herkom-

<sup>36</sup> Pütter, Neuer Versuch, 55 ff.

<sup>37</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 66 ff.

<sup>38</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 67 ff.

<sup>39</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 67.

men, bei systematisch entwickeltem Recht außerdem die Analogie, hilfsweise die Begriffe und Grundsätze des Naturrechts. Die Analogie ist für Pütter ein Beispiel dafür, daß in der Rechtswissenschaft auch die philosophische Methode Anwendung findet und Recht erzeugt, indem sie Lücken in den Vorschriften der Rechtsquellen zu schließen versucht. Da Gesetze und Verordnungen zumeist nicht systematisch angelegt sind, ihre Ordnung oftmals zufällig und willkürlich erscheint, ist eine systematische Darstellung ihres Inhaltes erforderlich, um den systematischen Zusammenhang des gesamten positiven Rechts sichtbar zu machen. Dies sei, so Pütter, die Hauptaufgabe der Lehrbücher<sup>40</sup>.

Wichtigste Grundlage für das positive Recht und dessen Wissenschaft ist für Pütter die Geschichte des Rechts, vor allem die „Historie des Staates“, in dem das positive Recht gilt. Ihre Schilderung muß daher aller systematischen Darstellung vorausgehen. Nur die Kenntnis der geschichtlichen Verhältnisse und der Bedingungen, unter denen das positive Recht jeweils entstanden ist, ermöglicht für Pütter dessen gründliche Kenntnis. Dazu gehört für Pütter auch die Geschichte der Gesetze im einzelnen, die ebenfalls der Behandlung des jeweiligen positiven Rechts vorausgehen muß. Überhaupt ist für Pütter die Geschichte das Fundament des positiven Rechts, zu der auch die Geschichte der gelehrten Bearbeitung des Rechts zu rechnen ist, weil diese oftmals großen Einfluß auf die Gestaltung und Anwendung des positiven Rechts ausgeübt hat. Staatsgeschichte, Staatsrechtsgeschichte und Rechtsgeschichte sind demnach für Pütter elementare Bestandteile einer Methodologie des Rechts<sup>41</sup>.

Für die Rangordnung der einzelnen Disziplinen des positiven Rechts gilt für Pütter der Grundsatz, daß das Staatsrecht vor dem Privatrecht zu behandeln ist, weil dieses auf jenem beruhe. Kein Staatsrecht habe das Privatrecht zur Grundlage, wohl aber umgekehrt das Privatrecht das Staatsrecht, da jedes Privatrecht durch das Staatsrecht des Staates, in dem es gelte, bedingt sei<sup>42</sup>.

Eine ähnliche Rangordnung gilt bei der Behandlung der Geschichte des Rechts. Hier hat das ältere Recht den Vorrang vor dem neueren, weil das ältere Recht die Grundlage des neueren ist. Das ältere Recht ist für Pütter die unabdingbare Voraussetzung für das spätere Recht. Bei größeren Zeiträumen müsse die Darstellung der besseren Übersicht halber notwendig in einzelne Abschnitte eingeteilt werden. Das geschichtliche Recht ist für Pütter die Grundlage für das gesamte geltende positive Recht, da jedes spätere Recht auf dem früheren Recht aufbaut. Methodologisch entscheidend ist jedoch die „unvermischte“ Behandlung eines jeden Rechts nach seinen geschichtlichen Ursprüngen. Es müsse ohne „Beimengungen“ von anderen Rechten bearbeitet werden. Nichts sei unerträglicher, meint Pütter, als wenn Quellen und Institutionen unterschiedlicher Herkunft miteinander vermengt würden. Die strenge Trennung nach historischer Abkunft ist für Pütter einer der wichtigsten Grundsätze bei der Darstellung des Rechts überhaupt<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 69.

<sup>41</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 69 ff.

<sup>42</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 73.

<sup>43</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 74.

Aus systematischen Gründen hat das allgemeine Recht den Vorrang vor dem besonderen Recht. Rechte, in denen allgemeine Begriffe und Grundsätze enthalten sind, gehen „billigerweise“, wie Pütter wörtlich meint, den besonderen, nur auf bestimmte Gegenstände bezogenen, vor. Auch solche, deren Verbindlichkeit sich nur auf einen Teil des Staates und seines Rechtes bezieht, sind nachrangig zu behandeln. Für Pütter folgt dies aus den allgemeinen methodischen Grundsätzen, deren Beachtung auch bei der Behandlung und Darstellung des geschichtlichen Rechts unverzichtbar ist<sup>44</sup>.

Alle diese Grundsätze gelten nicht nur für die Behandlung des positiven Rechts im allgemeinen, sondern vor allem für das in Deutschland geltende positive Recht. Aus ihnen folgt, daß hier zu allererst das Römische Recht behandelt werden muß. Die Behandlung des Römischen Rechts verdient für Pütter deswegen Vorrang, weil es die meisten allgemeinen Begriffe und Grundsätze enthält, die dem in Deutschland geltenden positiven Rechts zugrunde liegen. Entgegen der allgemeinen Übung müsse es jedoch zunächst „unvermischt“ und „ganz alleine in seiner unvermischten Lauterkeit“ bearbeitet und dürfe nur „römisch“ dargestellt werden. Dies bedeutet im einzelnen, daß das Römische Recht zunächst historisch betrachtet werden muß, d. h. erst das altrömische Recht und erst danach das justinianische Recht. Auch hier muß das Staatsrecht vor dem Privatrecht bearbeitet werden, weil dieses die Grundlage für jenes ist. Der Beschäftigung mit dem geschichtlichen Staatsrecht muß die mit der Geschichte des Staates vorausgehen. Das gilt für Pütter vor allem für das justinianische Recht, weil auch hier die Geschichte des justinianischen Staates die Grundlage für das Staatsrecht bildet und dieses nur aus ihr erklärt werden kann<sup>45</sup>.

Das Hauptproblem bei der Darstellung des geschichtlichen Römischen Privatrechts ist für Pütter die richtige systematische Ordnung. Die bis dahin übliche Behandlung nach dem Legalsystem, dessen systematische Schwächen unübersehbar seien, scheidet für Pütter aus. Es müsse eine neue Ordnung gefunden werden, die den geschichtlichen Stoff „in einem vollständigen Systeme“, das heißt in einer lückenlosen Systematik, ordnet. Zwar habe es schon viele Versuche in dieser Richtung gegeben, doch keine sei wirklich gelungen und habe allgemeine Anerkennung erlangen können. Daher müßten die Bemühungen weitergehen. Am Ende werde derjenige den „Preis davontragen“ und sich „ein unsterbliches Verdienst“ erwerben, der hierbei am gründlichsten zu Werke gehe<sup>46</sup>.

Als Maßstab für die richtige systematische Ordnung des Römischen Privatrechts formuliert Pütter wiederum eine Anzahl von Grundsätzen, deren Befolgung zwingend notwendig ist. Pütter entnimmt sie der Systematik des Natur- und Vernunftrechts, die hier auf das Römische Privatrecht und dessen Darstellung angewandt wird. An der Spitze steht der Grundsatz, daß zwischen allgemeinen Vorschriften und Vorschriften für besondere Personengruppen oder für besondere Rechtsgeschäfte unterschieden werden muß. An zweiter Stelle steht der Satz von der Trennung des bürgerlichen Rechts vom peinlichen Recht. An dritter Stelle

<sup>44</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 75 ff.

<sup>45</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 77 f.

<sup>46</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 79 ff., insbes. S. 82.

steht der Grundsatz der Trennung des materiellen Rechts vom Prozeßrecht und der Behandlung des ersteren vor dem letzteren. Schließlich fordert Pütter, daß der gesamten Darstellung eine „allgemeine Abhandlung“ vorangestellt werde, in der die Stellung des Menschen in seinem Naturzustande wie in seiner Stellung im bürgerlichen Recht, Begriff und Arten der Sachen sowie die allgemeinen Grundsätze von Rechten und Verbindlichkeiten, also des Schuldrechts, dargestellt werden. Erst danach sind nach Pütters Auffassung die einzelnen Rechtsverhältnisse und vor allem die Rechtsgeschäfte als solche zu behandeln, und zwar nicht, wie in der Legalordnung des Römischen Rechts, geordnet nach formalen Gesichtspunkten, sondern nach ihrem inneren Gehalt und dem sich daraus ergebenden systematischen Zusammenhang<sup>47</sup>.

Auf das geschichtliche Römische Recht als der Grundlage des in Deutschland geltenden gemeinen Römischen Rechts hat für Pütter die Darstellung des einheimischen Deutschen Rechts aus dessen Quellen und Geschichte zu folgen. Im Verhältnis zum Römischen Recht nimmt es für Pütter die Rolle des besonderen Rechts ein. Auch hier muß die Beschäftigung mit dem Staatsrecht an erster Stelle stehen, der wiederum die Geschichte der Staatsverfassung, d. h. die „Reichshistorie“, voranzugehen hat. Gerade die Beschäftigung mit dem Staatsrecht des Reiches macht für Pütter ein Eingehen auf dessen Geschichte notwendig, weil dessen Grundlagen im mittelalterlichen Recht zu suchen sind und daher die Voraussetzung für dessen Kenntnis bilden.

Die Beschäftigung mit der „Reichshistorie“ und dem Staatsrecht wiederum ist die Grundlage für die Darstellung des einheimischen Deutschen Privatrechts, das ähnlich wie das Römische Recht „unvermischt“, d. h. „ohne Beimischung des Römischen Rechts“, also in seiner historischen Reinheit, bearbeitet und dargestellt werden muß. Grundlage sind vor allem jene Quellen, die aus der Zeit vor der Rezeption des Römischen Rechts stammen, wobei man stets darauf bedacht sein muß, Verwechslungen mit Römischem, aber auch mit dem Kanonischen Rechts zu vermeiden. In Ermangelung allgemeiner Quellen sind hierbei vor allem die Landes-, Stadt- und Familiengesetze, mit anderen Worten: die partikularen Quellen, heranzuziehen<sup>48</sup>.

Auf die Darstellung des einheimischen Deutschen Privatrechts in seiner historischen Reinheit muß die des Kanonischen Rechts folgen, wobei auch hier die Geschichte des Kanonischen Rechts der systematischen Darstellung, namentlich der für das weltliche Recht maßgebenden Teile, voranzugehen hat. Hierbei ist für Pütter nicht nur zwischen dem katholischen und dem protestantischen Kirchenrecht zu unterscheiden, sondern auch zwischen Kirchenrecht und Staatskirchenrecht. Soweit es das Verhältnis der Konfessionen im Reich betrifft – Pütter spricht von Religionen –, gehört die Darstellung in das Staatsrecht, soweit es die Rechtsverhältnisse der Katholiken untereinander angeht, in das Kanonische Recht, soweit es die der Protestanten berührt, in das protestantische Kirchenrecht. Hinweise auf das protestantische Kirchenrecht im gegenwärtigen Kanonischen Recht seien

---

<sup>47</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 82 ff., insbes. S. 84.

<sup>48</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 86 f.

ebenso fehl am Platze wie umgekehrt. Auch hier muß das jeweilige Recht „unvermischt“ behandelt werden<sup>49</sup>.

Geschichtliches Römisches Recht, einheimisches Deutsches Recht und Kanonisches Recht bilden für Pütter die Grundlage für das geltende Recht und dessen Darstellung, zunächst für das Staatsrecht des Reiches und der Einzelstaaten, sodann für das gemeine Römische Recht, das einheimische Deutsche Recht und schließlich für das Kanonische Recht, wobei auch hier wiederum die verschiedenen Materien wegen der unterschiedlichen geschichtlichen Quellen deutlich voneinander abgegrenzt werden müssen.

Beim System des Staatsrechts ist zunächst die deutsche Staatsverfassung im Ganzen zu behandeln, danach die Rechtsstellung des Kaisers und schließlich die Regierungsform von Kaiser und Einzelstaaten und deren Verhältnis zueinander, wobei hier vorrangig die allgemeinen Rechte und danach die besonderen Rechte zu erörtern sind. Als Grundlagen haben sowohl der Inhalt der Reichsabschiede wie der einschlägigen Landes- und Stadtrechte wie die Zeugnisse der Rechtspraxis zu dienen<sup>50</sup>. Ähnliches gilt von der Darstellung des einheimischen Deutschen Privatrechts. Wie beim Staatsrecht ist auch hier zunächst das gemeine Recht und dessen System vor dem besonderen Recht der Einzelstaaten darzustellen und auch hier dieselbe Vorgangsweise einzuhalten wie bei der Darstellung der geschichtlichen Rechte. Die allgemeinen Grundsätze haben wiederum Vorrang vor den Rechten der Personen, dem Recht der Sachen und rechtserheblichen Gegenstände, wobei auch auf die Unterschiede der einzelnen Stände geachtet werden muß. Als Quellen sind hierbei neben den Gesetzen in besonderem Umfang die Zeugnisse der Praxis heranzuziehen, die beide zusammen in reichem Maße vorhanden sind. Pütter vergißt nicht zu erwähnen, daß namentlich im akademischen Studium eine lückenlose Kenntnis des einheimischen Deutschen Privatrechts zwar wünschenswert, aber angesichts der Fülle der Quellen und unterschiedlichen Rechte nicht möglich ist. Immerhin erscheint es ihm möglich, daß wenigstens eine „Anleitung“ gegeben wird, bei der die wichtigsten Gegenstände behandelt werden<sup>51</sup>.

Pütter beschließt seine Methodologie nach einigen kurzen Hinweisen auf die schon vorher erwähnten verschiedenen juristischen „Hilfswissenschaften“ mit dem Entwurf eines juristischen Studienplans, der auf den Grundsätzen und dem System seiner Enzyklopädie und Methodologie beruht. Dieser Entwurf ist gleichsam das Resümee seiner enzyklopädischen und methodologischen Überlegungen über die Rechtswissenschaft als System aller juristischen Disziplinen und deren Methode im akademischen Unterricht.

---

<sup>49</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 88 f.

<sup>50</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 92 ff.

<sup>51</sup> Pütter, Neuer Versuch, S. 94 f.

#### IV.

Fragt man nach dem Beitrag, den Pütter mit dieser Enzyklopädie und Methodologie für die Entstehung und Ausbildung der später so genannten geschichtlichen Rechtswissenschaft geleistet hat, dann ergibt sich zunächst, daß bei ihm erstmals die überlieferte Jurisprudenz als eine einheitliche und systematisch geordnete Wissenschaft des Rechts konzipiert und methodisch dargestellt ist.

Zwar hatte es schon vorher Versuche gegeben, ein allgemeines System der Jurisprudenz zu entwerfen, auch und nicht zuletzt zur Reform des juristischen Studiums. Beispiele für ersteres finden sich vor allem in den Werken der juristischen Schüler Christian Wolffs. Als bekannteste mögen hier Daniel Nettelblads „*Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis*“ und sein „*Systema elementare universae iurisprudentiae positivae communis Imperii Romani Germanici*“ angeführt werden, die beide erstmals im Jahre 1748 erschienen und später wiederholt aufgelegt wurden<sup>52</sup>. Die Vorschläge für eine systematische und methodische Reform des juristischen Studiums stammen von Johann Georg Estor, Johann Jacob Moser und wiederum von Daniel Nettelblatt<sup>53</sup>. Doch keinem dieser Versuche und Vorschläge lag ein Konzept zugrunde, wie dies bei Pütters Enzyklopädie und Methodologie der Fall war. Nettelblads Absicht sowohl in seinem System wie in seinen Reformvorschlägen bestand im wesentlichen in der Einführung der demonstrativischen Methode in die Jurisprudenz mit dem Ziel, in dieser begriffliche und systematische Klarheit der Gegenstände zu erreichen<sup>54</sup>. Estor und Moser gaben in ihren Schriften neben allgemeinen Ratschlägen lediglich nützliche Hinweise für eine praktische Ordnung des juristischen Studiums. Eine enzyklopädische Darstellung sämtlicher juristischer Disziplinen und eine juristische Methodologie enthielten sie nicht<sup>55</sup>.

Anders verhält es sich dagegen mit Pütters Enzyklopädie und Methodologie. Sie entwickelt sowohl eine systematisch geordnete Rechtswissenschaft wie deren Methodologie. Wichtigste Grundlage für die systematische Ordnung ist das System des Natur- und Vernunftrechts, ihr Inhalt die Jurisprudenz des Römischen Rechts, des einheimischen Deutschen Rechts und des Kanonischen Rechts und

<sup>52</sup> Daniel Nettelblatt, *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis*, Halle 1748, letzte (5.) Aufl., Halle 1785, Neudruck mit einer Einleitung von Bernhard Scherl, Hildesheim 1998; ders., *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae communis Imperii Romani Germanici*, Halle 1748. Zu deren Bedeutung für die Entwicklung der juristischen Enzyklopädien vgl. Buschmann, in: AKG 51, S. 296, 308 ff.

<sup>53</sup> Johann Georg Estor, *Einladungs-Schrift zu seinen Winter-Vorlesungen*, Marburg 1742; Johann Jacob Moser, *Anleitung zu dem Studio Juris*, Jena 1736 u. ö.; Daniel Nettelblatt, *Unvorgreifliche Gedanken von dem heutigen Zustand der bürgerlichen und natürlichen Rechtsgelahrtheit*, Halle 1749, Neudruck mit einer Einleitung von Bernhard Scherl, Hildesheim 1997.

<sup>54</sup> Nettelblatt, *Unvorgreifliche Gedanken*, S. 27 ff.

<sup>55</sup> Vgl. dazu Mohnhaupt, in: ZNR 21, S. 85, 95 ff., der aus der Einbeziehung der Geschichte in die Rechtswissenschaft noch keine komplementäre Einheit folgert, wie sie später durch Savigny für die Historische Rechtschule vorgenommen worden sei.



sowie die „Reichshistorie“ und die „Historia juris“ in der traditionellen Form. Mit dem Natur- und Vernunftrecht werden die verschiedenen juristischen Gegenstände und Disziplinen begrifflich und systematisch erfaßt, aus der vorhandenen Jurisprudenz deren Gegenstände rezipiert und systematisch verarbeitet. Von der Wolff'schen Schule übernimmt Pütter die Methode der systematischen Ordnung, allerdings weniger begriffsorientiert als Wolff und deutlich stärker an den Tatsachen ausgerichtet, d. h. „pragmatisch“, wie es in der Diktion der Zeit hieß<sup>56</sup>.

Zweite wichtige Grundlage ist für Pütter die Geschichte, die für ihn im Rahmen der systematischen Rechtswissenschaft einen notwendigen Bestandteil bildet. Im Gegensatz zur herkömmlichen Jurisprudenz stehen jedoch „Reichshistorie“, „*Historia iuris Romani*“, „*Historia iuris civilis Romani ac Germanici*“ und die „Juristische Gelehrtengeschichte“ nicht mehr unverbunden nebeneinander, sondern sind mit den anderen Bestandteilen der Rechtswissenschaft systematisch verbunden und zu Elementen einer in sich geschlossenen, einheitlichen Rechtswissenschaft gemacht. Diese systematische Verbindung betrifft vor allem die Beziehung der Geschichte zum positiven Recht. Die Geschichte ist sowohl tatsächlich als systematisch mit dem positiven Recht verbunden. Das Bindeglied zwischen beiden ist die gemeinsame systematische Grundlage, nämlich der menschliche Wille. System und Geschichte sind durch diese gemeinsame Grundlage miteinander verbunden, wobei die Geschichte das tatsächliche Fundament des positiven Rechts darstellt. Für die Wissenschaft des in Deutschland geltenden Rechts bedeutet dies, daß die Kenntnis der Reichshistorie, der römischen Staats- und Rechtsgeschichte und die der Geschichte des einheimischen Deutschen Rechts Voraussetzung für die Kenntnis des geltenden positiven Rechts ist. Auf der anderen Seite bildet das aus dem Natur- und Vernunftrecht herrührende System des Rechts das systematische Fundament auch für die Darstellung des geschichtlichen Rechts. Natur- und vernunftrechtliche Systematik und Geschichte, systematische und geschichtliche Methode, sind daher nicht nur Bestandteile der systematischen Rechtswissenschaft, sondern durch die gemeinsame Grundlage methodologisch miteinander verbunden.

Zwar hatte auch Nettelblatt eine systematische Verbindung zwischen der Kenntnis der Geschichte und der Kenntnis des positiven Rechts hergestellt. Auch er hatte die Kenntnis der Geschichte zur Voraussetzung für die Kenntnis des positiven Rechts, namentlich in Deutschland, erklärt. Doch im Unterschied zu Pütter beschränkte er sich darauf, deren begriffliche Beziehung zu demonstrieren, also auf „demonstrativische“ Art deren systematischen Zusammenhang zu erweisen. Für Pütter hingegen ist die Geschichte und deren Kenntnis nicht nur notwendige Voraussetzung für die Kenntnis des positiven Rechts, sondern die gesamte geschichtliche Entwicklung notwendiger Bestandteil der systematischen Rechtswissenschaft. Jeder Teil des positiven Rechts ist für ihn in die jeweilige Geschichte des Staates und des Staatsrechts, aber auch der sonstigen geschichtlichen Umstände eingebettet, muß unvermischt in seiner historischen Reinheit dargestellt und stets systematisch und zugleich historisch bearbeitet werden.

---

<sup>56</sup> Zu Christian Wolffs Einfluß auf die Jurisprudenz vgl. vor allem Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 318 ff.

Die Rechtswissenschaft beruht demnach für Pütter auf zwei Säulen, zum einen dem Natur- und Vernunftrecht und zum anderen der Rechtsgeschichte. Die eine, das Natur- und Vernunftrecht, liefert die systematischen Grundlagen des Rechts, die andere, die Rechtsgeschichte, die Kenntnis des tatsächlich vorhandenen geschichtlichen und geltenden Rechts und dessen Entwicklung. Beide gehören für Pütter systematisch und methodisch zusammen. Diese Verbindung von Systematik und Geschichte ist damit nicht nur das Merkmal für die enzyklopädische und methodologische Darstellung der Rechtswissenschaft, sondern zugleich ein Wesensmerkmal der Rechtswissenschaft selbst. Zwar stehen natur- und vernunftrechtliches System und Geschichte noch nicht „gleichberechtigt“ nebeneinander, weil die Geschichte in das System eingegliedert ist und vom System umfaßt wird. Noch dominiert das System und die Geschichte ist einstweilen nur Bestandteil, doch deutet sich bereits jene systematische und methodische Verbindung beider an, die später bei Hugo und nach ihm bei Savigny zum Grundprinzip der geschichtlichen Rechtswissenschaft erhoben wurde<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Zu Gleichstellung von System und Geschichte vgl. Dierse, Enzyklopädie, S. 78 f., der zu Recht auf Johann Friedrich Reitemeiers Encyclopädie und Geschichte der in Teutschland geltenden fremden und einheimischen Rechte, Göttingen 1785 verweist, in der diese Gleichstellung erstmals vollzogen wurde. Reitemeier zählte wie Hugo zu Pütters Schülern. Vgl. dazu Ebel, Pütter, S. 69 ff.; zu Reitemeiers Enzyklopädie und deren Bedeutung für die Entwicklung der geschichtlichen Rechtswissenschaft vgl. zuletzt Arno Buschmann, Enzyklopädie und Recht. Johann Friedrich Reitemeiers Enzyklopädie und Geschichte der Rechte in Deutschland, in: Gerhard Köbler (Hrsg.), Wege europäischer Rechtsgeschichte (Rechtshistorische Reihe, Bd. 60), Frankfurt/M. u. a. 1987, S. 29 ff. Belege für die Anknüpfung Savignys an diese Verbindung von System und Geschichte finden sich vor allem in seinen methodologischen Vorlesungen. Vgl. dazu Arno Buschmann, Geschichte und System, in: Gerhard Lingelbach, Heiner Lück (Hrsg.), Deutsches Recht zwischen Sachsenspiegel und Aufklärung (Rechtshistorische Reihe, Bd. 80), Frankfurt/M. u. a. 1991, S. 193 ff., zuletzt Aldo Mazzacane (Hrsg.), Friedrich Carl von Savigny, Vorlesungen über juristische Methodologie (1802-1842), (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Bd. 174), Frankfurt/M. 2004, der allerdings in seiner Einleitung auf Reitemeier nur am Rande eingeht, obwohl dessen Enzyklopädie vor allem von Hugo stets als methodisches Vorbild angesehen wurde und auch bei Savignys Marburger Methodenvorlesung erkennbar zugrundegelegt worden ist. Vgl. Buschmann, Geschichte und System, S. 218 ff. Eine zusammenfassende Würdigung der methodischen Entwicklung findet sich bei Hans Schlosser, Grundzüge der Neuren Privatrechtsgeschichte, zuletzt 9. Aufl., Heidelberg 2001, S. 144 ff., insbes. S. 149.

# Zwischen deliktischer Arzthaftung und Wetterzauber

## *Medizinrechtliche Fragestellungen im Klagspiegel (um 1436)*

Andreas Deutsch

„Wer unnd durch wen sollen die streych unnd wunden beschauwet unnd angesehen werden[?]/ sprich durch den artzet. Wann mann sol zû dem zûflûcht haben, der die selben kunst kann.“<sup>1</sup> Dieses klare Bekenntnis zum ärztlichen Sachverständigen aus dem um 1436 entstandenen Klagspiegel zählt fraglos zu den ältesten medizinrechtlichen Ausführungen in einem deutschsprachigen Rechtsbuch.<sup>2</sup> Der Klagspiegel des Schwäbisch Haller Stadtschreibers Conrad Heyden wurde zu Recht als „das älteste und umfassendste Compendium des Römischen Rechts in deutscher Sprache“ bezeichnet.<sup>3</sup> Möglicherweise hat kein Werk an der allgemeinen (populären) Verbreitung der römischen Rechtskenntnis und dadurch an der Umbildung des ganzen Rechtslebens in Deutschland einen größeren Anteil gehabt.<sup>4</sup>

Auf die Relevanz des Klagspiegels auch für die Arztrechtsgeschichte hat der Jubilar als einer der ersten hingewiesen.<sup>5</sup> Aber nicht allein deshalb soll es nachfolgend um medizinrechtliche Fragestellungen im Klagspiegel gehen. Schließlich vereinigen sich in diesem Thema die beiden Interessenschwerpunkte des Geehrten, die Rechtsgeschichte und das Medizinrecht, auf ungewöhnliche Weise. Zu-

---

<sup>1</sup> Titel 56 AT (=Ander Teil), in: Conrad Heyden, Der Richterlich Clagspiegel, ein nutzbarlicher Begriff, wie man setzen unn formieren sol nach Ordnung der Rechte ein yede Clag, Antwort, unn außgesprochene Urtheylen gezogen auß geystlichen und weltlichen Rechten [...], hrsg. von Sebastian Brant, Straßburg 1516, Bl. CXLVIII. B.

<sup>2</sup> Zu den Beichtsummen vgl. Adolf Laufs, Alexander Eichener, Ursprünge einer strafrechtlichen Arzthaftung. Untersuchungen zu Artikel 134 der Constitutio Criminalis Carolina; in: Erik Jayme, Adolf Laufs, Karlheinz Misera, Gert Reinhart, Rolf Serick (Hrsg.), Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag, Heidelberg 1991, S. 71-96.

<sup>3</sup> Johann August Roderich von Stintzing, Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des fünfzehnten Jahrhunderts und im Anfang des sechzehnten Jahrhunderts, Leipzig 1867, S. 405.

<sup>4</sup> So bereits Heinrich Zoepfl, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 3. Aufl., Braunschweig 1858, S. 181.

<sup>5</sup> Laufs/Eichener, Ursprünge der Arzthaftung, S. 86, Fn. 65; vgl. auch Hugo Kehr, Ärztliche Kunstfehler und mißbräuchliche Heilbehandlung – eine strafrechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 134 der Carolina, Marburg 1972, S. 124 ff., der die aus dem Klagspiegel zitierte Stelle zur lex Aquilia allerdings teils mißversteht.

dem verdankt der Verfasser dieser Zeilen seine jahrelange Beschäftigung mit dem Klagspiegel einer fruchtbaren Anregung des Jubilars.

Der in zwei Bücher aufgeteilte Klagspiegel behandelt in seinen 237 Titeln Zivilrecht, Strafrecht und Prozeß in möglichst anschaulicher und für den unstudierten Richter, Kläger oder Schöffen verständlicher Weise. Das Buch zeichnet sich aus durch eine Vorliebe für praktische Beispiele und eine Fülle anschaulicher Details. Berührt werden die unterschiedlichsten Bereiche des täglichen Lebens. Insoweit verwundert kaum, daß auch arztrechtliche Probleme, namentlich aus dem Bereich der Arzthaftung und der ärztlichen Sachverständigentätigkeit, im Klagspiegel abgehandelt werden. Allein vom „arzt“ oder „artzet“ ist 15 Mal die Rede, in sieben Titeln wird der Arztlohn abgehandelt. Die Arznei oder das Arzneien als Hantierung des Arztes wird mehr als ein Dutzend Mal erwähnt. Krankheit, Wunden, Verletzungen und verwandte Begriffe begegnen deutlich über hundert Mal.

Der Verfasser des Klagspiegels Conrad Heyden war kein Wissenschaftler sondern ein halbstudierter Praktiker, wie die große Mehrzahl der Rechtskundigen und Rechtstätigen seiner Zeit. Er hat in seinem Rechtsbuch kein eigenes Recht geschaffen, aber auch nicht (primär) das von ihm in seinem Rechtsraum vorgefundene Recht niedergeschrieben. Er übertrug vielmehr das römische Recht, wie er es bei seinem zeitweiligen Studium in Erfurt kennengelernt und durch Privatstudien vertieft hatte, in die deutsche Sprache. Seine Hauptquelle war dabei freilich nicht das *Corpus iuris Iustiniani* selbst, sondern die Werke der Glossatoren und Kommentatoren, so weit er sie kannte und sie ihm zugänglich waren. Seine persönliche Aufgabe lag somit in der Auswahl und Zusammenfassung des vorgefundenen, umfänglichen Materials; seine Leistung in der Reduktion der zumeist italienischen Fachdiskurse auf die wesentlichen, auch für den Alltag in Deutschland relevanten Rechtsfragen und nicht zuletzt auch in der Übersetzung der vielfältigen römischen Rechtstermini, für welche die deutsche Sprache zu dieser Zeit noch keinerlei entsprechendes Vokabular herausgebildet hatte.

Gerade im Bereich der medizinrechtlichen Fragestellungen weist der Klagspiegel eine besondere Nähe zu seinen lateinischen Vorlagen auf, neben dem *Corpus iuris* namentlich der „*Summa codicis*“<sup>6</sup> des Azo, den „*Libelli iuris civilis*“<sup>7</sup> des Roffredus, dem „*Tractatus des Maleficiis*“<sup>8</sup> des Gandinus und dem „*Speculum*

<sup>6</sup> Verwendet wurde: Azo Porcius, *Summa super Codicem, Instituta, Extraordinaria*; Neudruck der Ausgabe Pavia 1506; *Corpus glossatorum juris civilis* Bd. 2, curante Italice Historiae Instituto Taurinensis Universitatis, Torino 1966.

<sup>7</sup> Verwendet wurde: Roffredus Epiphani, *De libellis iuris civilis*, Neudruck der Ausgabe Avignon 1500; *Corpus glossatorum juris civilis*, Bd. 6/1, curante Italice Historiae Instituto Taurinensis Universitatis, Torino 1968.

<sup>8</sup> Verwendet wurde: Albertus Gandinus, *Tractatus de maleficiis*, kritische Ausgabe nebst textkritischer Einleitung, Hermann U. Kantorowicz (Hrsg.) = Hermann U. Kantorowicz, Gandinus und das Strafrecht der Scholastik, Bd. 2: Die Theorie, Berlin, Leipzig 1926.

*iudiciale*<sup>9</sup> des Durantis.<sup>10</sup> Die zum Teil sogar annähernd wörtliche Übernahme einiger medizinrechtlicher Ausführungen aus seinen Quellen und die vergleichsweise wenigen Ergänzungen oder eigenen Zusätze in diesem Bereich sprechen dafür, daß die abgehandelten Probleme zumindest in juristischer Hinsicht eher entfernt von der Rechtspraxis des Conrad Heyden lagen.

Nur spekulieren läßt sich, warum er diese teils umfänglichen Regelungen dennoch in sein Rechtsbuch aufnahm. Möglicherweise empfand er den vorgefundenen Rechtszustand als unbefriedigend. Als Gerichtsschreiber wußte er beispielsweise aus eigener Anschauung, wie unzulänglich eine Wund- und Leichenschau allein durch das Richterkollegium oder die Schöffen ausfallen konnte. Vielleicht entschied er sich ja deshalb für das klare Bekenntnis zur sachverständigen Beschau „durch den artzet“.<sup>11</sup>

Im wesentlichen lassen sich die im Klagspiegel behandelten medizinrechtlichen Fragestellungen sieben Themenfeldern zuordnen, um die es nachfolgend gehen soll: Gesundheits- und Hygienebestimmungen, Arzthaftung, Arztlohn als Teil des Schadensersatzanspruchs, der Arzt als Sachverständiger, rechtliche Präsumtionen als Ersatz für medizinische Sachverständige, rechtlicher Schutz für den Kranken und rechtliche Verantwortlichkeit aufgrund von Krankheit.

## A. Allgemeine Gesundheits- und Hygienebestimmungen

Da der Klagspiegel vornehmlich Zivil- und Strafrecht abhandelt, enthält er nur vereinzelt allgemeine Ausführungen zu Gesundheits- und Hygienebestimmungen, wie sie etwa in einer Polizei- oder Medizinalordnung zu finden wären. In Bezug auf die medizinischen Vorstellungen der Zeit aufschlußreich ist immerhin eine Bemerkung in Titel 24 (ET =Erstes Traktat) zur strafrechtlichen Iniurienklage. Während es nämlich nach dem Recht des Klagspiegels grundsätzlich verboten ist, jemanden mit „laster/ schand/ schmachheit oder scheltwort“ anzugehen, womit „man eim sein e[h]re oder güthen lewmüt nympt oder abschneyt“,<sup>12</sup> weshalb dem Täter im Falle einer Strafklage sogar droht, daß die Richter „ym sein haupt heissen abschlahen“<sup>13</sup>, macht das Rechtsbuch hiervon eine Ausnahme, wenn die üble Nachrede im öffentlichen Interesse erfolgt, wozu auch die Anzeige eines aussätzig Kranken gehören soll: „Als wann einer ein heimlicher kätzer w[a]ere/ oder wolt ein statt/ oder schloß/ oder dorff hingeben oder verraten/ oder einer der uffsetzig [=aussätzig] were/ wann das selbig ist ein siechtagen, davon die gesunden men-

<sup>9</sup> Verwendet wurde: Guilelmus Durantis, *Speculum iuris, cum Ioan. Andreae, Baldi, reliquorumque clarissimorum i. v. doctorum visionibus hactenus addi solitis* [...], Frankfurt 1592.

<sup>10</sup> Zu weiteren Vorlagen des Klagspiegels außerhalb des medizinrechtlichen Bereichs vgl. Andreas Deutsch, *Der Klagspiegel und sein Autor Conrad Heyden*, Köln, Weimar, Wien 2004, insb. S. 225 ff. und 440 ff.

<sup>11</sup> Titel 56 (AT), Bl. CXLVIII B.

<sup>12</sup> Titel 23 (ET = Erstes Traktat), Bl. XI B.

<sup>13</sup> Titel 24 (ET), Bl. XIII.

schen auch siech werden/ und auch deßglychen/ sollich ding zů offenbaren ist billichen und hat in i[h]m ein gerecht ursach/ und als sollichs nit geschicht in müt zů schmähen/ so sein sie diser clag nit pflichtig“.<sup>14</sup> Das Problem der Ansteckung bei bestimmten Krankheiten ist dem Klagspiegler somit bereits bekannt, weshalb er anerkennt, daß bei einem solchen „offenbaren in ym selbs ein gemeyner nutz ist/ darumb ist sollichs offenbaren billichen“, vorausgesetzt, es sei „nit in schmähen müte geschehen... und kompt uß rechter ursach“, was freilich zu vermuten sei, denn „man muß den müt und willen in sollichem durch umbstandt und vortzeichen/ iudicia in latyn urteilen.“<sup>15</sup>

Um mögliche Krankheitserreger geht es auch in einem Formelbeispiel zur Klage „*Quanto minoris*“ in Titel 92 (ET). Als Beispiele für den Minderwert einer Sache werden dort unter anderem vergiftetes Gras und verdorbenes Fleisch genannt: „Herr richter ich clag eüch von R. der hatt mir siechs pferdt zů kaufen geben/ das hat überbeine/ und ist stetig/ oder ein buch/ oder ein gründt daruff wechßt vergifft das graß oder fleisch ist pfinnig/ oder wolffbissig gewesenn/ nun ist das selbig N. von des genanten siechtagen oder boßheit willen zehen pfundt oder minder wert/ dann wann es den siechtagen oder boßheit nit hett. Bitt etc. erkennen das er mir die genannten zehen pfundt oder pfenning wider geben sol/ und das er es thue etc.“<sup>16</sup> Die Formel geht allerdings weitgehend auf Ausführungen von Roffredus zurück,<sup>17</sup> der sowohl ein „*equum morbosum qui habet gallas*“, einen „*fundum qui ducit herbam pestibulam*“ und ein „*carnem qui non fuit sincera*“ anführt, weshalb die Beispiele keinen sicheren Rückschluß auf die deutschen Verhältnisse des 15. Jahrhunderts erlauben.

Da die biologischen Ursachen einer Krankheit noch nicht erforscht waren, wurde ein plötzliches „Siechtum“ bis in die Neuzeit hinein allzu gern auch mit Zauberei in Verbindung gebracht. Obgleich der Klagspiegel mit Hexerei und Schadenzauber äußerst zurückhaltend ist, behandelt auch er in Titel 37 (AT =Ander Teil) „*De maleficis et mathematicis et dictis similibus*“<sup>18</sup> die verbotenen Künste. Die Zauberei wird hierbei aber – anders als im überwiegenden Teil der zeitgenössischen Rechtsliteratur – deutlich von der Ketzerei und der Giftmischerei getrennt. Der italienischen Doktrin folgend, beachtet der Klagspiegler nämlich den im deutschsprachigen Raum lange vergessenen Unterschied zwischen Magiedelikt und der zur Tötung gehörenden Vergiftung.<sup>19</sup> Diese Trennung von Zauberei und Vergiftung, die maßgeblich zu einer Rationalisierung der Tötungsdelikte beigetragen hat, findet sich in starker Anlehnung an den Klagspiegel in der Bambergensis

<sup>14</sup> Titel 24 (ET), Bl. XIII.

<sup>15</sup> Titel 24 (ET), Bl. XIII f.

<sup>16</sup> Titel 92 (ET), Bl. XLIII.

<sup>17</sup> Vgl. Roffredus, *Libelli iuris civilis*, „*De actione quanto minoris*“ (prima pars, XVII. a).

<sup>18</sup> Vgl. als Vorlagen zu diesem Titel insb. Azo, *Summa Codicis*, „*De maleficis et mathematicis et ceteris similibus*“ (liber nonus, S. 333), ferner C 9.18.

<sup>19</sup> Hierzu Siegfried Leutenbauer, *Hexerei- und Zaubereidelikt in der Literatur von 1450 bis 1550; mit Hinweisen auf die Praxis im Herzogtum Bayern*, Berlin 1972, S. 10.

(Art. 131 CCB) sowie dieser folgend in der Carolina (Art. 109), Tenglers Laienspiegel und weiteren daran anlehenden Gesetzen und Rechtsbüchern wieder.<sup>20</sup>

Die Trennung von Zauberei und Vergiftung bedeutet freilich nicht, daß die Zauberei zugleich als Wahndelikt erkannt und verworfen worden wäre, vielmehr meint der Klagspiegler, selbst ein Totschlag oder Mord<sup>21</sup> könne mittels schwarzer Magie geschehen. Daher sollten all jene, „die das volck maleficos, zauberer nennet, und die, die sprechen, das[s] sie künden die schwartzten kunst“, getötet werden. Derartige Bestimmungen konnten sich in der Praxis insbesondere gegen die Tätigkeit der Wunderheiler und Kräuterweiber richten, deren Rezepten im Volk nicht selten eher eine magische denn eine medizinische Wirkung zugeschrieben wurde.<sup>22</sup> Sie schützte der Klagspiegler allerdings insoweit, als der wohlthätige Zauber nach seiner Ansicht straflos bleiben sollte, so heißt es am Ende von Titel 37 (AT): „Wölche aber das wetter beschwören, umb des willen, das[s] das wet[t]er der frucht, die uff dem feldt steet, nit schaden thû/ mit stein und kiseln, das man hagel nen[n]t, die seind nit peen sunder[n] lo[h]nes wirdig.“<sup>23</sup> Der Klagspiegel folgt mit dieser Ausnahme seinem großen Vorbild Azo Porcius, bei dem sich dieser Satz bereits fast wörtlich findet.<sup>24</sup> Nur eingeschränkt schließt sich dieser Strafbefreiung aber Johann von Schwarzenberg an, wenn er in der Bambergensis (Art. 131 CCB) die nichtschädliche Zauberei dem Ermessen des Richters überantwortet.<sup>25</sup>

Wie wichtig Conrad Heyden die Bekämpfung der (bösen) Zauberei war, verdeutlichen seine Ausführungen in Titel 111 (ET) zur „*actio familiae erciscundae*“, der Klage auf Erbteilung. Eine Teilung des Erbes sei nämlich bezüglich bestimmter verbotener Gegenstände nicht zulässig, denn „etlich sollen verbrennt werden oder zerrissen/ als böse artzney/ oder zaubereybücher.“<sup>26</sup> Daher gebe es eine Klage gegen die Miterben auf Zulassung der Vernichtung von schädlicher Medizin und Zaubereibüchern. Notfalls solle der Erbe unmittelbar vom Richter verlangen, „das[s] i[h]r sollich bücher, die verboten sein zû lesen/ die wir im erben gefunden haben/ heissent verbrennen/ als bücher in zauberey unnd falsch ertzney etc.“<sup>27</sup> Als

<sup>20</sup> Vgl. auch Leutenbauer, Hexerei- und Zaubereidelikt, S. 10. Ferner Sönke Lorenz, Der Hexenprozeß, in: Sönke Lorenz (Hrsg.), Hexen und Hexenverfolgung im deutschen Südwesten, Katalog zur Ausstellung des Badischen Landesmuseums, Aufsatzband, Ostfildern 1994, S. 67-84, S. 70 ff.

<sup>21</sup> Der Klagspiegler verwendet auch hier den Begriff „manschlacht“, vgl. Titel 37, Bl. CXXXIX B.

<sup>22</sup> Zur Heiltätigkeit der Kräuterweiber und Wurzelkrämer etwa Hermann Peters, Der Arzt und die Heilkunst in alten Zeiten, fotomechanischer Nachdruck der 1900 erschienenen Erstausgabe, 5. Aufl., Düsseldorf, Köln 1976, S. 7 f. und 44 ff.; Bernt Karger-Decker, Geschichte der Medizin von der Antike bis zur Gegenwart, Düsseldorf 2001, S. 326 f.

<sup>23</sup> Titel 37 (AT), Bl. CXL.

<sup>24</sup> Vgl. Azo, Summa Codicis, Liber nonus, S. 333.

<sup>25</sup> Hierzu Silke Ackermann, „Wahrsagerei, Wahrsager“, in: Adalbert Erler u. a. (Hrsg.), Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (HRG), 5. Bd., Berlin 1998, Sp. 1089-1094, hier Sp. 1092.

<sup>26</sup> Titel 111 (ET), Bl. LXIV B.

<sup>27</sup> Titel 111 (ET), Bl. LXIV. B.

Vorlage für seine Ausführungen wählte Conrad Heyden in diesem Fall erneut die *Libelli* des Roffredus, namentlich das Kapitel „*De actione familie herciscunde*“.<sup>28</sup> Die genannten Sätze beruhen aber fast wörtlich auf den *Digesten*, wo es heißt: „*Mala medicamenta et venena veniunt quidem in iudicium, sed iudex omnino interponere se in his non debet: boni enim et innocentis viri officio eum fungi oportet: tantundem debet facere et in libris improbatæ lectionis, magicis forte vel his similibus, hæc enim omnia protinus corrumpenda sunt.*“<sup>29</sup>

## B. Arzthaftung

Eine für die Entstehungszeit des Rechtsbuchs unerwartet wichtige Rolle spielt die Verantwortlichkeit des Arztes im Klagspiegel. Von einer Arzthaftung im engeren Sinne kann allerdings nur zum Teil die Rede sein. Behandlungsfehler des Arztes können nämlich auf zwei Wegen sanktioniert werden, entweder über eine zivilrechtliche Haftung oder aber über eine Strafverurteilung. Weniger ausgefeilte Rechtsordnungen bevorzugen in der Regel den unkomplizierten Weg der direkten Bestrafung des Arztes. Für einen zivilrechtlichen Anspruch des Behandlungsgeschädigten sind objektivierte Maßstäbe für die Behandlungsqualität erforderlich, was – abgesehen von Extremfällen – gesetzlich oder außergesetzlich festgelegte Standards bzw. einen mehr oder weniger allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft voraussetzt. Der Klagspiegel kennt – dem in Europa in dieser Hinsicht führenden italienischen Recht<sup>30</sup> folgend – beide Formen der Sanktionierung.

Aufgrund seiner besonderen Position als Herr über Gesundheit oder Krankheit und Tod, aber auch aufgrund der potentiellen Gefährdung der dem Arzt oftmals hilflos ausgesetzten Patienten, wird der Arzt in zahlreichen Rechtstexten – so auch im Klagspiegel – namentlich im Zusammenhang mit den Tötungsdelikten explizit erwähnt und herausgehoben behandelt. Seine strafrechtliche Verantwortlichkeit setzt dabei zum Teil schon im Vorfeld der eigentlichen Tat an. So heißt es in Titel 35 (AT) „*Ad legem corneliam de sicariis*“, der von Mord und Totschlag handelt: „Item der ist schuldig diß rechten/ umb des willen das[s] er ein menschen tödt/ [wer] vergifft hat gemacht/ gegeben/ bey i[h]m gehabt/ verkaufft hat [...]/ er sol gestrafft werden, wölchs wesens der ertödt mensch gewesen sey.“<sup>31</sup> Also bereits die bloße Zubereitung, der Besitz und der Verkauf eines Gifts wird dem Totschlag gleichgestellt. Daß sich diese Bestimmung nicht zuletzt gegen den Arzt richtet,

<sup>28</sup> Vgl. Roffredus, *Libelli iuris civilis*, „*De actione familie herciscunde*“ (quarta pars, LXVI. d), und D 10.2 „*Familiae erciscundae*“.

<sup>29</sup> D 10.2.4.1.

<sup>30</sup> Vgl. nur die Ausführungen bei Gandinus, *Tractatus de maleficiis*, insb. „*De homicidiis et eorum pena*“, § 21 (in der Edition von Kantorowicz: S. 303 ff.). Aufschlußreich ferner Gotthold Bohne, *Die gerichtliche Medizin im italienischen Statutarrecht des 13.-16. Jahrhunderts*, in: *Vierteljahrsschrift für gerichtliche Medizin*, 3. Folge, 61 (1921), S. 66-86 und S. 238-252. Dies übersehen Laufs/Eichener, *Ursprünge der Arzthaftung*, S. 78 ff.

<sup>31</sup> Titel 35 (AT), Bl. CXXXVII B.



verdeutlicht eine Parallelstelle in Titel 36 (AT) „*De his qui parentes vel liberos occiderunt*“ zum „*Parricidium*“, dem Eltern- und Verwandtenmord: „Item auch alle die, die hilff dartzu gethon haben seindt schuldig diß rechten unnd die selben werden herter gestrafft, dann ob sie es selber gethon hettenn [...] Item der, der vergifft gekaufft hat, darumb, das[s] ers dem vatter geben/ ist diß rechten schuldig, ob ers i[h]m wol nit geben möge. Item des[sen] bruder/ hat er sollichs gewißt/ unnd hats dem vatter nit zu wissen gethann/ sol verwisen werden des lands/ und der artzt getödt werden.“<sup>32</sup> Der das Gift liefernde oder sonst mitwirkende Arzt soll in diesem Fall also sogar stärker bestraft werden, als der – zum Schutz des Vaters verpflichtete – Sohn, der nichts gegen die Tat unternimmt. Bezüglich der Bestrafung von Vatermördern und deren Beihelfern führt der Klagspiegel im Anschluß aus: „Item diß rechten peen ist also uffgesetzt/ das[s] der [...] sol mit blütigen rütten geschlagen werden/ darnach soll er in ein sack geneet werden mit eim hundert/ und mit eim cappaun/ einer schlangen und affen, darnach soll er in das m[e]jere oder einen wag [=Wasserstrudel] geworffen werden. Ist aber, das[s] man deren keins het/ so sol er den wilden thieren fürgeworffen werden.“<sup>33</sup>

Diese Ausführungen bauen unmittelbar auf verschiedenen Stellen in der „*Summa codicis*“ des Azo und dem „*Tractatus de maleficiis*“ von Gandinus auf,<sup>34</sup> gehen zum Teil aber wörtlich auf die *Digesten* zurück.<sup>35</sup> So lauten die ersten Sätze von D 48.8.3: „*Eiusdem legis corneliae de sicariis et veneficis capite quinto, qui venenum necandi hominis causa fecerit vel vendiderit vel habuerit, plectitur. Eiusdem legis poena adficitur, qui in publicum mala medicamenta vendiderit vel hominis necandi causa habuerit.*“<sup>36</sup>

Und in D 48.9: „*Lege pompeia de parricidiis cavetur, ut, si quis patrem [...] eius legis poena adficitur, et avus, qui nepotem occiderit: et praeterea qui emit venenum ut patri daret, quamvis non potuerit dare. Frater autem eius, qui cognoverat tantum nec patri indicaverat, relegatus est et medicus supplicio affectus.*“<sup>37</sup>

Noch zwei weitere medizinrechtlich relevante Spezialfälle finden sich in Titel 35 (AT) des Klagspiegels. Zum einen geht es um die Verabreichung eines Mittels zur Förderung der Schwangerschaft, welches zum Tode der Frau führt: „Nymwar gib ich einer frawen ein ertzney/ das[s] die empfahe sol/ unnd als sie die ertzney empfahe/ so ist sie gestorben/ ich sol relegiert werden fünff iar/ unnd auch der, der durch geylheit [=Übermut] ursach des tods geben hat.“<sup>38</sup> Der Satz geht auf D 48.8.3.2 zurück, wo es gegen Ende heißt: „*sed ex senatus consulto relegari iussa*

<sup>32</sup> Titel 36 (AT), Bl. CXXXIX. B.

<sup>33</sup> Titel 36 (AT), Bl. CXXXIX. B.

<sup>34</sup> Azo, *Summa Codicis*, „*Ad legem corneliam de sicariis*“ (liber nonus, S. 332) und „*De his qui parentes vel liberos occiderunt*“ (liber nonus, S. 332); Gandinus, *Tractatus de maleficiis*, „*De homicidariis et eorum pena*“, § 11 (Edition von Kantorowicz: S. 287 f.) und „*De penis reorum in genere et de percussione et insultu*“, § 22 (Edition von Kantorowicz: S. 226); vgl. ferner C 9.16; C 9.17; D 48.9.

<sup>35</sup> D 48.8.1; vgl. aber auch I 4.18.5 a. E.

<sup>36</sup> D 48.8.3, pr. u. 1.

<sup>37</sup> D 48.9.1 a. E. und D 48.9.2.

<sup>38</sup> Titel 35 (AT), Bl. CXXXVIII.

*est ea, quae non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit, ex quo ea quae acceperat decesserit.*<sup>39</sup> Azo führt das Beispiel mit folgenden Worten an: *„ut ecce mulier medicamentum dedit ad conceptionem ex quo ea quae accepit decessit [...]“*.<sup>40</sup> Interessanterweise sollte sowohl nach den *Digesten* als auch laut Azo nur eine Frau wegen Verabreichung des tödlichen Mittels bestraft werden, während von Männern gar nicht erst die Rede ist. Der Klagspiegel wählte hingegen – hiervon bewußt abweichend – die sich auch (und angesichts der damaligen Leserschaft sogar zuerst) auf Männer beziehende erste Person Singular („ich“), dachte also offenbar bei der Verabreichung von empfängnisfördernden Mitteln mehr an den (männlichen) Arzt als an die (weibliche) Hebamme.

Zum anderen wird die als menschenunwürdig empfundene Kastration unter Strafe gestellt: *„Item wölcher eim menschen ußschneydet/ ist schuldig diß rechten/ unnd ist das[s] die, die sollich schmacheit gelitten habenn, sollichs clagen/ der landtrichter sol sie hören/ wann es sol nyemandt ein menschn über sein willen oder mit seim willen ußschneyden/ es sol sich auch nyemant willigklich darzû geben/ und wer darwider thût/ unnd auch der artzet, der ußgeschnitten hat/ sollen getödt werden“*.<sup>41</sup> Diese Darstellung folgt annähernd wörtlich – nur unter Hinweglassung der ins 15. Jahrhundert nicht mehr passenden Regelungen über die Sklaven – den *Digesten*, wo es in D 48.8.4.2 heißt: *„[...] constitutum quidem est, ne spadones fierent, eos autem, qui hoc crimine arguerentur, corneliae legis poena teneri [...] plane si ipsi, qui hanc iniuriam passi sunt, proclamaverint, audire eos praeses provinciae debet, qui virilitatem amiserunt: nemo enim liberum servumve invitum sinentemve castrare debet, neve quis se sponte castrandum praebere debet. at si quis adversus edictum meum fecerit, medico quidem, qui exciderit, capitale erit, item ipsi qui se sponte excidendum praebuit.“*<sup>42</sup> Vermittelt ist die Bestimmung möglicherweise durch die ähnlich lautenden Ausführungen bei Azo,<sup>43</sup> dessen Formulierung teils aber abweicht; im übrigen findet sich auch bei Azo noch ein Sonderrecht der Sklaven. Bemerkenswert ist der letzte Halbsatz im Klagspiegel: *„die die solch messer machen, damit eim leycht ußgeschnitten würt/ und die, die ußschneyden, seind in der verdamnüß.“*<sup>44</sup> Auf den ersten Blick scheint er sehr gut mit D 48.8.5 übereinzustimmen: *„Hi quoque, qui thlibias faciunt, ex constitutione divi hadriani ad ninnium hastam in eadem causa sunt, qua hi qui castrant.“*<sup>45</sup> Wird dieser Satz doch bei Otto/Schilling/Sintenis wie folgt übersetzt: *„Auch Diejenigen, welche die Castrirmesser verfertigen, werden der Constitution des Divus Hadrianus an den Ninnius Hasta zufolge, ganz an derselben Stelle*

<sup>39</sup> D 48.8.3.2.

<sup>40</sup> Azo, *Summa Codicis*, „Ad legem corneliam de siccariis“ (liber nonus, S. 332).

<sup>41</sup> Titel 35 (AT), Bl. CXXXVIII.

<sup>42</sup> D 48.8.4.2.

<sup>43</sup> Azo, *Summa Codicis*, „Ad legem corneliam de siccariis“ (liber nonus, S. 332).

<sup>44</sup> Titel 35 (AT), Bl. CXXXVIII.

<sup>45</sup> D 48.8.5.

gehalten, wie Die selbst, welche castriren.“<sup>46</sup> Tatsächlich aber handelt es sich bei den „*Thlibiai*“ um durch Quetschung verstümmelte Eunuchen,<sup>47</sup> „*thlibias facere*“ meint also den Vorgang, jemanden durch Drücken zum Kastraten zu machen.<sup>48</sup> Die fehlerhafte Übersetzung dürfte im Klagspiegel ebenso wie vermutlich auch bei Otto/Schilling/Sintenis auf eine möglicherweise absichtliche Fehldeutung des Wortes „*thlibias*“ bei den Glossatoren zurückgehen.<sup>49</sup> So erklärt etwa Azo, auf den der Klagspiegler an dieser Stelle vertraut haben dürfte: „*Item ipse qui se sponte occidendum praebuerit hi quoque qui tilibias faciunt, id est instrumenta quibus quis leviter castratur, in eadem causa qua et hi qui castrant.*“<sup>50</sup>

Eine Kombination von strafrechtlicher Sanktion und zivilrechtlicher Wiedergutmachung verlangt der Klagspiegel in Titel 16 „*Quod vi aut metus causa*“<sup>51</sup> für den Fall, daß ein Arzt seinen Patienten mit einer bewußten Falschbehandlung zu einer bestimmten Leistung zu erpressen sucht: „*Item [...] so mich ein augen artzt zwinget i[h]m zû gebenn oder geloben/ oder wil mir böse artzney geben/ solichs sol durch den richter gestrafft werden/ und zû vor der contract widerrüfft werden.*“<sup>52</sup> Neben die peinliche Strafe soll also eine Aufhebung des erzwungenen Vertrags treten, ferner gegebenenfalls Schadensersatz, der bis zum vierfachen des tatsächlichen Schadens umfassen soll.<sup>53</sup> Die Ausführungen im Klagspiegel gehen in diesem Fall – jedenfalls ansatzweise – auf die Summa des Azo zurück, wo es heißt: „*Idemque in medico, qui ei quem curabat intulit periculum per adversa medicamenta amittendorum oculorum ut ei venderet [a]eger possessiones suas [...]*“<sup>54</sup> Ursprünglich stammt das Beispiel mit dem absichtlich fehlbehandelnden Arzt aber aus den *Digesten* (D 50.13.3): „*Si medicus, cui curandos suos oculos qui eis laborabat commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medica-*

<sup>46</sup> Carl Eduard Otto, Bruno Schilling, Carl Friedrich Ferdinand Sintenis (Hrsg.), Das Corpus juris civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter, 7 Bde., Leipzig 1831-1839, Pandect. L. XLVIII Tit.8, 5.

<sup>47</sup> Vgl. August Hug, „*Thlibiai*“, in: Georg Wissowa, Wilhelm Kroll, Karl Mittelhaus (Hrsg.), Paulys Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft, 2. Reihe, 11. HbBd., Stuttgart 1936, Sp. 294.

<sup>48</sup> Vgl. „*Thlasias s. thlibias*“, in: Hermann Heumann, Emil Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Aufl., Jena 1907, S. 586; auch Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 637; zur Wortbedeutung aufschlußreich: D 50.16.128.

<sup>49</sup> Vgl. auch die Glossa ordinaria zu D 48.8.5.

<sup>50</sup> Azo, Summa codicis, „*Ad legem corneliam de sicariis*“ (liber nonus, S. 332).

<sup>51</sup> Vgl. als Vorlagen zu diesem Titel insb. Roffredus, Libelli iuris civilis, „*de actione quod metus causa*“ (prima pars, XXI. c); Azo, Summa Codicis, „*De his que vi metusve causa gesta sunt*“ (liber secundus, S. 38), und D 4.2. „*Quod metus causa gestum erit*“. S. ferner Max Kaser, Das Römische Privatrecht, 1. Bd., 2. Aufl., München 1971, § 59 III, S. 244 f.

<sup>52</sup> Titel 16 (ET), Bl. VII. B.

<sup>53</sup> Vgl. Titel 16 (ET), Bl. VII. B f.

<sup>54</sup> Azo, Summa Codicis, „*De his que vi metusve causa gesta sunt*“ (liber secundus, S. 39).

*menta inferendo compulit, ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet: incivile factum praeses provinciae coerceat remque restitui iubeat.*<sup>55</sup>

Die zivilrechtliche Arzthaftung findet sich schließlich in Titel 157 im Ersten Traktat des Klagspiegels, der unter der Überschrift „*De actione legis aquiliae*“<sup>56</sup> die Schadensersatzklage nach der *lex Aquilia* behandelt. Dem römischen Recht folgend, erklärt der Klagspiegel diese Klage zunächst insbesondere bei Tötung oder Verletzung eines leibeigenen Menschen oder eines vierfüßigen Herdentieres für einschlägig. Zumindest ansatzweise wurde die aquilische Haftung aber bereits im klassischen römischen Recht auch auf die Verletzung freier Personen erstreckt. Diese, im nachklassischen Recht noch verstärkte Ausweitung,<sup>57</sup> findet sich auch im Klagspiegel wieder, der die *lex Aquilia* ebenso als allgemeine Schadensersatzklage im Falle von Körperverletzungen und Tötungen freier Menschen auffaßt, solange diese nicht „in offenlichem streyt“<sup>58</sup> also einem gerichtlichen Zweikampf, erfolgten.<sup>59</sup>

Für eine Haftung nach der *lex Aquilia* verlangt der Klagspiegel neben der Verletzungshandlung auch Verschulden, das zumindest aus „unfleiß“, also Fahrlässigkeit bestehen müsse. Verantwortlich sei aber auch, wer durch sein Verhalten eine besondere Gefahrensituation herbeiführe, die dann zur Schädigung eines anderen führe. Zwar gelingt es dem Klagspiegler nicht, das hier bereits hervorleuchtende Abgrenzungskriterium der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung in Worte zu fassen, immerhin stellt er aber folgende Kriterien einer Haftbarkeit auf: „Wölcher ursach geyt [=gibt] züm schaden, der würt gesehen den schaden selbs gethon habenn/ wo er aber alles das gethon hett, das nottürfftig was zü thûn/ er ist nit schuldig.“<sup>60</sup> Die unterschiedlichen Möglichkeiten einer Pflichtverletzung erläutert der Klagspiegel anhand der Arzthaftung: „Underweylen volget der unfleyß dem thûn oder der that nach/ als so der artzt wol geschnitten [=operiert] hat und darnach so hat er das artzneyen underwegen gelassen [=unterlassen] oder verlasen. Underweylen so ist der unfleyß in der that/ als wo der artzet das schneyden oder ertzney nit kan/ und thûts doch.“<sup>61</sup> Im ersten Fall entsteht also aus der durchgeführten Operation eine Pflicht zur Nachbehandlung, deren Unterlassen haftbar macht; im zweiten Fall liegt die Pflichtverletzung bereits in der für einen Unerfahrenen unverantwortlichen Handlung selbst.<sup>62</sup> Der Sache nach geht es also um die Abgrenzung einer Pflichtverletzung durch Unterlassen nach der Begründung einer

<sup>55</sup> D 50.13.3.

<sup>56</sup> Vgl. als Vorlagen zu diesem Titel insb. Roffredus, *Libelli iuris civilis*, „*De actione directa legis aquiliae*“ (quarta pars, XCVI. a), Azo, *Summa Codicis*, „*De lege aquilia*“ (liber tertius, S. 88), und D 9.2 „*Ad legem Aquiliam*“.

<sup>57</sup> Kaser, *Das römische Privatrecht I*, § 144, III. 3, S. 622 und 2. Bd., 2. Aufl., München 1975, § 273, I. 2, S. 438; Roland Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München 1972, S. 75 ff., insb. 82 ff.

<sup>58</sup> Titel 157, Bl. CII B.

<sup>59</sup> Ausführlich Deutsch, *Klagspiegel*, S. 324 ff.

<sup>60</sup> Titel 157 (ET), Bl. C.

<sup>61</sup> Titel 157 (ET), Bl. C.

<sup>62</sup> Dies offensichtlich mißverstanden bei Kehr, *Ärztliche Kunstfehler*, S. 124 f.

Sorgfaltspflicht infolge vorangehenden Verhaltens und der in einem aktiven Tun liegenden Pflichtverletzung. Das Beispiel hat der Klagspiegel erneut der Summa des Azo entnommen, wo es heißt: „*Quandocumque culpa sequit factum ut in medico qui bene secuit et postea dereliquit curationem quasique inest facto culpa ut si medicus imperite secat vel curat.*“<sup>63</sup> Die Grundgedanken fußen freilich auf den *Digesten*.<sup>64</sup>

### C. Arztlohn als Teil eines Schadensersatzanspruchs

Eine wichtige Rolle spielt im Klagspiegel der „artztlon“ als Teil des Schadensersatzes, insbesondere in Fällen deliktischer Haftung, etwa aufgrund einer Körperverletzung oder Tötung. Der römischen Rechtstradition folgend läßt der Klagspiegel keinen Ersatz von immateriellen Schäden zu, denn – so heißt es in Titel 157 zur *lex Aquilia*: „Item dise clag gebürt eim freyen menschen, so der gewundt ist/ nit umb der glider willen/ wann nyemand ist seiner glider herr [...] Wann ein freyer mensch oder leyb/ nympt keinen wert/ das gantz erdtreych, das ist nit als güt als nur eines freyen menschen glid“.<sup>65</sup> Deshalb beschränkt sich der Schadensersatz auf alle meßbaren, materiellen Schäden, wobei die Arzt- und Behandlungskosten zu einem der zentralen Posten innerhalb der Schadensersatzberechnung erwachsen, wie der Klagspiegel unter anderem in Titel 157 ausführt: „darumb so müssen wir schätzen das artztlon/ und alles das, das mit i[h]m vertzert ist worden, da man in i[h]m geartzneyt hat und sollen geschätzt werden die arbeit, die der vatter gemangelt hat und hinfür mangeln muß/ aber darumb, das[s] er frey ist, würt seiner glider auch der mosen [=Wundmalen] kein schatzung.“<sup>66</sup> Die Formulierung ist offensichtlich an Roffredus angelehnt, der wie folgt formuliert: „*ut veniunt preterite mercedes que dantur medicis et omnia impendia que in eius curatione facta sunt et estimatio operarum quibus caruit pater et cariturus est. libertatis autem ipsius vel membrorum vel cicatricum non fiet estimatio.*“<sup>67</sup>

Die Beschränkung des Schadensersatzanspruchs auf den materiellen Schaden, namentlich Behandlungskosten und Verdienstausfall, begegnet aber noch an mehreren weiteren Stellen im Klagspiegel. So heißt es beispielsweise in Titel 23 (ET) in Bezug auf die Schadensersatzklage bei Realinjurien, worunter der Klagspiegel auch Fälle der Körperverletzung subsumiert: „Item würt dir abegeschlagen ein arm/ dein naße/ oder auge/ würt dir ungeschaffenheit nit geschätzt/ wann nyemandt ist seiner glider herre/ allein würt geschätzt die arbeit die underwegen bleybt damit du verdienet hettest/ und das artztlon.“<sup>68</sup> Nichts anderes gilt ferner

<sup>63</sup> Azo, Summa Codicis, „De lege aquilia“ (liber tertius, S. 88).

<sup>64</sup> Namentlich D 9.2.7.8 und D 9.2.8. pr.

<sup>65</sup> Titel 157 (ET), Bl. C. f. und CII B.

<sup>66</sup> Titel 157 (ET), Bl. CII B.

<sup>67</sup> Roffredus, „De actione directa legis aquilie“ (quarta pars, XCVII. a).

<sup>68</sup> Titel 23 (ET), Bl. XII B.

laut Titel 158 „*Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*“<sup>69</sup> für die Tierhalterhaftung, wenn ein Haustier Schaden anrichtet: „Item merck/ wo ein thier thût schaden eim freyen menschen/ als so es i[h]m ein aug ußschlecht oder ein arm/ so sol nit angesehen werden die unsauberkeit/ sunder allein die kostung des artzetlons und versaumnüß der arbeit.“<sup>70</sup>

Besonders ausführlich geht der Klagspiegler aber in Titel 71 „*De his qui effuderunt vel deiecerunt*“<sup>71</sup> zur Schadensersatzklage gegen diejenigen, die etwas aus Häusern werfen oder schütten und damit Passanten verletzen, auf die Problematik ein: „Item würt etwas ußgossen oder geworffen, davon ein schwanger frawe oder sunst ein mensch kranck würde/ wie die kranckheit geheissen ist/ den selben menschen, es were frawe oder mann, gebürt dise clage.“<sup>72</sup> Zunächst schreibt Conrad Heyden hier über den Umfang des Schadensersatzes: „Geschehe aber einem frey geborn menschen [...] ein schade. Als ob i[h]m sein haupt were gebrochen oder eineugig würde/ oder sunst ein schaden geschehen were/ so sol der richter ynen erkennen, was billich ist/ wann er sol ansehen die zerung des krancken/ den lone des artzt/ und was er die selben weyl verdienet hette/ und was er hinfüre verdienen möcht/ were er sollichs werffens zû arbeiten gantz untüglichen worden, aber der masen oder ungeschaffenheit soll nit gedacht werden/ wann ein freyer leyb mag nit vergolten werden/ das cleinst glid am menschen mag nit mitt der gantzen krafft vergolten werden.“<sup>73</sup>

Heyden hat hierbei durchaus das Mißverhältnis vor Augen, daß für die Tötung eines freien Menschen, und sei er gar ein „graff/ herr oder ein ander edle[r]“, in vielen Städten pauschal 50 Gulden zu zahlen seien, wo doch „offt einer den andern L. gulden müß geben für ein tods pfert“. Im Falle der Tötung eines Menschen würden die 50 Gulden aber nicht „umb den wert gegeben“, sondern als Strafe, „wiewol sie clein ist gegen die sünde/ so hat es doch der rechtsetzer also gesetzt“.<sup>74</sup> Der Schadensersatzanspruch soll somit hiervon unberührt bleiben. Wie Behandlungskosten und der Arztlohn vor Gericht geltend zu machen sind, verdeutlicht der Klagspiegel mit einem Formulierbeispiel: „Herr richter ich clag etich von N., uß des selben hauß, darinn er wonet, ist das etc. ußgossen oder geworffen worden/ davon ich an meiner handt/ aug oder haupt etc. geschediget bin/ und hab umb sollicher beschedigung willen zweintzig pfundt verzert/ zehen pfundt dem artzt geben/ sovil schadt es mir an meiner arbeit, die ich versaumet hab/ unnd auch

<sup>69</sup> Vgl. den gleichnamigen Titel D 9.1; Durantis, *Speculum iuris*, „De iniuriis & damno dato“ (Lib. IV, part. IV), § 2, Nr. 14; und Roffredus, *Libelli iuris civilis*, „De actione in factum de pauperie“ (quarta pars, XCVIII. a).

<sup>70</sup> Titel 158 (ET), Bl. CIII B.

<sup>71</sup> Vgl. als Vorlagen zu diesem Titel insb. Roffredus, *Libelli iuris civilis*, „de actione in factum de his qui deiecerunt vel effuderunt“ (tertia pars, XLVIII. c), Durantis, *Speculum iuris*, „De iniuriis & damno dato“ (Lib. IV, part. IV), § 2, Nr. 25 ff.; und D 9.3 „De his, qui effuderint vel deiecerint“.

<sup>72</sup> Titel 71 (ET), Bl. XXXIII B. ff.

<sup>73</sup> Titel 71 (ET), Bl. XXXIII B.

<sup>74</sup> Titel 71 (ET), Bl. XXXIV. Eine ähnliche Diskussion findet sich bereits bei Roffredus, „De actione in factum de pauperie“ (quarta pars, XCVIII. b).

schadt es mir sovill hinfür/ wann ich dauge zû meiner arbeit nymmer. Bitt etc. erkennen, das[s] er mir sollich summa gelts schuldig sey zû geben/ und das[s] er mirs gebe etc.“<sup>75</sup> Der Anspruch verjähre für den Geschädigten nie, für seine Hinterbliebenen aber binnen Jahresfrist. Die Formel ist vermutlich angelehnt an das *Speculum* des Durantis, wo zur Klage „ff. de his, qui deiec. vel effud.“ ebenfalls die drei Verletzungsbeispiele „*caput meum fractum est, vel manum, vel oculum amisi*“<sup>76</sup> begegnen. Ähnlich klingt zudem die Klage: „*Cora, &c. conqueror de P ex cuius domo tale quid deiectum, vel effusum est; unde corpus meum laesum est; propter quam laesionem tot expensas feci, tantum medicis solui, tot operis carui, & etiam sum cariturus; quas operas estimo xx. unde ago contra eum, ut omnia praedicta mihi praestet [...]*“.<sup>77</sup>

Eine bemerkenswerte Ausnahme vom Anspruch auf Ersatz der Arztkosten macht Titel 157 (ET) für den Fall, daß der Behandelte unmittelbar nach Beginn der ärztlichen Tätigkeit stirbt: „Item wo ein freyer mensch ertödt würt/ alsbald das[s] i[h]m sein artzney ist geschehen/ so würt kein geschätzt/ es würt aber geschätzt die arbeit, der der vatter mangeln muß.“<sup>78</sup> Die Kosten einer unwirksamen Behandlung sollten dem Schädiger offenbar nicht aufgebürdet werden.<sup>79</sup>

Als zweite wichtige Gruppe von Klagansprüchen, die auf Ersatz des Arztlohnes zielen, kennt der Klagenspiegel unterschiedliche Fälle der Vertragsverletzung. So erwähnt Titel 139 (ET) „*De contraria pignoraticia*“<sup>80</sup> die Klage auf Ersatz der Behandlungskosten für einen verpfändeten Leibeigenen, der erkrankt ist: „Herr richter ich clag eüch von R., der hat mir für x. pfundt, die er mir schuldig ist gewesen, ein sollichen sein eygen menschen zû pfandt gesatz/ der ward des siechtagen krank/ in der selben krankheit hab ich xl. ß ußgeben umb artzney. Bitt etc. erkennen, das[s] er mir schuldig sey, die selben xl. ß wider zû geben etc.“<sup>81</sup> Das Klagebeispiel geht vermutlich auf verschiedene Formeln im *Speculum* des Durantis zurück,<sup>82</sup> beruht aber letztlich auf D 13.7.8 pr., wo ebenfalls die Frage nach den Heilungskosten für einen verpfändeten, kranken Sklaven aufgeworfen wird.<sup>83</sup> Ob dies zur Entstehungszeit des Klagenspiegels noch in irgendeiner Weise von prak-

<sup>75</sup> Titel 71 (ET), Bl. XXXIV.

<sup>76</sup> Durantis, *Speculum iuris*, „De iniuriis & damno dato“ (Lib. IV, part. IV), § 2, Nr. 26.

<sup>77</sup> Durantis, *Speculum iuris*, „De iniuriis & damno dato“ (Lib. IV, part. IV), § 2, Nr. 26.

<sup>78</sup> Titel 157 (ET), Bl. CII B.

<sup>79</sup> Möglicherweise geht die Formulierung auch auf Durantis, *Speculum iuris*, „De iniuriis & damno dato“ (lib. IV, part. IV, § 2, Nr. 4) zurück: „*Quid si statim obiit, nec aliques impenses sunt in medicis factae? Resp. tunc aestimabuntur operae, quibus pater cariturus est [...]*“.

<sup>80</sup> Vgl. als Vorlagen zu diesem Titel insb. Roffredus, *Libelli iuris civilis*, „De actione pignoraticia que datur creditori“ (quarta pars, LXXXIII. c), Azo, *Summa Codicis*, „De pignoribus“ (liber octavus, S. 306) und C 8.13 „De pignoribus“, worauf der Klagenspiegler ausdrücklich verweist.

<sup>81</sup> Titel 139 (ET), Bl. XCII f.

<sup>82</sup> Durantis, *Speculum iuris*, „De pignoribus & aliis cautionibus“ (Lib. IV, part. III), vgl. dort auch die *Additiones* des Johannes Andreae.

<sup>83</sup> Hierzu ausführlich: Karl-Heinz Below, *Der Arzt im römischen Recht*, München 1953, S. 70 ff.

tischer Relevanz gewesen sein kann, muß dahingestellt bleiben. Auffallend ist immerhin, daß die parallelen Klagen zum Kauf- und Mietvertrag im Klagspiegel nicht anhand von Leibeigenen sondern anhand von erkrankten Pferden dargestellt wurden, obgleich Azo und Roffredus auch bei diesen Klagen Beispiele mit Sklaven bilden.

So lautet die entsprechende Formel in Titel 125 „*De actione ex vendito*“:<sup>84</sup> „Herr richter ich clag eüch, das[s] ich R. zû kauffen geben hab ein solichs pferdt umb zweintzig pfundt/ der müntze/ unnd wann ich bereit bin dem genanten R. das pferdt zû übergeben. Item als ich nach sollichem kauffen und verkauffen, da dz pferdt in eim solichen siechtagen gefallen was, x. pfund umb artzney ußgeben hab. Bitt etc. erkennen, das[s] er mir die xx. gulden, darumb er dz pferdt kaufft hat/ und die x. gulden, die ich zû artzney ußgeben hab sol widergeben und betzalen/ und das ers thue.“<sup>85</sup> Und in Titel 137 „*Contraria commodati*“<sup>86</sup> wird dem Entleiher beispielsweise eines Tieres der Anspruch auf Ersatz unerwarteter, aber notwendiger Mehrausgaben gewährt, „als für ertzney/ o[h]n speyß/ dann die speyß sollen nit wider gekert werden.“<sup>87</sup>

## D. Der Arzt als Sachverständiger

Dem Gerichtsverfahren nach germanisch-deutscher Rechtstradition war der Beweis durch Sachverständige ursprünglich fremd. Neben den formalen Beweismitteln des Eides, der Eideshelfer, dem Gottesurteil und später auch der Urkunde war für eine materielle Beweisführung, etwa durch einen Sachverständigen kein Platz. Zwar kannte auch das mittelalterliche deutsche Recht die Wundbeschau eines Verletzten und Toten im Wege der sogenannten „leiblichen Beweisung“, jedoch erfolgte diese Beschau zumindest ursprünglich allein durch das Gericht oder durch von diesem entsandte (fachkundige) Boten oder Schöffen.<sup>88</sup> Erst ab etwa 1350 lassen sich einzelne Fälle belegen, in denen das Gericht bei seinem Augenschein Wundärzte als Experten hinzuzieht, eine Veränderung, die nachweislich auf rö-

<sup>84</sup> Vgl. als Vorlagen zu diesem Titel insb. Roffredus, *Libelli iuris civilis*, „*De actione ex vendito*“ (quarta pars, LXXV. c), Azo, *Summa Codicis*, „*De actione empti et venditi*“ (liber quartus, S. 159) und „*De periculo et commodo rei vendite*“ (liber quartus, S. 158) und „*De pactis inter emptore et venditore compositis*“ (liber quartus, S. 162); D 19.1 „*De actionibus empti venditi*“, ferner D 21.1.31.11 f.

<sup>85</sup> Titel 125 (ET), Bl. LXXVII.

<sup>86</sup> Vgl. als Vorlagen zu diesem Titel insb. Roffredus, *Libelli iuris civilis*, „*De contraria actione commodati*“ (quarta pars, LXXXII. d), Martinus de Fano, „*Liber formularii*“ (Rubrik LXII.): Beispiel ist hier ein Pferd; ferner D 13.6 „*Commodati vel contra*“.

<sup>87</sup> Titel 137 (ET), Bl. XC B.

<sup>88</sup> Carl Gustav Homeyer (Bearb.), *Der Richtsteig Landrechts nebst Cautela und Premis*, Berlin 1857, S. 478; August von Kries, *Der Beweis im Strafprocess des Mittelalters*, Weimar 1878, S. 36.



misch-italienische Einflüsse zurückzuführen ist.<sup>89</sup> Damit ist freilich der entscheidende Schritt zum selbständig gutachtenden medizinischen Sachverständigen noch nicht gegangen. Denn erst mit der Rezeption des römischen Rechts und der Durchsetzung des Inquisitionsprozesses mit seinem immanenten Gebot einer Täterüberführung mittels rationaler Beweismittel, konnte sich der Sachverständigenbeweis als Beweismittel im Prozeß durchsetzen.<sup>90</sup> Der Begriff des Sachverständigen wurde vermutlich erstmals in der *Constitutio Criminalis Bambergensis* (1507) verwendet,<sup>91</sup> wonach „die wundertztz, *der sach verstendig*, und ander person, die da wissen, wie sich der gestorben nach der schlacht gehalten hab, zu zeugen gebraucht werden“<sup>92</sup> sollen. Diese Bestimmung der CCB ist deutlich an Titel 56 (AT) des Klagspiegels angelehnt,<sup>93</sup> wo sich die Redewendung findet: „durch den artzet. Wann [...] *der die selben kunst kann*“.<sup>94</sup>

Der Klagspiegel zählt zu den frühesten deutschsprachigen Schriften, die einen eigenständigen Sachverständigenbeweis propagieren. Nicht zufällig steht hierbei der sachverständige Arzt im Mittelpunkt. War nämlich nach römischem Recht noch der „*agrimensor*“ (Landvermesser) das typische Beispiel für einen Sachverständigen,<sup>95</sup> der vom Gericht befragt wurde, änderte sich dies schlagartig mit der mittelalterlichen italienischen Rechtswissenschaft, auf die sich der Klagspiegler vornehmlich stützt. Als grundlegend kann eine Dekretale von Papst Innozenz III. (1198-1216) aus dem Jahre 1209 geltend, in der die Beziehung sachkundiger Ärzte in einem Gerichtsverfahren angeordnet wurde.<sup>96</sup> Für die Rechtsentwicklung wegweisend waren aber auch die beweisrechtlichen Ausführungen von Albertus Gandinus in dessen zwischen 1286 und 1300 entstandenem „*Tractatus de maleficiis*“. Kantorowicz<sup>97</sup> würdigte dieses Werk als erste Monographie zum Strafrecht als eigenständiger Rechtsmaterie. Zahlreiche Handschriften und Drucke zeugen von der weiten Verbreitung der Schrift.<sup>98</sup> Den eigenständigen Charakter des (ärztlichen) Sachverständigenbeweises erläutert Gandinus im Kapitel „*De homicidiariis et eorum pena*“. Conrad Heyden scheint die weitreichende Bedeutung der

<sup>89</sup> Ausführlich hierzu demnächst der Verfasser. Vgl. ferner Andreas Deutsch, Beweis, in: Albrecht Cordes, Heiner Lück u. a. (Hrsg.), HRG, 1. Bd., 2. Aufl., Berlin 2005; Manfred Neidert, Sachverständige, in: Erler, HRG, 4. Bd., Sp. 1251-1253, hier 1252; Udo Kornblum, Beweis, in: Erler, HRG, 1. Bd. 1, 1. Aufl., Sp. 401-408, hier 404.

<sup>90</sup> Enno Poppen, Die Geschichte des Sachverständigenbeweises im Strafprozeß des deutschsprachigen Raumes, Göttingen, Zürich 1984, S. 47 f.

<sup>91</sup> So auch Walter Hepner, Richter und Sachverständiger, Hamburg 1966, S. 27; Neidert, Sachverständige, in: Erler, HRG, 4. Bd., Sp. 1251-1253, hier 1252.

<sup>92</sup> Art. 173 CCB.

<sup>93</sup> Ausführlich bei: Deutsch, Klagspiegel, S. 580 ff., 600.

<sup>94</sup> Titel 56 (AT), Bl. CXLVIII B.

<sup>95</sup> Vgl. D 11.6 „Si mensor falsum modum dixerit“.

<sup>96</sup> Dekretalen Lib.V., tit.XII., c.18; zit. nach: Justus Henning Böhmer (Hrsg.), Corpus juris canonici Gregorii XIII., Halle 1747.

<sup>97</sup> Hermann U. Kantorowicz, Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik (2 Bde.), Heidelberg 1907 und 1926.

<sup>98</sup> Siehe bei Friedrich Carl von Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, 5. Bd., Heidelberg 1850, § 168, S. 563 f.

dortigen Ausführungen erkannt zu haben, denn er baut hinsichtlich der entscheidenden Regelungen erstaunlich getreu und fast ausschließlich auf Gandinus auf und exzerpiert mit Geschick aus den breiten Ausführungen seiner Vorlage die wichtigsten Sätze.

Zunächst betont der Klagspiegler an mehreren Stellen, wie wichtig es bei Körperverletzungen und Totschlägen sei, daß alle Wunden und Schläge aufs genaueste besichtigt würden, dies gelte insbesondere dann, wenn möglicherweise nicht nur ein Täter in Betracht komme. „Es sol eins yegklichen dartzû gesamlet streich oder schlag angesehen werden“,<sup>99</sup> formuliert er beispielsweise in Titel 157 (ET) und schließt sich damit Azo an, der in seiner *Summa Codicis* formulierte: „*Ceteri vero tenentur de vulnerato nam ictus uniuscumque in hoc collectione contemplari oportet [...]*“.<sup>100</sup> In Titel 35 (AT) „*Ad legem corneliam de sicariis*“<sup>101</sup> heißt es etwas konkreter: „Item du solt mercken, wo einer in eim hader ertödt würt/ das[s] eins yegklichen gesameten schlag und stich sol angesehen werden in solchem“.<sup>102</sup> Weiter unten greift er den Gedanken nochmals mit den Worten auf: „Am ersten wann in malefitzen sollen die beweynung clarer und liechter sein dann der mittag. Item in diesen rechten sol eins yegklichen schlag beschawet werden, uff das[s] ein yegklicher nach seinem schlagen gestrafft werd.“<sup>103</sup>

Hinsichtlich der Frage, wer die Wunden zu beschauen hat, läßt der Klagspiegel – wie oben bereits erwähnt – keinerlei Zweifel aufkommen: „Setz, das[s] einer verwundt unnd ertödt sey von yegklichem/ unnd in sollichem ist notturffftig, das[s] eins yegklichen streych wundenn angesehen werden. Wer unnd durch wenn sollen die streych unnd wunden beschawet unnd anngesehen werden[?]/ sprich durch den artzet. Wann mann sol zû dem zûflücht haben, der die selben kunst kann. Als auch gesprochenn würt von dem undergenger agrimessor in latein genant.“<sup>104</sup> Mit dieser Aussage in Titel 56 (AT) wird der Arzt als Sachverständiger vor Gericht etabliert: Nicht mehr das Gericht selbst, auch nicht unter Beiziehung eines Wundarztes, soll die Wundbeschau durchführen, sondern allein der Arzt, weil dieser über die nötige Sachkunde verfügt. Diese wichtige Bestimmung geht nahezu wortgetreu auf Gandinus zurück, der formulierte: „*Item, quis contemplabitur ictus vulnerati? Respondeo, nos hec sciemus dicto et relatione medicorum, [...] Nam ad eum recurrendum est, qui habet peritiam rei, [...] sicut dicitur de agrimensore*“.<sup>105</sup>

<sup>99</sup> Titel 157 (ET), Bl. Cl.

<sup>100</sup> Azo, *Summa Codicis*, „De lege aquilia“ (liber tertius, S. 89).

<sup>101</sup> Vgl. als Vorlagen: Azo, *Summa Codicis*, „Ad legem corneliam de sicariis“ (liber nonus, S. 332); Gandinus, *Tractatus de maleficiis*, „De homicidiariis et eorum pena“, § 11 (Edition von Kantorowicz: S. 287 f.) und „De penis reorum in genere et de percussione et insultu“, § 22 (Edition von Kantorowicz: S. 226); ferner C 9.16.

<sup>102</sup> Titel 35 (AT), Bl. CXXXVIII. Vgl. hierzu die Übereinstimmungen bei Gandinus, *Tractatus de maleficiis*, „De homicidiariis et eorum pena“, § 11 (in der Edition von Kantorowicz: S. 287).

<sup>103</sup> Titel 35 (AT), Bl. CXXXVIII B.

<sup>104</sup> Titel 56 (AT), Bl. CXLVIII B.

<sup>105</sup> Gandinus, *Tractatus de maleficiis*, „De homicidiariis et eorum pena“, § 21 a. E. (in der Edition von Kantorowicz: S. 304).

Ganz ähnlich hatte auch Durantis in seinem „*Speculum iuris*“ geschrieben, den der Klagspiegler vielfach für sein Buch verwendete: „*Hoc quoque notandum est, quod medico creditur de sua medicina [...] item mensori de officio suo [...] quia magis credendum est ei, qui de arte sua testificatur.*“<sup>106</sup> In diesem Fall diene jedoch eindeutig Gandinus als Vorlage für den Klagspiegel, denn auch der nachfolgende Satz des Gandinus findet sich annähernd wörtlich in Heydens Rechtsbuch wieder: „*si duo vel tres medici de chirurgia dicant et referant aliquem vulneratum fore mortuum ex vulnere [...], quod magis credatur eis quam X vel XX testibus non medicis, qui deponant, quod sit mortuus ex febre superveniente*“,<sup>107</sup> heißt es bei Gandinus. „Item uß disem rechten folgt/ das[s] mann zweyen wundt artzten, die da sprechen/ das[s] einer sey vonn sollichen wunden gestorbenn/ baß glauben sol dann zwentzig zeügenn, die do sprechen, das[s] der verwundt vom zükommendenn sachen selber gestorben sey“,<sup>108</sup> hebt der Klagspiegel hervor. Diese Worte sind nicht minder bedeutend als die vorangegangenen, denn sie verdeutlichen einprägsam die herausgehobene Position des sachverständigen Arztes, dem aufgrund seiner Fachkenntnisse eine ganz andere Rolle als einem einfachen Tatzeugen zukommen soll. Erst hiermit steigt der vom Gericht um Auskunft gebetene Arzt vom bloßen Handlanger bei der „leiblichen Beweisung“ bzw. vom einfachen Zeugen mit Sachverstand auf zum Sachverständigen als eigenständigem Beweismittel. Daß der Klagspiegel diesen Sachverständigen nicht mit einem Zeugen gleichsetzt, verdeutlicht auch die – der Sache nach ebenfalls von Gandinus übernommene<sup>109</sup> – Diskussion über die Frage, wie ein auf einer ärztlichen Falschbegutachtung aufbauendes Urteil aufgehoben werden kann: „Item setz, das[s] einer sey vonn etlichen verwundt wordenn/ unnd darnach gestorbenn/ der artzet hat gesagt, er sey von den wunden gestorben, die i[h]m Peter geschlagen hatt/ der richter hat denselben Petern verdampft als ein manschlachtigen/ der selbe Peter spricht und bringet für/ er sey nit von seiner wunden gestorben/ sunder vonn der andern wunden/ und bitt, das[s] mann andere besser meyster bringe/ unnd dieselben erkennen laß, vonn weiß verwunden er ertödt sey/ unnd dieselben artztet sprechenn, er sey von der andern wundenn gestorbenn/ ob nun solch gegeben urteyl krefftig sey. Sprich sicherlich nein zû gleycher weyß als etlich recht sprechenn/ das[s] das urteyl, das geben worden ist durch falsch zeugen oder instrument oder brieff krafftloß ist und sol krafftloß geurteylt werden biß uff zweintzig iare.“<sup>110</sup> Die Wiederaufnahme des Verfahrens muß hier nur deshalb diskutiert werden, weil es sich beim Sachverständigen gerade um keinen Zeugenbeweis handelte, für den im Falle der Falschaussage eine Wiederaufnahme längst anerkannt war. Eine Wiederaufnahme sollte aber „zû gleycher weyß“ möglich sein wie nach Entdeckung einer falschen Zeugenaussage oder einer gefälschten Urkunde. Dies zeigt,

<sup>106</sup> Durantis, *Speculum iuris*, „De probationibus“ (Lib. II, part. II), § 4, Nr. 26 f.

<sup>107</sup> Gandinus, *Tractatus de maleficiis*, „De homicidiariis et eorum pena“, § 21 a. E. (in der Edition von Kantorowicz: S. 304).

<sup>108</sup> Titel 56 (AT), Bl. CXLVIII. B.

<sup>109</sup> Gandinus, *Tractatus de maleficiis*, „De homicidiariis et eorum pena“, § 23 (in der Edition von Kantorowicz: S. 304 f.).

<sup>110</sup> Titel 56 (AT), Bl. CXLVIII. B.

daß der neu aufkommende Sachverständigenbeweis als gleichartiges, aber selbständiges Beweismittel neben diese beiden klassischen Beweise treten sollte.

Die bei Gandinus nur nebenbei erwähnte Notwendigkeit zweier oder dreier Ärzte für die Erbringung des vollen Beweises war nach zahlreichen italienischen Stadtrechten längst Standard, so nicht nur in Bologna, wo Gandinus wirkte, sondern beispielsweise auch in Ferrara, Mirandola und Genua, um nur einige Beispiele zu nennen.<sup>111</sup> In Padua sah bereits eine Verordnung aus dem Jahre 1277 vor, daß die gerichtsmedizinische Wundbeschau durch mindestens zwei Ärzte zu erfolgen habe: „*Potestas Paduae teneatur [...] quotiens opus fuerit occasione alicuius vulnerati constringere Gastaldiones Medicorum, ut sibi nominet, duos Medicos suae Fratulae [...]*“.<sup>112</sup> Häufig war, wie auch von Gandinus gefordert, zumindest im Zweifelsfall ein dritter Experte hinzuzuziehen. Wenn der Klagspiegel hiervon abweichend die Anzahl von „zweyen wundt artzten“ genügen läßt, so beruht dies zweifellos auf der Erkenntnis, daß mehr Wundärzte im vergleichsweise wenig entwickelten Deutschland des 15. Jahrhunderts im Regelfall ohnehin nicht zur Verfügung standen. Die Zweierzahl steht zudem in prägnanter Parallele zum Grundsatz „*testis unus, testis nullus*“ beim Zeugenbeweis. Interessanterweise begann sich die Hinzuziehung zweier Wundärzte in Deutschland erst nach Entstehung des Klagspiegels durchzusetzen und zwar vermehrt in der Phase, als auch der Klagspiegel an Verbreitung gewann.<sup>113</sup>

Noch ein weiterer Absatz in Titel 56 (AT) des Klagspiegel verdient unsere Beachtung: Dort erläutert Conrad Heyden nämlich das Problem der Auswahl eines Sachverständigen: „Item so einer verwundet ist/ unnd der richter wil ein artzet welen/ unnd die freundt des verwundtenn sprechenn zûm richter/ sie wollen den artzet selber welen/ was sol herynn geschehen. Sprich/ ist, das[s] die freundt des verwundten/ unnd des[sen], der verwundt hat/ seinnd eynt[r]a[echt]ig, den artzet zû erwölenn/ so sol sich sein der richter nit underwinden. Seind sie aber nit eins/ so sol der richter welen/ deßgleychen steet auch geschriben von den vormundern, die nitt eins seindt.“<sup>114</sup> Auch diesmal folgt der Klagspiegel weitgehend wörtlich Gandinus, der schreibt: „*Item pone fore aliquem vulneratum, iudex vult eligere medicum, qui videat et contempletur vulnera, amici vero vulnerati dicunt, medicum se velle eligere. Quid fiet? Dic, quod, si amici vulnerantis et vulnerati sint in concordia, quod iudex non habet se intromittere, sed si sunt in discordia, tunc ipse iudex*

<sup>111</sup> Vgl. etwa Josef Kohler, Giustiniano degli Azzi, Das Florentiner Strafrecht des XIV. Jahrhunderts, mit einem Anhang über den Strafprozess der italienischen Statuten, Mannheim, Leipzig 1909, S. 247; Bohne, Gerichtliche Medizin im italienischen Statutarrecht, S. 72; hierzu ferner demnächst ausführlich der Verfasser.

<sup>112</sup> Statutorum magnificae Civitatis Paduae libri sex, Venedig 1747, 2. Bd., Bl. 18.

<sup>113</sup> Als frühes Beispiel sei nur die „Ordnunge des statgerichts zu Wirtzburg“ aus dem Jahre 1447 angeführt: „Item es sollen nu furbas zwen gesworen wunderzt, uber ein igliche wunde zu besagen, wo man das begert“, in: Hermann Knapp (Hrsg.), Die Zenten des Hochstifts Würzburg, Bd. 1/2, Berlin 1907, S. 1274 ff., S. 1278.

<sup>114</sup> Titel 56 (AT), Bl. CXLVIII. B.

*eliget medicum, arg. eius quod dicitur de tutoribus Inst. de satisfactione tutorum § sin. autem [...]*.<sup>115</sup>

Nur erwähnt sei noch, daß der Klagspiegel auch die Hebamme als Sachverständige anerkennt. So heißt es in Titel 78 „*Si mulier ventris nomine etc.*“,<sup>116</sup> wenn eine Frau „geglaubt hat, sie sei schwanger“, dann sei maßgeblich, ob auch „die Hebammen haben es dafür gehalten“. Haben die Hebammen irrtümlich eine Schwangerschaft bejaht, etwa weil die Frau „i[h]r recht zeyt nit gehabt“ oder weil sie der Frau „umb ander sach willen uffgehört“,<sup>117</sup> dann bleibt die Frau im Recht – im konkreten Fall ist ihre Einsetzung in den Nachlaßbesitz nicht unrechtmäßig. Diese Ausführungen gehen auf Roffredus zurück, in dessen Kapitel „*De actione in factum ex illo edicto. si mulier ventris no. calum. causa in pos. missa esse dicatur*“ geschrieben steht: „*mulier [...] potest enim esse sine calumnia si forte credebatur se pregnantem vel asseverabatur pregnantem ab obstetricibus. puta quod forte cessaverunt menstrua et habebat dolores, habebat fastidium. Tertium si aliquo sero multum comedisset de faba. quod venter intumuit: non debuit credere se pregnantem [...]*“.<sup>118</sup>

## E. Rechtliche Präsumtionen als Ersatz für medizinische Sachverständige

Insbesondere mit dem Kognitionsverfahren, wie es das *Corpus iuris* festschrieb, kamen bereits im römischen Recht zahlreiche sogenannte Präsumtionen, also Beweisvermutungen, auf, nach denen ein Sachverhalt aufgrund eines logischen Rückschlusses als bewiesen galt. Der oberitalienische römisch-kanonische Prozeß des Mittelalters entwickelte hieraus ein regelrechtes System von *praesumptiones*, die vielfach bis ins Detail ausgefeilt waren.<sup>119</sup> In medizinrechtlicher Hinsicht wurden derartige Beweisvermutungen insbesondere im Bereich der Zeugung und Ehelichkeit von Kindern benötigt und in diesem Zusammenhang begegnen sie auch im Klagspiegel. Das Problem liegt Conrad Heyden klar vor Augen: Die Beweisvermutung wird da gebraucht, wo ein Beweis (mit den technischen Mitteln der Zeit) nicht möglich war, so sei es namentlich „unmöglich zû beweysen/ das[s] der des oder des sun [=Sohn] sey/ wann zû sollichen wercken nymp man kein zeugen.“<sup>120</sup> In Titel 107 zur Klage „*De preiudiciali in rem per quam queritur an*

<sup>115</sup> Vgl. Gandinus, *Tractatus de maleficiis*, „*De homicidiariis et eorum pena*“, § 21 a. E. (in der Edition von Kantorowicz: S. 304).

<sup>116</sup> Vgl. als Vorlagen: Roffredus, *Libelli iuris civilis*, „*De actione in factum ex illo edicto. si mulier ventris no. calum. causa in pos. missa esse dicatur*“ (tertia pars, L. c), und D 25.6 „*Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicatur*“.

<sup>117</sup> Titel 78 (ET), Bl. XXXVI B.

<sup>118</sup> Roffredus, *Libelli iuris civilis*, „*De actione in factum ex illo edicto. si mulier ventris no. calum. causa in pos. missa esse dicatur*“ (tertia pars, L. c).

<sup>119</sup> Vgl. Deutsch, *Beweis*, in: Cordes/Lück, HRG, 1. Bd., 2. Aufl. m.w.N.

<sup>120</sup> Titel 107 (ET), Bl. LX B.

*aliquis sit filius in potestate patris*“, mit welcher der Vater sein eheliches Kind, sofern es noch in seiner Gewalt steht, von Dritten herausverlangen kann, stellt der Klagspiegel daher einige Präsumtionen auf, wann von einer (ehelichen) Vaterschaft ausgegangen werden kann und muß. Die entscheidenden Passagen finden sich unter der Klagvoraussetzung Nummer 6: „Am sechsten/ das[s] du von dem weyb nit seyst gewesen/ wann so du von deinem weyb bist gewesen unnd nun kompst/ und vindest ein kindt eins iars alt von deiner frawen geborn/ das selb kindt ist dein nit/ noch in deinem gewalt.“<sup>121</sup> Der Text lehnt sich ganz unmittelbar an die Darstellungen von Roffredus zu dieser Klage an, wo es heißt: „*Sextum quod steteris cum uxore tua: alioquin si multo tempore fuisti absens et reversus investi anniculum, ille non erit tuus filius nec in potestate.*“<sup>122</sup>

Zur Erläuterung der Stelle fügt der Klagspiegler an: „Item merck/ es mag ein fraw von natur in dem sybendem monat nach dem und sie von dem mann beschlossen worden ist/ ein natürlich kindt geb[a]e[h]ren/ und das selb kindt mag lang leben. Item auch im achten und im neündten monat/ aber die selben kindt mögen nit lang leben/ fürter in dem zehenden so mögen die selben kindt lang leben.“<sup>123</sup>

Die Vermutung der Ehelichkeit eines Siebenmonatskindes geht auf die Digesten zurück, die sich selbst auf Hippokrates beziehen: „*Septimo mense nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri hippocratis: et ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.*“<sup>124</sup> Und schon die Zwölf Tafeln bejahten die eheliche Zeugung und Abstammung eines Kindes, wenn es innerhalb von zehn Monaten nach Beendigung der Ehe geboren wurde.<sup>125</sup> Der Grundsatz der Zehnmonatsschwangerschaft begegnet aber auch in den Digesten, woraus ihn der Klagspiegler gekannt haben dürfte: „*Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.*“<sup>126</sup>

Bereits gut 100 Jahre vor Entstehung des Klagspiegels wurde in Italien diskutiert, ob die Ehelichkeitsvermutung nach D. 1,5,12 wirklich unwiderleglich sein könne, wie ein von Kantorowicz<sup>127</sup> veröffentlichter Brief aus der Zeit um 1326/34 belegt. Der Mediziner Gentile rät darin dem Juristen Cino de Pistoia, der daran zweifelte, ob die in den *Digesten* ausgesprochene Beweisregel den tatsächlichen Verhältnissen gerecht werde, man solle tüchtige Ärzte mit der Untersuchung und Begutachtung der Ehelichkeit betrauen: „*Ergo, Domine Cyne, quando de his cadit*

<sup>121</sup> Titel 107 (ET), Bl. LX B.

<sup>122</sup> Roffredus, *Libelli iuris civilis*, „De actione in rem preiudiciali. qua queritur an aliquis habeat filium in potestate“ (quarta pars, LXIII. c).

<sup>123</sup> Titel 107 (ET), Bl. LX B.

<sup>124</sup> D 1.5.12.

<sup>125</sup> XII Tafeln 4,4; hierzu Kaser, *Das Römische Privatrecht I*, § 83, S. 345.

<sup>126</sup> D 38.16.3.11.

<sup>127</sup> Hermann U. Kantorowicz, Cino di Pistoia ed il primo trattato di medicina legale, in: *Archivio storico italiano* 37 (1906), S. 115-122; hierzu auch die Rezension von Paul Fraenckel, in: *Vierteljahrsschrift für gerichtliche Medizin und öffentliches Sanitätswesen* 34 (1907), S. 109.

*questio inter iurisperitis, accipiant medicos probos, qui considerata comprexione puery nati et mulieris, poterunt dicere: sit natus ex marito vel ex fratre.*<sup>128</sup> Eine ernsthafte Möglichkeit der Ärzte, die Vaterschaft festzustellen, gab es freilich zu dieser Zeit nicht.<sup>129</sup> Dennoch kann das Votum des Gentile als wegweisend gelten. Bis nach Deutschland und zu Conrad Heyden war die Diskussion aber ganz offensichtlich nicht gedungen, denn Heyden schreibt schlicht: „Item darumb sprechen die recht in dem obgemelten Titel/ das[s] man glauben sol/ das[s] die kindt wie obstat recht eekindt sein/ wann man mag sollichs nit beweysen“.<sup>130</sup>

Eine Ausnahme von dieser Ehelichkeits- und Vaterschaftsvermutung ergibt sich nach dem Klagspiegel nur dann, wenn der Mann als Vater nicht in Betracht kommt: „Item wo aber der mann so alt w[a]er/ oder solliche krankheit h[a]et[t]/ das[s] er zû etlichen wercken nit geschickt w[a]er/ wiewol sein fraw bey i[h]m wonende ein kindt geb[a]e[h]re/ sollichs w[a]er nit sein“.<sup>131</sup> Der gleiche Gedanke begegnet noch einmal in Titel 144 (ET) „*De actione que oritur ex confessione*“.<sup>132</sup> Wer als Zeugungsunfähiger bekennt, er habe ein Kind gezeugt, soll demnach nämlich nicht an sein „bekennen“ gebunden sein, denn es sei nötig, „das[s] sollichs bekennen also volbracht mag werden/ wann so ich noch nit pubes [=mannbar] bin/ bekenne das[s] ich die eefrawen gehelbt hab [=Geschlechtsverkehr gehabt habe]/ sollichs bekennen schadt mir nit/ wann ich mag darumb nit verclagt und accusiert werden. Es möcht aber ein ander, der pubes were, darumb verclagt werden. Oder so ich kein hoden oder kein zagel het/ und bekennet ich het die frawen gehelbt.“<sup>133</sup> Diese Stelle geht weitgehend wörtlich auf Roffredus zurück, bei dem es heißt: „*Octavum de quo cum alio actio esse potest vel rem eam esse ideo dicitur, quia si confiteor me occidisse illum qui vivit vel dum sim impubes me commisisse adulterium vel si virga vel genitalibus carerem non preiudicat [...]*“.<sup>134</sup> Ähnlich schrieb bereits Azo: „*ut ecce si impubes vel genitalibus carens confiteatur se adulterium commisisse, non trucidabitur.*“<sup>135</sup>

<sup>128</sup> Alberico Gentile, Tractatus magistry Gentilis de Fulgineo super lege VII<sup>0</sup> mense ff. de statu hominum, abgedr. in: Archivio storico italiano 37 (1906), S. 122-128, S. 128.

<sup>129</sup> Zur Blutgruppenfeststellung als erstem Vaterschaftstest ab 1926 vgl. Heinz Schott (Hrsg.), Die Chronik der Medizin, Gütersloh 2000, S. 234.

<sup>130</sup> Titel 107 (ET), Bl. LX B.

<sup>131</sup> Titel 107 (ET), Bl. LX B.

<sup>132</sup> Vgl. als Vorlagen zu diesem Titel insb. Roffredus, Libelli iuris civilis, „De actione in factum vel utili que oritur ex confessione“ (quarta pars, LXXXVI. b), Azo, Summa Codicis, „De confessis“ (liber septimus, S. 287), und D 42.2 „De confessis“; s. ferner Max Kaser, Karl Hackl, Das Römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., München 1996, § 37, S. 270 ff.

<sup>133</sup> Titel 144 (ET), Bl. XCIV B.

<sup>134</sup> Roffredus, Libelli iuris civilis, „De actione in factum vel utili que oritur ex confessione“ (quarta pars, LXXXVI. c).

<sup>135</sup> Azo, Summa Codicis, „De confessis“ (liber septimus, S. 287).

## F. Rechtlicher Schutz für den Kranken

An mehreren Stellen begegnen im Klagspiegel besondere Schutzbestimmungen für Kranke und Schwache, denen bestimmte Lasten des Gesetzes nicht zugemutet werden sollen. Diese Bestimmungen stehen neben den Privilegien und Restriktionen zum Schutz etwa der Frauen und Minderjährigen, die hier ausgeklammert bleiben sollen.

Aufgrund seiner für die spätere Rechtsentwicklung wegweisenden Bedeutung sei aber kurz auf das Recht der „Geisteskranken“ eingegangen, welches freilich nur am Rande mit der Fragestellung dieser Untersuchung zu tun hat, da der Klagspiegler den „*furiosus*“ oder „narr“ kaum als Kranken aufgefaßt haben dürfte.<sup>136</sup> Immerhin unterscheidet der Klagspiegel, dem spätrömischen Recht folgend,<sup>137</sup> zwischen dem dauerhaft Geisteskranken, der „nit contrahieren“ kann, und dem nur phasenweise Gestörten, der nur manchmal „tobt und mönisch ist/ wann sollich an i[h]m [a]uffhöret, was er zû der gesunden zeyt thût/ ist gût, vest [=fest] und stât.“<sup>138</sup> Ein geistig Genesener kann im übrigen auch seine eigene, in der „mönischen“ Phase vorgenommene Handlung genehmigen.<sup>139</sup> Dem Geisteskranken gleichgestellt sind nach dem Klagspiegel die wegen Verschwendungssucht Entmündigten: „Item der geydisch [=Vergeudungssüchtige], dem die regierung seiner habe verboten ist/ mag nit contrahieren und sich verpflichten.“<sup>140</sup>

Vom „*furiosus*“ unterschieden werden aber Taube und Stumme, die zwar nicht als geschäftsunfähig gelten, aber dennoch eigenständig keine Verträge abschließen dürfen, da sie Antrag und Annahme nicht verstehen können.<sup>141</sup> Ihr Gebrechen wird im Klagspiegel ausdrücklich als Krankheit bezeichnet: „Ist der stumm und der ungehörend/ die natürlich siechtagen [=Krankheit] haben/ mögen nit contrahieren/ wann die pflichtung und obligierung geschicht durch die frag und antwort etc. Und der, der fragt/ sol die antwort des verheissers widerumb hören und versteen/ das mögen die stummen und ungehörenden nit thûn/ die anders natürlich sollich siechtagen haben.“<sup>142</sup> Sie sind damit zumindest formal besser gestellt als nach mittelalterlich-deutschem Recht, das Taube und Stumme wie Geisteskranke der Vormundschaft unterstellte.<sup>143</sup>

<sup>136</sup> Ausführlich zum Problem der Geschäftsunfähigkeit: Deutsch, Klagspiegel, S. 345 ff.

<sup>137</sup> Erst das nachklassische römische Recht kennt diese Unterscheidung. Vgl. Kaser, Das Römische Privatrecht I, § 65 IV., S. 278.

<sup>138</sup> Titel 122 (ET), Bl. LXXI B.

<sup>139</sup> Titel 171 (ET), Bl. CX B.

<sup>140</sup> Titel 122 (ET), Bl. LXXI B.

<sup>141</sup> Zu den römisch-rechtlichen Wurzeln dieser Auffassung: Kaser, Das Römische Privatrecht I, § 65 IV., S. 278.

<sup>142</sup> Titel 122 (ET), Bl. LXXI B.

<sup>143</sup> Hermann Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, 1. Bd., 2. Aufl., Karlsruhe 1962, S. 412.



Eine Ausnahme zugunsten der Kranken und Alten macht zunächst Titel 69 (ET) „*De eo quod metus causa gestum est*“:<sup>144</sup> Diese Klage richtet sich gegen denjenigen, der eine Sache, von der er befürchtet, sie werde von ihm eingeklagt, einem anderen gibt, der „mechtig oder gar seer böß“ ist oder gegen den aufgrund von Gerichtsprivilegien nicht geklagt werden kann. Der Beklagte muß entweder die dem Berechtigten auf diese Weise entfremdete Sache verschaffen oder ihm Schadensersatz in gleicher Höhe leisten. Der Klagspiegler fügt jedoch hinzu: „Merck/ in diser empfrembdung gebürt sich argerlist und betriegung/ darumb wo einer von alters wegen/ kranckheit oder ander nottürffftiger kümmernuß wegen die habe empfrembdet, darumb das[s] er lieber [der] habe wolt mangeln, dann offt darumb kriegem/ als so er die habe umbsunst geyt/ würt er nit schuldig diser clage/ wo er aber die habe verkaufft/ verwechßlet/ oder in wölchem andern wege empfremdet, also dz des gleychen er wider neme/ sollicher list ist zů schelten, wann er wil die habe oder seinen wert haben, und den kriege uff ein andern bringen.“<sup>145</sup> Diese Ausführungen beruhen auf Roffredus, der in seinen *Libelli* unter der Überschrift „*de actione in factum descendente ex illo edicto de alienat. iudi. mu. causa facta*“ das gleiche Problem abhandelt.<sup>146</sup>

Ähnlich privilegiert der sehr stark an der römischen Rechtstradition orientierte Titel 166 (ET) „*De senatusconsulto sylleyano*“<sup>147</sup> die Kranken. Wie der Klagspiegel erläutert, soll das *Senatusconsultum Silaniano* dem Schutz des Hausherrn dienen. Es verpflichtet das Hausgesinde unter Androhung der Todesstrafe, seinem Herrn und dessen Familie, wenn auf sie ein Anschlag mit dem Schwert oder auf andere nicht heimliche Weise verübt werden soll, unverzüglich zu Hilfe zu eilen. Von dieser Pflicht entschuldigt werden die Kinder, sofern sie „noch nit puberes seind/ das ist, das[s] sie noch nit ha[a]r an i[h]rer scham haben.“ Sie sollen aber zu einer Aussage gezwungen werden können. Ebenfalls „werden entschuldigt die diener, die la[h]m seind [...] Item entschuldigt werden die krancken. Item die ungehörenden/ blinden/ stummen/ und furiosi/ narren/ werden entschuldigt vom schreyen/ nit von sehen haben sie anders gesehen/ der blind von sehen nit vom hören/ hat er anders den herrn hören ertöden, er solt geschrygen haben.“<sup>148</sup>

<sup>144</sup> In der Brant'schen Ausgabe von 1516 fehlt noch die lateinische Überschrift des Titels, die deutsche Betitelung ist (anders als im ältesten Druck) in den Textfluß hineingezogen.

<sup>145</sup> Titel 69 (ET), Bl. XXXII.

<sup>146</sup> Roffredus, *Libelli iuris civilis*, „*de actione in factum descendente ex illo edicto de alienat. iudi. mu. causa facta*“ (tertia pars, XLVII. a).

<sup>147</sup> Vgl. als Vorlagen zu diesem Titel insb. Roffredus, *Libelli iuris civilis*, „*De senatusconsulto sillaniano*“ (septima pars, CXL. b), Azo, *Summa Codicis*, „*De his quibus ut indignis hereditates anferuntur et ad senatusconsultum silleanum*“ (liber sextus, S. 239), und D 29.5 „*De Senatusconsulto Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur*“, ferner C 6.35.

<sup>148</sup> Titel 166 (ET), Bl. CVI. f.

Titel 38 (AT) mit dem verwirrenden Titel „*De sepulchro violato*“<sup>149</sup> schützt die Familien von Todkranken, aber auch die trauernden Hinterbliebenen bis zu neun Tage nach dem Tod vor Schuldeintreibern und ähnlichen Belastungen unter Androhung drakonischer Strafen: „Item die/ die sünden bey denen, die in todts nöten oder krankheit arbeyten, sollen gestrafft werden in dem dritten teyl aller irer habe/ und die [eingeforderte] schuld verloren haben/ und so vil der schuld gewesen/ den erben des geschmächten geben. Item sie werden eerloß/ ist das[s] sie in das hauß geend des sterbenden menschen/ und i[h]n oder die seinen betrüben oder bekümmern oder sein habe entziehen“.<sup>150</sup>

Selbst Titel 58 (AT) „*De bonis eorum qui mortem sibi constituerunt/ vel consciverunt*“,<sup>151</sup> der sich mit den Folgen eines Selbstmordes befaßt, räumt dem Kranken eine Sonderposition ein. Denn ob der Staat das Vermögen des Selbstmörders einzieht oder dieses den Hinterbliebenen zukommt, hängt von den Motiven der Tat ab: „Merck den underscheyd, ob einer uß gewißheit der übelthat [=Offenkundigkeit eines von ihm begangenen Verbrechens] i[h]m selbs den todt ann thüt/ oder uß einer andern ursach/ als von der ungedültigkeit des wetagen [=Unerträglichkeit des Krankseins]/ unnd schmerzen seiner krankheydt/ oder das[s] er sich schäm, das[s] er so vil schuldig sey/ ob pudorem [a]eris alieni/ unnd in disen casus ist es gewiß/ das[s] mann dem erben das erb nit nemen sol. Aber in dem ersten casus ist es ungewiß [...]“.<sup>152</sup> Nur wer sich wegen drohender Verurteilung umbringt, muß also damit rechnen, daß seine Hinterlassenschaft an den Fiskus fällt. Diese Regelung war für die damalige Zeit äußerst kulant, denn in der Praxis wurde häufig das Vermögen jedes Selbstmörders vom Fiskus eingezogen, ein Selbstmord aufgrund von Depressionen oder schwerer Krankheit also nicht bessergestellt.

Abschließend sei noch auf das im Klagspiegel an verschiedenen Stellen erläuterte Recht auf Notwehr hingewiesen,<sup>153</sup> das auch eine Nothilfe zugunsten Kranker und Schwacher erlaubt. Zentrale Ausführungen zur Notwehr finden sich in Titel 32 (AT), der unter der Überschrift „*Ad legem iuliam de vi publica vel privata*“<sup>154</sup> die unterschiedlichen Formen von Gewaltanwendung behandelt.

<sup>149</sup> Vgl. als Vorlagen zu diesem Titel insb. Azo, Summa Codicis, „*De sepulchro violato*“ (liber nonus, S. 333), ferner C 9.19. Zu dieser Überschrift siehe auch im Ersten Traktat Titel 75 und 89.

<sup>150</sup> Titel 38 (AT), Bl. CXL.

<sup>151</sup> Vgl. als Vorlagen zu diesem Titel insb. Azo, Summa Codicis, „*De bonis conscientium sibi mortem*“ (liber nonus, S. 345), ferner C 9.50 „*De bonis eorum, qui mortem sibi consciverunt*“.

<sup>152</sup> Titel 58 (AT), Bl. CLI.

<sup>153</sup> Hierzu bereits ausführlich Heinrich Zoepfl, Beiträge zur Revision der Lehre von der Nothwehr, 2. Teil, in: Archiv des Criminalrechts (NF) 1842, S. 311-339, insb. S. 313-328; Deutsch, Klagspiegel, S. 538 ff.; ferner etwa Eberhard Schmidt, Strafrechtspflege und Rezeption, in: Friedrich-Christian Schroeder (Hrsg.), Die Carolina – die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532, Darmstadt 1986, S. 82-119, hier S. 103.

<sup>154</sup> Vgl. als Vorlagen zu diesem Titel insb. Azo, Summa Codicis, „*Ad legem iuliam de vi publica vel privata*“ (liber nonus, S. 331); Gandinus, Tractatus de maleficiis, „*De defensionibus a rei faciendis*“, § 1-14 (Edition von Kantorowicz: S. 177 ff.); ferner C 9.12.

Unter Verweis auf das kanonische Recht hebt der Klagspiegel hervor, es gebe unter Umständen sogar eine Pflicht, einem Angegriffenen zu Hilfe zu eilen: „die weyl es zymlich ist, ein yeglichen zů beschirmen den andern vor gewalt/ unnd sein hilff mit i[h]m teylen/ unnd darumb welcher es vermag und solliches nit thüt, der würt geschätzt, das[s] er dem gewalt tryber gunst gebe oder thü/ und auch solliches unrechts würt er selbs teylhafftig/ auch steet in geistlichen rechten/ dise sterck ist vol gerechtigkeit, da einer seins vatters landt beschirmpt mit streyten von veinden/ oder daheym beschirmpt die krancken“.<sup>155</sup>

## G. Rechtliche Verantwortlichkeit aufgrund von Krankheit

Den einzigen Fall, wo eine Krankheit dem Betroffenen zum Nachteil gereicht, erwähnt der Klagspiegler im oben bereits mehrfach angesprochenen Titel 157 (ET) „*De actione legis aquilie*“. Eine Haftung nach der *lex Aquilia* soll danach auch denjenigen treffen, der aufgrund von Krankheit ein Lasttier nicht richtig führen könne, denn er handele fahrlässig, wenn er es dennoch tut: „Item diser unfleyß geet underweylen vor der that/ als das in vil weg mag declariert werden/ als in dem der ein grüben macht an dem end da ein offener oder gemeyner weg ist/ und in dem der müller treybt sein maule daryn/ den er durch sein kranckheit oder künstlösigkeit/ oder die ungestymmigkeit des mauls oder pferdts nit gehalten möchte“.<sup>156</sup> Auch dieses Exempel hat der Klagspiegler vermutlich dem Kapitel „*De lege aquilia*“ der Summa des Azo entnommen,<sup>157</sup> obgleich freilich das Bildnis bereits in den *Digesten* auftaucht: „*Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obriverint, volgo dicitur culpaе nomine teneri. Idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpaе adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. Idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit*“.<sup>158</sup> Daß der Klagspiegler anstelle von „*mulio*“ (=Maultiertreiber) von einem Müller (eigentlich „*molitor*“) schreibt, dürfte auf einem Übersetzungsfehler beruhen, der mit der Nähe des Wortstammes von „*molae*“ (=Mühle) und der Unbekanntheit von Maultiertreibern nördlich der Alpen leicht zu erklären ist.

<sup>155</sup> Titel 32 (AT), Bl. CXXXVI.

<sup>156</sup> Titel 157 (ET), Bl. C.

<sup>157</sup> Azo, Summa Codicis, „*De lege aquilia*“ (liber tertius, S. 88). Auch dort ist vom „*mulio*“ (Maultiertreiber) die Rede.

<sup>158</sup> D 9.2.8.

## H. Schluß

Wie sich gezeigt hat, geht der Klagspiegel für ein Rechtsbuch aus der Zeit um 1436 vielfach erstaunlich ausführlich auf die unterschiedlichsten Probleme des Medizinrechts ein. Schwerpunkte sind hierbei insbesondere die zivil- und strafrechtliche Haftung des (Wund-) Arztes, die Tätigkeit des Wundarztes als Sachverständiger vor Gericht und der Arztlohn als Teil eines Schadensersatzanspruchs. Aber auch mit Gesundheits- und Hygienefragen und der Sonderstellung von Kranken und Schwachen beschäftigt sich das Rechtsbuch.

Anders als in anderen Themenbereichen ergeben sich bei den medizinrechtlichen Fragen im Klagspiegel keine eindeutigen Bezüge zur Alltagswelt des Verfassers Conrad Heyden, dessen Umfeld in medizinischer Hinsicht kaum hinreichend fortgeschritten war, um entsprechend ausgefeilte Problemstellungen hervorzubringen. Immerhin wohnte in Heydens unmittelbarer Nachbarschaft ein Augenarzt, was zu dieser Zeit in Deutschland noch äußerst ungewöhnlich war.<sup>159</sup> Die Stadt verfügte ferner über mehrere Bader und Barbieri, die zugleich als Wundärzte tätig waren;<sup>160</sup> Fälle einer Arzthaftung sind aber nicht überliefert. Eine fachkundige Oberaufsicht über die Wundärzte fehlte noch, denn einen Stadtarzt hatte die Reichsstadt, wie wohl die meisten mittelgroßen Städte, zu dieser Zeit nicht.<sup>161</sup> Immerhin sorgte die Stadt während Conrad Heydens Ägide als Stadtschreiber dafür, daß regelmäßig fachkundige Ärzte von auswärts in die Stadt kamen.<sup>162</sup> Sie wurden aus dem Steuersäckel bezahlt, übernahmen also wohl typische Aufgaben eines Stadtarztes, wozu etwa auch die Beratung der Stadtregierung in Seuchen- und Hygienefragen gehörte. Vermutlich führten die auswärtigen Ärzte ferner Behandlungen durch, welche sich die örtlichen Wundärzte nicht zutrauten. Ob sie auch als Gutachter vor Gericht tätig waren, auf dessen Entscheidungen Conrad Heyden als Gerichtsschreiber maßgeblichen Einfluß hatte, muß angesichts der schmalen Quellenlage Spekulation bleiben.

Die rechtlichen Inhalte seines Buchs entnahm Heyden allein dem römisch-italienischen Recht. Die große Mehrzahl aller in den *Digesten* angeführten Stellen, welche die Rolle des Arztes im Hinblick auf Zivil- oder Strafrecht betreffen, finden sich im Klagspiegel verarbeitet. Aber nicht nur das *Corpus iuris*, sondern vor

<sup>159</sup> Vgl. die Beettlisten im Stadtarchiv, StAH 4/1779 (1400) bis 4/1791 (1422); ausführlich bei Deutsch, Klagspiegel, S. 217 f.

<sup>160</sup> Werner Münkle, Das Medizinalwesen der Reichsstadt Hall vom ausgehenden Mittelalter bis zum Ende der reichsstädtischen Zeit, eine Auswertung der Bader-, Barbier- und Medizinalordnungen, Ulm 1992, S. 9 ff.; Kuno Ulshöfer, Schwäbisch Haller Bader und Bäder im ausgehenden Mittelalter, in: Der Haalquell 20 (1968), S. 22-27, hier S. 22 f.

<sup>161</sup> Der erste (studierte) Stadtarzt wurde in Schwäbisch Hall 1486 eingestellt. Eine Liste früher Stadtarzterwähnungen in Deutschland findet sich etwa bei Georg Ludwig Kriegk, Deutsches Bürgerthum im Mittelalter, Frankfurt/M. 1868, S. 557 f.; s. auch bei Georg Ludwig von Maurer, Geschichte der Städteverfassung in Deutschland, 3. Bd., Erlangen 1870, S. 116 ff.; nicht jeder besoldete Arzt ist freilich sogleich als Stadtarzt zu bezeichnen.

<sup>162</sup> Vgl. die Einträge in den städtischen Steuerrechnungen StAH 4a, Nr. 1a ff.

allem einige zentrale Schriften der Glossatorenzeit wurden als Quelle für den Klagspiegel herangezogen; im Bereich des Medizinrechts waren vor allem die Werke von Azo, Roffredus, Gandinus und Durantis von Bedeutung. Die Darstellung der dort diskutierten Rechtsfragen in einem deutschen Rechtsbuch und in deutscher Sprache war in zahlreichen Punkten völlig neu und dürfte erheblichen Einfluß auf die Rezeption – beispielsweise des (ärztlichen) Sachverständigenbeweises – gehabt haben. Die Rezeption voranzubringen war auch das ausgesprochene Ziel Conrad Heydens bei der Abfassung des Klagspiegels. Es sei nämlich nicht zu übersehen, „wie so gar thörlich [...] geurteylt würt/ so die rauchen[den]/ die truncknen/ die ungele[h]rten leyen urteyln/ unnd duncken etlich me[h]r nach gunst dann nach vernunfft/ und wöllen wissen warumb einer clage/ oder sich bewereuß seiner angesicht/ oder auß alten vergangen thaten/ das doch in i[h]m selbs heimlich ist/ wann nyemandt weißt des menschen synn [...] dann allein Gott. Auff sollich ist gesetzt, das[s] der richter urteyln sol/ nach clag und antwurt und beweysung/ und nit auß versehen oder arckwon. Du verste[h]est auch wo[h]l/ d[a]z die rechten weysen [recht]sprechen, wie in den rechtbüchern geschriben steet/ darumb die [römischen] Keyser groß arbeit und fleyß gethon haben biß sie die recht gesetzt haben.“<sup>163</sup> Der Klagspiegler will somit durch Vermittlung der kaiserlichen Rechte (gemeint ist das *Corpus iuris*) gegen „die kunstlosigkeit der richter (der viel in Teütschen landen seind)“<sup>164</sup> ankämpfen. Die Gerichte sollten daher „nach der geschriff unnd radt der gele[h]rten, die die recht wissen“,<sup>165</sup> urteilen, aber auch „in liebe der gerechtigkeit“.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> Titel 134 (ET), Bl. XC.

<sup>164</sup> Titel 16 (AT), Bl. CXXX B.

<sup>165</sup> Titel 12 (AT), Bl. CXIX B.

<sup>166</sup> Titel 20 (AT), Bl. CXXVII B.

# Rechtsgutachten in Prozessen vor dem Hofgericht des Königs im 14. Jahrhundert<sup>1</sup>

Bernhard Diestelkamp

## A. Problemlage

Vor dem König als Richter oder seinem Hofrichter wurde bis zum Ende des 14. Jahrhunderts nach den deutschrechtlichen Verfahrensregeln prozessiert<sup>2</sup>. Nach diesen Regeln hatte der Richter nach feststehendem Ritus das Verfahren nur zu leiten, während das Urteil vom Umstand gemäß der Rechtserfahrung der Dinggenossen gefunden wurde. In diesem System war naturgemäß kein Raum für die Anwendung des Gelehrten Rechts, da die Urteilsfinder Laien waren, die dieses weder kannten noch damit umzugehen verstanden. Deshalb verdient es besondere Aufmerksamkeit, wenn Parteien trotzdem versuchten, durch Gutachten rechtsgelehrte Argumente auch in den Rechtsdiskurs am Königshof einzuführen. Dies geschah im 14. Jahrhundert in zwei Verfahren. Beide Fälle sollen daher näher analysiert werden, um festzustellen, worauf diese Ausnahmen beruhten.

## B. Die Fälle

### I. Mühlhausen in Thüringen

Im Jahre 1357 kam es zu Auseinandersetzungen zwischen der Ballei Thüringen des Deutschen Ordens auf der einen und Ratsmeister, Rat und Bürgerschaft der Stadt Mühlhausen auf der anderen Seite. Der Landkomtur hatte bei Kaiser Karl IV. namens seines Ordens sowie der Pfarreien in der Alten und der Neuen Stadt zu Mühlhausen, die dem Orden inkorporiert waren, wegen widerrechtlicher Verletzung etlicher Artikel ihrer Pfarr-Rechte, geistlichen Freiheiten, Rechte und löblichen Gewohnheiten durch die Stadt geklagt<sup>3</sup>. Da der Kaiser keine Zeit hatte,

---

<sup>1</sup> Ich widme diesen Beitrag Adolf Laufs in Erinnerung an die Anfang der siebziger Jahre gemeinsam begründete Arbeit an der Erschließung von Quellen zur Höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, bei der ich den Part der Urkundenregesten des Königsgerichts übernommen hatte, aus denen ich nun diesen Beitrag erarbeiten konnte.

<sup>2</sup> Jürgen Weitzel, Dinggenossenschaft und Recht, in: Bernhard Diestelkamp, Ulrich Eisenhardt, Gunter Gudian, Adolf Laufs, Wolfgang Sellert (Hrsg.), Untersuchungen zum Rechtsverständnis im fränkisch-deutschen Mittelalter. Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Bd. 15/I+II, Köln-Wien 1985.

<sup>3</sup> Friedrich Battenberg, Die Zeit Karls IV. (1355 April - 1359), in: Bernhard Diestelkamp (Hrsg.), Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts bis

sich des Falles anzunehmen, übertrug er ihn am 27. Oktober 1357 seinem Kanzler, Bischof Johann von Leitomischl<sup>4</sup>. Doch weigerte sich der klagende Landkomtur aus nicht genannten Gründen, vor diesem sein Zeugnis ablegen zu müssen, weshalb der Kaiser am selben Tag seinen Geheimschreiber Rudolf, Propst von Wetzlar, beauftragte, über alle Beweisaufnahmen und Verhandlungen ein Protokoll aufzunehmen und dem Kaiser zu berichten<sup>5</sup>. Bischof Johann führte auftragsgemäß eine Beweisaufnahme durch und entschied nach Anhörung beider Parteien „mit wisem rat guter pfaffen und gelerter lute in den rechten“, daß die Stadt nach „beschribens rechtes und ouch loblicher gewonheite wegen, die redlich und mit ganzem lauffe der zite herkomen sint“, etliche Artikel über die Abhaltung von Messen durch die Pfarrer, den Umgang der Bürger mit Gebannten und das Verbot städtische Statuten zur Beschränkung gottesdienstlicher Handlungen zu erlassen, einhalten solle<sup>6</sup>. Bischof Johann war gewiß wie damals fast alle Bischöfe ein studierter Jurist und hatte zusätzlich Rechtsgelehrte zum Verfahren zugezogen. Damit unterschied sich das Verfahren vor diesem vom Kaiser delegierten Richter grundlegend von einem Prozeß am Hofgericht des Herrschers.

Das zeigt auch der, wie sich herausstellen wird, nicht nur vorsorglich wegen der von der Stadt geltend gemachten *exceptio fori* von Bischof Johann erörterte Vorbehalt, daß der Kaiser sich nicht anmaße, über Angelegenheiten Recht zu sprechen, die vor ein geistliches Gericht gehörten<sup>7</sup>. Doch sei er als Vogt der Kirche verpflichtet, dafür zu sorgen, daß Geistliche nicht von seinen Untertanen in ihren Rechten beeinträchtigt würden. Dies waren typisch rechtsgelehrte Überlegungen, durch die die Grenzen des Vorrangs der geistlichen Gerichtsbarkeit vor jedem weltlichen Gericht so weit gezogen wurden, daß der Kaiser trotzdem in diesem Fall tätig werden durfte, obwohl es um Rechte eines Ordens und die Verletzung von Pfarr-Rechten ging. Bischof Johann hatte nämlich den Aussagen des Mühlhäuser Rates entnommen, daß der Stadtrat die angeführten Artikel verletzte hinsichtlich der Seelgeräte und des Verbots der Gemeinschaft mit den Deutschordensbrüder. Daher gebot der kaiserliche *judex delegatus* der Stadt bei Verlust kaiserlicher Huld, die angeführten Artikel einzuhalten und eventuelle Übertretungen an einem Sonn- oder Feiertag in beiden Kirchen zu widerrufen. Unabhängig davon bleibe es sowohl dem Landkomtur als auch dem Kaiser vorbehalten, von der Stadt wegen der Beeinträchtigung der Pfarr-Rechte Strafen und Schadensersatz einzufordern. Ebenso sei über die Kosten der Kläger separat zu entscheiden.

Am selben Tag besuchte der Landkomtur den Hofkanzler in dessen Haus zu Prag *cum debita solemnitate* und stattete ihm dabei seinen Dank ab, worüber er ein

---

1451 (URHG), Bd. 7, Mainz 1994, Nr. 296, 1357 Oktober 10. Das ergibt sich daraus, daß an diesem Tag die Stadt ihre Vollmachtsurkunde für diesen Prozeß notariell beurkunden ließ.

<sup>4</sup> URHG Bd. 7, Nr. 300, 1357 Oktober 27.

<sup>5</sup> URHG Bd. 7, Nr. 301, 1357 Oktober 27.

<sup>6</sup> URHG Bd. 7, Nr. 325, 1358 Januar 27, Prag.

<sup>7</sup> Bernhard Diestelkamp, Das privilegium fori des Klerus im Gericht des Deutschen Königs während des 13. Jahrhunderts, in: Festschrift für Hans Thieme zum 80. Geburtstag, Sigmaringen 1986, S. 109 ff.

Notariatsinstrument aufnehmen ließ<sup>8</sup>. In dieser Urkunde wurde auch vermerkt, daß der Prokurator der Stadt dem Dank des Klägers mit lauter Stimme und in deutscher Sprache zugefügt habe: „uns gringit auch wol“. Die Anwesenheit des Beklagtenanwalts weist darauf hin, daß dieser Besuch des Komturs kaum ein bloßer Akt der Höflichkeit war, sondern in irgendeiner Weise zum Verfahrensablauf gehörte.

Wohl in Reaktion auf diese Entscheidung Bischof Johann von Leitomischl holte die Stadt Mühlhausen von Doktoren und Licenciaten beider Rechte ein Gutachten ein, in dem darauf eingegangen wurde, daß die Bürger gegen die Klage des Deutschen Ordens vor dem Kaiser die *exceptio fori* geltend gemacht hätten, weil die Sache vor ein geistliches Gericht gehöre<sup>9</sup>. Bischof Johann hatte dieses Problem also keineswegs ohne konkreten Anlaß in seiner Entscheidung angesprochen, auch wenn dort die Erhebung der Einrede nicht ausdrücklich genannt wurde. Der Kaiser habe gleichwohl seinen Hofkanzler als *judicem delegatum* eingesetzt, der trotz der Geltendmachung dieser Einrede ein Urteil gegen die Stadt Mühlhausen gefällt und nur die Entscheidung über Schäden, Kosten und Ausgaben dem Kaiser vorbehalten habe. Die Bürger hätten durchaus die Absicht gehabt, dem Spruch des Richters gehorsam zu sein, und deshalb alles veranlaßt, damit es öffentlich in der Kirche verlesen und durch ihren Stadtschreiber verkündet würde. Erst nachdem sie dann erfahren hätten, wie sie durch das Urteil ungerechterweise beschwert würden, wollten sie ihre Zustimmung zurücknehmen, indem sie dagegen klagten. Die Rechtsgelehrten erklärten, daß das so gefällte Urteil *ipso jure non valere seu nullam esse*. Daher brauchten die Bürger es nicht zu beachten. Der Spruch sei wegen seiner Nichtigkeit nicht einmal appellationsfähig. Abschließend stellten die Juristen aber auch fest, daß die Bürger von Mühlhausen unter keinerlei Bezeichnung die inkriminierten Vorschriften oder Statuten errichten dürften, weil diese Normen geistlichen und kirchlichen Freiheiten widersprächen. Damit hatte die Stadt Mühlhausen zwar handfeste Gründe gegen die Behandlung des Falles vor einem kaiserlichen *judex delegatus* und dessen Urteil an die Hand bekommen, mußte sich aber ebenso klar sagen lassen, daß sie in der Sache nicht im Recht sei.

Diese vernichtende Beurteilung der Wirksamkeit des Spruchs vom 27. Januar 1358 durch die städtischen Gutachter hinderte allerdings nicht den Fortgang des Verfahrens am Kaiserhof. Die Entscheidung über die von Bischof Johann offengelassenen Fragen traf im Auftrag Karls IV. Bischof Dietrich von Minden, ein Rat des Herrschers, am 7. Mai 1358 auf der Burg zu Prag<sup>10</sup>. In diesem Verfahren beantragte der Landkomtur Friedrich von Treffurt zunächst, das kraft kaiserlicher Legitimation von Bischof Johann gefällte Urteil vom 27. Januar 1358 kraft kaiserlicher Gewalt zu verkünden und gegen die Stadt zu vollstrecken. Seine Prozeßkosten schätzte er zunächst auf 200 Mark Silbers. Zudem verlangte er, daß die Stadt Mühlhausen wegen Verletzung der Privilegien des Deutschen Ordens<sup>11</sup> in die für

<sup>8</sup> URHG Bd. 7, Nr. 326, 1358 Januar 27.

<sup>9</sup> URHG Bd. 7, Nr. 327, (1358 nach Januar 27).

<sup>10</sup> URHG Bd. 7, Nr. 350.

<sup>11</sup> Privileg Karls IV. für den Deutschen Orden in Mühlhausen von 1348 Januar 18 (Regesta Imperii Bd. VIII, Nr. 562) betreffend Leitung der Schulen in der Stadt und allge-



deren Verletzung angedrohte Poen von 200 Pfund Goldes verurteilt werde. Diesem Antrag entsprach Bischof Dietrich. Nur die Prozeßkosten minderte er in diesem Urteil auf die Hälfte, also auf 100 Mark Silbers, nachdem der Landkomtur nur diese Höhe auf seinen Eid genommen hatte.

Zehn Tage später bestätigte Kaiser Karl IV. die Entscheidung seines Kanzlers Bischof Johann vom 27. Januar 1358<sup>12</sup> mit dem Gebot an die Stadt Mühlhausen und ihre Amtsträger, alle erlassenen Bestimmungen auszuführen und einzuhalten bei einer Poen von 1000 Pfund Goldes. Die enorme Höhe der angedrohten Ungehorsamspoen weist darauf hin, daß dieser kaiserlichen Entscheidung eine große Bedeutung beigemessen wurde, was zusätzlich auch daraus erhellt, daß sie am selben Tag noch einmal in lateinischer Fassung beurkundet wurde<sup>13</sup>. Nach nur einigen weiteren Wochen folgte am 5. Juni 1358 die Bestätigung der Entscheidung Bischof Dietrichs von Minden vom 7. Mai am 5. Juni 1358 durch den Kaiser<sup>14</sup>.

Allerdings vermochte auch diese doppelte Verstärkung durch kaiserliche Bestätigungen der von seinen delegierten Richtern erlassenen Entscheidungen den Streit nicht zu beenden. Nunmehr setzte die Stadt Mühlhausen das, was sie im Verfahren am Kaiserhof nur einredeweise geltendgemacht hatte, nämlich die Konkurrenz zur geistlichen Gerichtsbarkeit, als aktive Gegenwaffe ein, indem sie die Deutschordensbrüder zu Mühlhausen sowie die Rektoren bzw. Pfarrer der dortigen Pfarrkirchen vor Erzbischof Gerlach von Mainz als dem zuständigen *judex ordinarius* verklagte<sup>15</sup>. Dieser beauftragte Johannes, Scholaster des Stifts St. Johann zu Mainz, als Kommissar mit der Entscheidung. Die Stadt klagte auf Aufhebung des Interdikts, das die Ordensbrüder und die Pfarrer über die Stadt verhängt hatten, eine zweifellos und unbestreitbar vor ein geistliches Gericht gehörige Sache. In diesem Zusammenhang protestierte sie aber auch gegen die Urteile der kaiserlichen delegierten Richter, die sie nur dann anerkennen werde, wenn nachgewiesen werde, daß sie von einem zuständigen Richter erlassen worden sei *servato iuris ordine aliquam rite et legitime promulgatam*. Damit machte sie im Sinne des von ihr erbetenen Gutachtens geltend, daß das Urteil durch die Nichtberücksichtigung der *exceptio fori* null und nichtig sei. Demgegenüber hielten die Beklagten entgegen, daß die Stadt die Aufhebung des Interdikts durch Erzbischof Gerlach nur durch Verschweigen der wahren Tatsachen erlangt habe, weil dieser das Aufhebungsmandat niemals erlassen haben würde, wenn man ihm von den Übergriffen gegen die Pfarrer des Deutschen Ordens berichtet gehabt hätte, die die Ursache des Interdikts gewesen seien. Eingedenk des harschen Urteils ihrer eigenen Gutachter über die Unrechtmäßigkeit ihres Vorgehens ließ die Stadt ihren Prokurator dazu nur vorbringen, daß in dem Prozeß überhaupt erst einmal erwiesen werden müsse, ob der Rat die inkriminierten Satzungen wirklich erlassen habe und die

---

meine Bestätigung der Ordensrechte in Mühlhausen von 1352 Dezember 5 (Regesta Imperii Bd. VIII Nr. 1535).

<sup>12</sup> URHG Bd. 7, Nr. 351, 1358 Mai 17, Bettlern.

<sup>13</sup> URHG Bd. 7, Nr. 352, 1358 Mai 17, Bettlern.

<sup>14</sup> URHG Bd. 7, Nr. 357, 1358 Juni 5, Melnik.

<sup>15</sup> URHG Bd. 7, Nr. 362, (1358 Juli 3 - September 15). Zum Verlauf dieses Verfahrens und zur Datierung der Urkunde: Dort Fußnote 1 und Anmerkung.

Stadt deshalb zu Recht dem Bann anheimgefallen sei. Die städtische Obrigkeit bestritt also nicht das Vorhandensein der von den Beklagten in Anspruch genommenen Rechtstitel, was in Anbetracht der gewiß auch dem Rat bekannten Urkundenlage leichtfertig, weil schnell widerlegbar gewesen wäre, sondern leugnete deren Verletzung. Damit lag bei den Geistlichen die Beweislast für den Ausgang dieses Prozesses.

Unabhängig von diesem Prozeß vor der geistlichen Gerichtsbarkeit wegen des Interdikts betrieb der Landkomtur weiter die Durchsetzung der von ihm am Kaiserhof erwirkten Urteile. Am 4. Juli 1358 ließ er in Erfurt das Urteil Bischof Dietrichs von Minden nebst dessen Bestätigung durch den Kaiser<sup>16</sup> sowie das Urteil Bischof Johanns von Leitomischl und dessen Bestätigung<sup>17</sup> noch einmal notariell beurkunden. Derselbe Notar nahm am 21. Juli 1358 in Mühlhausen ein Notariatsinstrument darüber auf, daß der Prokurator des Deutschen Ordens dem Pleban der Mühlhäuser Pfarrkirche St. Blasien drei Pergamenturkunden<sup>18</sup> übergeben habe mit der Aufforderung, diese den Bürgermeistern und Ratsherren auf dem Rathaus zu verlesen, sie zuzustellen und zu verkünden<sup>19</sup>. Damit waren die letzten Schritte getan, um die am Hof erwirkten Urteile exekutieren zu können. Dies war für die Stadt trotz ihres Rechtsstandpunktes, daß die Urteile nichtig seien, eine bedrohliche Situation, auf die sie aktiv reagieren mußte. Um eine Exekution abzuwenden, wandte sie sich an den Kaiser mit der Behauptung, sie habe den kaiserlichen Urteilen gehorcht. Dieser beauftragte seinen Kanzleischreiber Konrad von Geisenheim damit, sowohl die Parteien zu verhören als auch die im Verfahren vor Bischof Dietrich von Minden beigebrachten Urkunden zu verlesen<sup>20</sup>.

Am 5. Dezember 1358 kam es in (Langen-) Salza vor Konrad zu einer Verhandlung darüber, ob die Stadt den Urteilen entsprochen habe. Er ließ von jeder Partei sechs Schiedsleute wählen. Als der Landkomtur vor diesem Gremium die Vertreter der Stadt fragte, ob die Bürger den Urteilen gehorcht hätten, antworteten diese bündig, dies sei geschehen oder die Stadt würde es noch tun. Obwohl die Rechtsgelehrten in ihrem Gutachten der Stadt gesagt hatten, daß die Urteile nichtig seien und deshalb nicht befolgt werden müßten, verzichteten die Prozeßvertreter der Stadt Mühlhausen also darauf, dies geltend zu machen. Das mochte ihnen deshalb geraten erscheinen, weil im eigentlichen Prozeß die von ihnen geltend gemachte *exceptio fori*, auf der diese Rechtsansicht basierte, unberücksichtigt geblieben war, so daß sie kaum Hoffnung haben konnten, dies werde im Vollstreckungsverfahren anders sein. Zudem wußten sie ebenfalls aus dem Gutachten, wie schwach ihre Position in der Sache rechtlich war. Da mochte es ihnen günsti-

<sup>16</sup> URHG Bd. 7, Nr. 363, 364, 1358 Juli 4, Erfurt.

<sup>17</sup> URHG Bd. 7, Nr. 365, 1358 Juli 4, Erfurt.

<sup>18</sup> Inseriert nur die Eingangsworte des Protokolls und Eschatokolls der Urkunden Kaiser Karls IV. von 1358 Mai 17 (Nr. 351), Bischof Dietrichs von Minden von 1358 Mai 7 (Nr. 350) und Kaiser Karls IV. von 1358 Juni 3 (Nr. 357) nebst Beschreibung der Besiegelungen.

<sup>19</sup> URHG Bd. 7, Nr. 366, 1358 Juli 21, Mühlhausen.

<sup>20</sup> Die Angaben zu diesem neuen Verfahrensabschnitt entstammen einer Urkunde Markgraf Friedrichs von Meissen: URHG Bd. 7, Nr. 417 (1359 Januar/Februar?)

ger erscheinen, nicht gegen die Rechtstitel anzugehen, sondern sich auf das Tatsächliche zurückzuziehen. Mit diesem Einwand wären die Urteile als vollstreckbare Titel gegenstandslos. Der Kläger war durch diese Wendung der Dinge offenbar überrascht und bat um Vorlage von Beweisen für die Urteilerfüllung, die die städtischen Prozeßvertreter jedoch nicht vorlegen konnten. Im Gegenzug beantragten die Mühlhäuser Gesandten, daß je zwei Schiedsleute von beiden Seiten gegebenenfalls unter Zuziehung eines Obmanns darüber entscheiden sollten, ob die Stadt die in der Entscheidung festgesetzte Poen von 200 Pfund Goldes und die Kosten von 100 Mark Silbers verwirkt habe. Damit würde indirekt über die Urteilerfüllung entschieden. Dem widersprach der Deutschordenskomtur mit dem Argument, daß niemand über ein kaiserliches Urteil Recht sprechen dürfe. Nur wenn die Stadt ausdrücklich die Erfüllung der Urteile zusichere, wolle er sich einem Schiedsverfahren über die Verwirkung der Poen und der Kosten unterwerfen. Nachdem damit der Verfahrensschachzug der Stadt gescheitert war, mußten die städtischen Vertreter kleinlaut zugestehen, daß ihre Vollmacht nicht ausreiche, verbindlich zu versichern, ob die Stadt die Urteile eingehalten habe oder nicht. Sie baten deshalb um Vertagung auf den nächsten Tag, damit sie in der Nacht nach Mühlhausen reiten könnten, um am nächsten Tag mit ausreichender Vollmacht wiederkommen zu können. Dem stimmte der Kläger zu, obwohl er der Ansicht war, daß die Mühlhäuser mit ausreichender Vollmacht schon zum 5. Dezember hätten erscheinen können und sollen. Deshalb stellte er fest, daß er dem Tag vor Meister Konrad schon jetzt Genüge getan habe.

Am 6. Dezember wartete man bis zur Mittagszeit vergebens auf die Rückkehr der Mühlhäuser Bevollmächtigten. Auf die Bitte Meister Konrads blieb der Komtur bis nach dem Essen unter der Bedingung, daß Konrad ihm bestätige, daß er dem angesetzten Tag schon jetzt Genüge getan habe. Als die Mühlhäuser schließlich zur Vesperzeit ankamen, zeigten sie keinerlei Reue über die Verspätung sondern versuchten, den Spieß umzudrehen, indem sie fragten, ob der Landkomtur mit seinen Ordensbrüdern und Pfarrern gekommen sei, um dem Urteil des Kaisers gehorsam zu sein. Welche prozessuale Finte hinter dieser Frage steckte, wird nicht deutlich. Der Kläger bezeichnete sie mit Recht als seltsam und erklärte, schließlich habe er große Mühe und Kosten aufgewandt, um die Urteile zu erlangen. Deshalb werde er ihnen auch gehorsam sein. Die Mühlhäuser bejahten zwar die Frage, ob sie denn nun hinreichend bevollmächtigt seien, konnten aber keine entsprechend formulierte Vollmachtsurkunde vorweisen. Stattdessen boten sie Bürgen für den Vollzug der Urteile an. Erneut kamen sie auf ihren Antrag auf Einsetzung eines Schiedsgerichts mit dem Propst von Orla als Obmann zurück. Wie am Vortag erklärte der Landkomtur nur dann sein Einverständnis mit diesem Verfahren, wenn die städtischen Vertreter vorher die Einhaltung der Urteils zugesichert hätten, womit das Verfahren dort wieder angekommen war, wo es am Abend des Vortages beendet worden war, damit die Mühlhäuser sich ausreichende Vollmacht beschaffen könnten. Wenn die Mühlhäuser in die Stadt ritten und dort die Urteile vollzögen, sollten zwei seiner Freunde und Meister Konrad mitkommen, lautete der klägerische Gegenvorschlag. Wenn dann nachgewiesen werde, daß die Stadtobrigkeit die Pfarreien entsprechend den Urteilen bei ihren Rechten und Gewohnheiten belasse, sollten seine Freunde nicht eher die Stadt verlassen, bis sie

für die Entscheidung über die 200 Pfund Goldes und die 100 Mark Silbers sowie über weitere gegenseitige Forderungen zusammen mit den Mühlhäusern vier Schiedsleute und einen Obmann gekürt hätten. Offenbar weil die Kläger damit auch verfahrensmäßig auf der ganzen Linie gesiegt hätten, lehnten die städtischen Vertreter dies ab. Darauf ließ der Komtur sich von seinen Freunden sowie den vom Markgrafen von Meissen entsandten zwei Adligen bestätigen, daß er sich ausreichend zu Recht erboten habe, worüber ein Notariatsinstrument aufgenommen wurde, das er auch dem Markgrafen zukommen ließ. Eine fast gleichlautende Urkunde stellten auch Graf Heinrich von Gleichen, Abt Heinrich von Volkenroda sowie Johannes, Stiftsherr zu Eisenach und Pfarrer zu Ifta, der Landvogt des Markgrafen in Thüringen, nebst genannten anderen Adligen aus<sup>21</sup>.

In diese verfahrenre Situation griff erneut – ungeachtet der *exceptio fori* – am 12. August 1359 der Kaiser ein mit der Ächtung der Stadt wegen ihres Urteilsungehorsams<sup>22</sup>. Die Acht war verbunden mit dem Verlust aller Freiheiten und Gnaden, die die Stadt von ihm und dem Reich erhalten hatte. Obwohl sich damit die Situation für die Stadt bedrohlich verschlechtert hatte, gab sie ihren inhaltenden Widerstand gegen die ihr ungünstigen Urteile noch nicht auf, so daß sich schließlich am 4. Februar 1362 der Deutschmeister namens des Landkomturs und der Pfarrer ebenso wie die Stadt zur Beilegung ihrer Streitigkeiten auf den Kaiser verwillkürten zur Entscheidung nach Recht oder Minne<sup>23</sup>. Der Kaiser zögerte nicht lange, sondern erließ am 11. Februar 1362 in Nürnberg einen Spruch, durch den die Verhältnisse der beiden Parteien zueinander auf eine neue Grundlage gestellt werden sollten<sup>24</sup>. Von den früher aufscheinenden Streitpunkten kamen nur noch einmal die Kosten und Schäden des Deutschen Ordens zur Sprache, die für erledigt erklärt wurden. In diesem Punkt hatte sich also die Hartnäckigkeit der Stadt gelohnt. Beim bis dahin nicht erwähnten Hauptstreitpunkt, dessentwegen Mühlhausen offenbar so hartnäckig reagiert hatte, nämlich dem Erwerb von Gütern in der Stadt durch den Orden und den damit eintretenden Verlust an Steuern, wurde die alte Vertragslage hergestellt und dem Orden auferlegt, privilegienwidrig erworbene Güter wieder zu veräußern<sup>25</sup> und vor allem wurde dem Deutschen Orden untersagt, neue Güter in der Stadt zu erwerben<sup>26</sup>. Daraufhin entließ der Kaiser die Stadt am 13. Februar 1362 aus der Acht. Mag das Handeln der Stadt Mühlhausen während der ersten Verfahrensphase vielfach nach Prozeßverschleppung ausgesehen haben, so scheint sie dafür doch gute Gründe gehabt zu haben, wenn man die ersten Urteile mit dem schließlichen Spruch des Kaisers vergleicht.

<sup>21</sup> URHG Bd. 7, Nr. 418, 1359 (Februar 6?).

<sup>22</sup> UHRG Bd. 7, Nr. 488, 1359 August 12.

<sup>23</sup> Ronald Neumann, Die Zeit Karls IV. (1360-1364), in: Bernhard Diestelkamp (Hrsg.), Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts bis 1451 (UHRG), Bd. 8, Köln, Weimar, Wien 1996, Nr. 279, 280.

<sup>24</sup> URHG Bd. 8, Nr. 281, 1362 Februar 11, Nürnberg.

<sup>25</sup> URHG Bd. 8, Nr. 281, Ziff. 3, 4.

<sup>26</sup> Der Vollzug wird am 12. Februar 1362 zu Nürnberg vom Kaiser beurkundet: URHG Bd. 8, Nr. 283.

Doch dies macht das Verfahren nur lokalhistorisch interessant. Rechtshistorisch geht es um die Frage, weshalb die Stadt meinen konnte, durch Einholung eines rechtsgelehrten Gutachtens in einem Verfahren im Gericht des Kaisers schlüssige Argumente bekommen zu können, obwohl dort doch nach deutschrechtlichen Verfahrensregeln verhandelt wurde. Zum einen ging es um Streitigkeiten über die Rechte von Geistlichen in der Stadt, die eigentlich vor ein geistliches Gericht gehört hätten, wo sie nach den Regeln des kanonischen Prozeßrechts entschieden worden wären. In diesem Sinne hatte die Stadt vor dem delegierten Richter des Kaisers auch die *exceptio fori* geltend gemacht. Zum anderen war der vom Kaiser bestimmte Richter ein Bischof, der in dieser Zeit mit hoher Wahrscheinlichkeit Jurist war und zum Verfahren auch Rechtsgelehrte zuzog. Daher mochte sich die Stadt also gute Aussichten ausgerechnet haben, mit rechtsgelehrten Argumenten gegen die Zuständigkeit des Hofgerichts das Verfahren zu ihren Gunsten beeinflussen zu können. Doch kümmerten sich die kaiserlichen Richter nicht um die *exceptio fori*. Vielleicht waren sie der Meinung, daß dies ein Schutzrecht für die Geistlichkeit sei, das nicht beachtet zu werden brauchte, wenn nicht die betroffenen Geistlichen sich darauf beriefen. Ausdrücklich kam der Schutzgedanke zum Ausdruck, indem der Kaiser als Vogt der Kirche vindizierte, gegen Verletzer der Rechte der Kirche vorgehen zu dürfen. In der Sache hat das Gutachten der Stadt nichts genutzt, auch wenn spürbar ist, daß die Stadt versuchte, ihr Handeln entsprechend dem erhaltenen Rat einzurichten. Das Zuständigkeitsargument war hinfällig, als die Stadt sich auf den Kaiser verwillkürte, ihn also als Schiedsrichter anerkannte.

## II. Metz

Der zweite in dem Material auftauchende Fall eines Rechtsgutachtens in einem Verfahren vor dem königlichen Hofgericht betrifft die Stadt Metz<sup>27</sup>. Fritz Hofmann aus Nürnberg, Bürger der Stadt Frankfurt am Main, hatte am 20. August 1393 Bürgermeister, Rat und Bürgergemeinde der Stadt Metz auf den 26. September vor das Hofgericht König Wenzels laden lassen<sup>28</sup>. Die Beklagten reagierten zunächst, indem sie die Frankfurter Stadtobrigkeit ersuchten, ihren Bürger Fritz Hofmann zur Rücknahme seiner Ladung zu veranlassen<sup>29</sup>.

Doch die Angeschriebenen mußten zwei Tage vor dem Hofgerichtstermin nach Metz die Vergeblichkeit ihres Bemühens melden. Doch muß der Frankfurter Rat auch weiterhin so heftig auf ihn einzuwirken versucht haben, daß Fritz Hofmann gegen Ende des Jahres 1394 sein Frankfurter Bürgerrecht auf sagte, weil er sich

---

<sup>27</sup> Ute Rödel, Die Zeit Wenzels (1393-1396), in: Bernhard Diestelkamp (Hrsg.), Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts bis 1451 (URHG), Bd. 13, Köln, Weimar, Wien 2001, Nr. 163 (1394 um November 17/19).

<sup>28</sup> URHG Bd. 13, Nr. 95, 1393 August 20, Prag. Zum weiteren Verlauf dieses Streites: Anmerkung zu Nr. 95 (S. 70 f.).

<sup>29</sup> URHG Bd. 13, Nr. 98, 1393 September 24, Frankfurt.

durch die Stadt nicht hinreichend unterstützt fühlte<sup>30</sup>. Er betrieb das Verfahren so intensiv, daß Graf Emicho von Leiningen als Vorsitzender des Hofgerichts zu Prag ihm die Güter der Meister, Schöffen, des Rats und der Bürgerschaft der Stadt Metz um 2000 Mark Goldes zusprach und ihm zur Durchsetzung des Urteils eine große Zahl von Schirmern bestellte<sup>31</sup>. Am 19. November 1394 teilte der Hofrichter König Wenzels, Markgraf Johann von Brandenburg, der Stadt Frankfurt am Main mit, daß über die Stadt Metz die Acht verhängt worden sei, und gebot Frankfurt die Durchsetzung des Achturteils<sup>32</sup>. Das Sach- wie das Achturteil hatte sich die Stadt Metz eingehandelt, weil sie sich auf den Prozeß überhaupt nicht eingelassen hatte. Nicht einmal eine Entschuldigung ihres Ausbleibens war dieser alten Reichsstadt die Ladung vor das Hofgericht König Wenzels wert gewesen<sup>33</sup>. Zu dieser Haltung war sie durch ein Rechtsgutachten veranlaßt worden. Nachträglich – nicht in Unterwerfung unter das Urteil, wie es ausdrücklich heißt – sondern lediglich als Einwendung hat sie mit dem Gutachten vorgebracht, daß die Ladungen sowie die Urteile null und nichtig sowie unwirksam seien, so daß die Stadt ihnen ohne Schaden ungehorsam sein durfte. Dafür berief sich die Stadt auf ihre Freiheiten und althergebrachten Immunitäten, nach denen der Römische König vor der Kaiserkrönung weder eigene noch delegierte Gerichtsbarkeit über Bürger und Einwohner der Stadt Metz ausüben dürfe. Diese müßten ihn vor der Kaiserkrönung auch nicht als ihren Herrn anerkennen oder ihm irgendwie gehorchen. Und selbst als Kaiser dürfe er über sie nur persönlich innerhalb der Mauern ihrer Stadt Gericht halten, und zwar nur in einigen, klar umrissenen Fällen. Es ist hier nicht nachzuprüfen, ob die Stadt Metz wirklich solche in dieser weitreichenden Form absolut ungewöhnlichen Privilegien besaß. Nach den Regeln des Hofgerichts wäre auch durch sie das Verhalten der Stadt auf keinen Fall zu rechtfertigen, die unter Berufung auf die so nur im Gelehrten Prozeßrecht bekannte Nichtigkeit der Ladungen nicht einmal einen Prokurator an den Hof geschickt hatte. Wenn einmal ein privilegierter Reichsstand entgegen seinen Gerichtsstandsprivilegien vor das Hofgericht geladen wurde, dann hatte er sich zunächst dem Verfahren zu stellen und beim Termin unter Vorlage seiner Privilegien die Verweisung an sein Gericht zu beantragen. Solche Fälle kamen häufiger vor, weil man am Hof nicht wußte, ob eine Ladung an einen privilegierten Reichsstand erging. Die Berufung auf eine Nichtigkeit *ipso jure*, die von jeder Reaktion entbinde, war nur aus dem Gelehrten Prozeßrecht abzuleiten, das jedoch am Hofgericht nicht angewendet wurde.

Welchem Zweck das Gutachten hatte dienen sollen, ist nicht erkennbar. Ob die Stadtväter von Metz es für die interne Entscheidungsfindung nutzen wollten oder ob sie es als Rechtfertigungsschrift beim König gedacht hatten, ließe sich nur dann einigermaßen zuverlässig sagen, wenn der Text datiert wäre. Das ist aber nicht der Fall. Auch aus der Überlieferung lassen sich keine Schlüsse ziehen. Das Gutachten ist nur als *minute* überliefert ohne Aussteller oder Adressat. Auch die Pro-

<sup>30</sup> URHG Bd. 13, Nr. 160, vor 1394 November 17/19.

<sup>31</sup> URHG Bd. 13, Nr. 161, 1394 November 17, Prag.

<sup>32</sup> URHG Bd. 13, Nr. 162, 1394 November 19, Prag.

<sup>33</sup> URHG Bd. 13, Nr. 163, 1394 um November 17/19.

venienz läßt sich nicht als Indiz für die eine oder andere Lösung verwerten, weil die *minute* in der Akte eines Advokaten enthalten ist. Die Radikalität der in diesem Gutachten vertretenen Positionen könnte ebenso wie die daraus abgeleitete Haltung der Stadt Metz gegenüber der Hofgerichtsladung zu dem Schluß verleiten, daß Metz hätte versuchen wollen, sich der Jurisdiktion des deutschen Königs zu entziehen. Dem widerspricht jedoch der Umstand, daß Metz in der ersten Hälfte des 15. Jahrhunderts in den Prozessen, die Reinhard Fuchs am Königshof gegen sie anstrebte, eine solche Position keineswegs einnahm<sup>34</sup>. In dieser Verfahrenskette verhielt sich die Stadt vielmehr so, wie es in solchen Fällen üblich war. Sie berief sich im Termin auf ihre Gerichtsstandsprivilegien, woraufhin der Prozeß offenbar an das Stadtgericht verwiesen wurde<sup>35</sup>. Als die Streitigkeiten jedoch später wieder aufflammten und mehrfach am Hof Sigismunds und Friedrichs III. wieder anhängig waren, spielte die Unzuständigkeit des Hofgerichts – gar mit der Verschärfung, daß dieses gegen die Stadt Metz nur innerhalb der Mauern der Stadt verhandeln dürfe – keine Rolle<sup>36</sup>. Vielmehr ließ sich Metz auf diese Verfahren ein, wie es sich für eine Reichsstadt gehörte. Daraus ergibt sich, daß die in dem Rechtsgutachten vertretenen Positionen keineswegs als Momente einer grundsätzlichen Haltung gewertet werden dürfen. Sie waren offenbar zeitgebundene Argumente gegenüber dem Hofgericht eines schwachen und abwesenden Königs, dessen Aufenthalt im Königreich Böhmen im Text mehrfach betont wurde.

### C. Folgerungen

Die beiden Rechtsgutachten, die im Zusammenhang mit Prozessen am Hofgericht des deutschen Königs im 14. Jahrhundert angefordert wurden, bestätigen als Ausnahmen die Regel, daß diese Form rechtsgelehrter Argumentation im Hofgerichtsprozeß fehl am Platze war. Im Falle Mühlhausen dürfte die Konkurrenz zur geistlichen Gerichtsbarkeit und die Delegation des Verfahrens an den Bischof von Leitomischl, der offenbar den Prozeß nicht nach den deutschrechtlichen Verfahrensregeln durchführte, den Ansatz für den Einsatz dieses Mittels durch die Stadt geboten haben. In der Sache hatten die Mühlhäuser mit den Argumenten des Gutachtens allerdings keinen Erfolg, weil der Hofgerichtsprozeß trotz Geltend-

---

<sup>34</sup> Dieser Prozeß ist vorbildlich analysiert worden von Friedrich Battenberg, Ein Folgeprozeß zum Zunftaufstand in der Reichsstadt Metz von 1403. Ein Beitrag zur Stellung und Funktion der obersten Reichsgerichte im 15. Jahrhundert, in: Bernhard Diestelkamp, Ulrich Eisenhardt, Gunter Gudian, Adolf Laufs, Wolfgang Sellert (Hrsg.), Beiträge zur Höchsten Gerichtsbarkeit im Reich im 15. Jahrhundert. Quellen und Forschungen zur Höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Bd. 11, Köln, Wien 1981, S. 82 ff.

<sup>35</sup> Battenberg, in: Diestelkamp u.a., Forschungen zur Höchsten Gerichtsbarkeit, S. 92 Anm. 34.

<sup>36</sup> Vgl. dazu nicht nur die Schilderung Battenbergs, in: Diestelkamp u.a., Forschungen zur Höchsten Gerichtsbarkeit, S. 92 ff., sondern auch die von diesem in Anhang publizierten Urkunden: Anm. 33, S.131 ff. Nr.1, 1417 Juni 23, bis Nr. 37 (ca. 1458).

machung der von den Juristen erarbeiteten *exceptio fori* durchgeführt wurde. Ob und wie das Gutachten im Prozeß verwendet wurde, ist nicht erkennbar. Dasselbe gilt für das von der Stadt Metz angeforderte Gutachten, wo die in dem Gutachten vertretenen Rechtsansichten ebenfalls keinen Einfluß auf das Verfahren hatte. In beiden Fällen hofften die Reichsstädte, sich mit Hilfe rechtsgelehrter Argumente der Jurisdiktion des Königsgerichts entziehen zu können, aber erfolglos, wie sich gezeigt hat. Die Argumentation der Rechtsgelehrten entfaltete im Verfahren des Hofgerichts keine erkennbaren Wirkungen.



# Zum falschen Arzt in Gegenwart und Rechtsgeschichte

*Ein Gutachten des Hohen Rats von Holland, Seeland und Friesland aus dem Jahr 1768<sup>1</sup>*

Christian Hattenhauer

## A.

Hochstapler sind immer wieder versucht, das Ansehen und das dem Arzt entgegengebrachte Vertrauen in Anspruch zu nehmen. Die Entlarvung eines falschen Arztes ist der Presse regelmäßig eine Mitteilung wert, das Interesse der Leserschaft gewiss. Die Internet-Suchmaschine „Google“ wirft bei „falscher Arzt“ mehr als 700 Treffer aus: In Italien etwa befand sich im Jahr 2003 ein bekannter römischer „Orthopäde“ auf der Flucht, der nach 20 Jahren Praxis erst durch die Anfrage eines mit einem chirurgischen Eingriff unzufriedenen Patienten aufgefliegen war<sup>2</sup>. Im März 2004 findet sich ein Bericht über die Enttarnung eines Arztes, der in Großenhain (Sachsen) sechs Monate lang praktiziert hatte<sup>3</sup>; im Juli 2004 flog ein Hamburger Arzt auf, der jahrelang Diätmittel verschrieben hatte<sup>4</sup>.

Nach der Entdeckung des falschen Arztes geht es regelmäßig um straf- oder arbeitsrechtliche Folgen. Im November 2004 brachte etwa die „Ärzte Zeitung“ eine Meldung über einen Deutschen, der nach Vorlage gefälschter deutscher Examenszeugnisse ein Jahr lang in einer belgischen Gemeinschaftspraxis gearbeitet hatte und daraufhin zu fünf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Vor dem Bundesarbeitsgericht<sup>5</sup> ging es jüngst um die Rückzahlungsansprüche des Krankenhausträgers gegen einen falschen Arzt, der aufgrund eines gefälschten Approbationszeug-

---

<sup>1</sup> Der verehrte Jubilar und Vorgänger auf dem Heidelberger Lehrstuhl möge nachsichtig sein, dass den folgenden Ausführungen lediglich skizzenhafter Charakter eignet. Die Einladung zur Beteiligung an der Festschrift erfolgte zu einem Zeitpunkt, als die Last der Heidelberger Lehrveranstaltungen zu wissenschaftlicher Arbeit kaum Raum ließ.

<sup>2</sup> n-tv.de, Meldung vom 1. November 2003, <http://www.n-tv.de/5191891.html>.

<sup>3</sup> Sächsische Zeitung vom 23. März 2004. Der Mann hatte ein gefälschtes Diplom aus dem Jahr 1996 vorgelegt und war aufgefliegen, weil er ein Unfallprotokoll mit dem Titel „Diplom-Mediziner“ unterschrieben hatte, dieser Titel aber nur in der DDR vergeben worden war.

<sup>4</sup> Die Welt vom 2. Juli 2004.

<sup>5</sup> Urteil vom 3. November 2004 – 5 AZR 592/03 (Vorinstanz: LAG München – 2 Sa 283/03), Pressemitteilung des BAG Nr. 81/04.

nisses siebeneinhalb Jahre im Bereich Frauenheilkunde des Klinikums der TU München tätig gewesen war. Nach Ende der Tätigkeit stellte sich der wahre Sachverhalt heraus, der Krankenhausträger focht den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an und forderte einen Teil der geleisteten Arbeitsvergütung, der vollen Urlaubsvergütung und der im Krankheitsfall gewährten Entgeltfortzahlung zurück. Das Bundesarbeitsgericht gab der Klage statt: Das gesetzliche Verbot der Ausübung der Heilkunde durch einen Nichtarzt habe den Zweck, Leben und Gesundheit der Patienten zu schützen, die Heilung des Mangels durch Begründung eines faktischen Arbeitsverhältnisses scheidet daher aus. Bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung der gegenseitigen Leistungen sei die Rückforderung des Werts geleisteter Dienstleistungen nach § 817 BGB ausgeschlossen, da der Leistende durch die Art der Tätigkeit gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen habe. Ein Ausschluss der Rückforderung nach Treu und Glauben sei hier nicht angemessen.

Auf die Spitze getrieben hat es wohl der Bremer Postbote Gerd Uwe Postel mit seiner über 20jährigen Hochstaplerkarriere<sup>6</sup>: Als Dr. med. Dr. phil. Clemens Bartholdy war Postel Anfang der 80er Jahre in Flensburg als stellvertretender Amtsarzt, Leiter des sozialpsychiatrischen Dienstes, Hafenarzt und Leichenbeschauer tätig, verfasste Gutachten und hielt Fachvorträge. Die Zahl der Zwangseinweisungen sank während seiner Flensburger Tätigkeit um 86%, bei Beschwerden gegen seine Entscheidungen bestätigte das Landgericht den Befund. Der Schwindel flog erst auf, weil Postel sein Portemonnaie verloren hatte, in dem sich auch ein auf seinen richtigen Namen ausgestellter Ausweis befand. Das Landgericht Flensburg verurteilte Postel im Jahr 1984 wegen Missbrauchs akademischer Titel, Betruges und Urkundenfälschung zu einem Jahr Freiheitsstrafe auf Bewährung.

Postel setzte seine Karriere ungerührt fort. Nach Tätigkeiten u. a. als Stabsarzt bei der Bundeswehr, als Begutachtungsarzt für Rentengutachten kehrte Postel zur Tätigkeit als Psychiater zurück – die, wie er meint, „auch eine dressierte Ziege ausüben“ könne. 1995, Postel studierte gerade katholische Theologie in München, gelang ihm sein bisheriges Meisterstück: Vom Studentenwohnheim rief er als Prof. Dr. Gert von Berg von der Psychiatrischen Universitätsklinik Münster beim Chef des Krankenhauses für Psychiatrie, Psychotherapie und Neurologie im sächsischen Zschadraß an und berichtete dem Kollegen von einem „ausnehmend tüchtigen Funktionsoberarzt Dr. Postel mit Namen, der gerade auf sozialpsychiatrischem Gebiet recht versiert ist“. Bald darauf war er unter seinem richtigen Namen von November 1995 bis Juli 1997 Oberarzt in Zschadraß, verhandelte mit dem Dresdner Sozialministerium über Leitungspositionen und verfasste Gutachten in sächsischen Schwurgerichtsverfahren. Nachdem Postel einen Massenausbruch aus dem Maßregelvollzug in Zschadraß vereitelt hatte, schlug ihn die sächsische Staatsregierung 1996 zur Ernennung als Chefarzt der forensischen Abteilung des Landeskrankenhauses für Psychiatrie und Neurologie in Arnsdorf, verbunden mit

<sup>6</sup> Ausführlich: Gerd Postel, *Doktorspiele. Geständnisse eines Hochstaplers*, Frankfurt/M. 2001, Besprechung von Dietmar G. Luchmann, *Mehr Schein als Sein: Psychiatrie. Hochstapler Dr. med. Dr. phil. Gerd Uwe Postel reißt Psychotherapeuten und Psychiatern die Maske kundiger Heiler herunter*, in: *Psychotherapie* vom 10. 9. 2001.

einer Professur, vor. Postel zog seine Bewerbung nur zurück, weil er nach einem Gespräch mit dem ärztlichen Leiter Angst vor seiner Entdeckung hatte. Enttarnt wurde er schließlich nicht etwa durch ärztliches Unvermögen, sondern deshalb, weil eine Ärztin der Klinik Besuch von ihren Eltern aus Flensburg bekam, denen der Name „Postel“ noch ein Begriff war. 1999 verurteilte ihn das Landgericht Leipzig zu vier Jahren Haft.

Anfang 2001 nach zwei Dritteln der Strafe vorzeitig entlassen, veröffentlichte Postel sein Buch „Doktorspiele“<sup>7</sup>. Über einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss dient der Erlös der Schuldentilgung gegenüber dem Freistaat Sachsen, da Postel das unrechtmäßig erlangte Arbeitsentgelt von rund 104.000 € nebst Zinsen zurückzahlen muss. Die Zahlungen versiegen allerdings allmählich; Ende Oktober 2004 standen noch rund 84.000 Euro aus<sup>8</sup>.

Mag man über diese – mittlerweile auch verfilmte<sup>9</sup> – Köpenickiade, in der die heutige Expertengläubigkeit schlicht an die Stelle preußischer Militärgläubigkeit getreten ist, noch schmunzeln, so stimmt nachdenklich, dass Postel seine Honorare als psychiatrischer Gutachter in 23 Strafprozessen, immerhin knapp 44.000 €, wohl nicht zurückzahlen muss. Die Fehlerhaftigkeit der Gutachten wird kaum nachweisbar sein, kein einziges war seinerzeit vor Gericht zurückgewiesen oder angefochten worden. So hat denn auch das Sächsische Justizministerium zwar die Rückforderung der Honorare geprüft, bisher aber kein Verfahren eingeleitet. Die jüngst gestellte Frage nach der Zuverlässigkeit psychiatrischer Gutachten<sup>10</sup> erscheint nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Affäre Postel drängend<sup>11</sup>.

## B.

Sind heutzutage an das Auftreten falscher Ärzte in der Regel straf- oder arbeitsrechtliche Fragen geknüpft, so hatte sich der Hohe Rat von Holland, Seeland und Friesland in den Jahren 1767/68 mit den doch recht anders gearteten Folgen zu beschäftigen, zu denen die Tätigkeit eines falschen Arztes in dem niederländischen Städtchen Brouwershaven (Seeland) geführt hatte.

Die Sache fällt in die späte Periode der großen Zeit der niederländischen Rechtswissenschaft des 17. und 18. Jahrhunderts<sup>12</sup>, die mit der wirtschaftlichen

<sup>7</sup> Postel, Doktorspiele.

<sup>8</sup> sz-online, <http://www.sz-online.de/nachrichten/artikel.asp?id=704101>.

<sup>9</sup> „Der Unwiderstehliche. Die tausend Lügen des Gerd Postel“, Deutschland 2001.

<sup>10</sup> Britta Helbing, Forensische Gutachten auf dem Prüfstand, in: ZRP 2004, S. 55-56.

<sup>11</sup> So auch Martin Riemer, Forensische Gutachten auf dem Prüfstand, in: ZRP 2004, S. 131.

<sup>12</sup> Dazu Reinhard Zimmermann, Römisch-Holländisches Recht – ein Überblick, in: Robert Feenstra, Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert, Berlin 1992, S. 9-58; ebenso Gero R. Dolezalek, Das Zivilprozeßrecht, in: Robert Feenstra, Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Das römisch-holländische Recht, Berlin 1992, S. 59-104, dort jeweils weiterführende Hinweise.

und kulturellen Blüte der Republik der Vereinigten Niederlande einherging. Deren Provinzen<sup>13</sup> waren jeweils selbständige Republiken mit eigenen Organen. Höchstes gemeinsames Organ waren die Generalstände (Staten Generaal der Vereenigde Nederlanden), in denen jede Provinz eine Stimme hatte. Faktisch dominierte die Provinz Holland, auch in juristischer Hinsicht. Neben der juristischen Fakultät der Universität Leiden festigte die Autorität der holländischen Gerichte den holländischen Einfluss. Der Hof van Holland, Zeeland en Vriesland war das älteste, ausschließlich mit gelehrten Juristen besetzte Obergericht. Die Appellation ging bis zur Spaltung der nördlichen von den südlichen Niederlanden an den seit 1473 sog. „Groote Raad“ in Mecheln. Nach der Lossagung von Spanien richtete einzig Holland 1581 mit dem Hohen Rat (Hooge Raad) ein Appellationsgericht ein, dessen Jurisdiktion sich zwar lediglich Seeland (1587) unterwarf, dessen Autorität aber über Hollands und Seelands Grenzen hinausging. Dies nicht zuletzt deshalb, weil am Hohen Rat bedeutende Juristen wirkten. Im 18. Jahrhundert war der Glanz des Gerichts vor allem mit seinem Präsidenten Cornelis van Bynkershoek (1673-1743) verknüpft, der als einer der bedeutendsten niederländischen Juristen überhaupt gilt.

Van Bynkershoek und seinem Nachfolger und Schwiegersohn Willem Pauw (1712-1787) verdanken wir mit der Dokumentation der Spruchstätigkeit des Hohen Rats in den „*Observationes tumultuariae*“ und den „*Observationes tumultuariae novae*“ eine Quellensammlung von unschätzbarem Wert für Einblicke in die Praxis des römisch-holländischen Rechts im 18. Jahrhundert. Rasch zusammengeschrieben und stilistisch nicht überarbeitet (*tumultuarius*) gab van Bynkershoek Sachverhalt, Entscheidung und Entscheidungsgründe wieder, fügte bisweilen einen eigenen Kommentar hinzu und gab Einblick in die richterliche Beratung. Letztwillig untersagte er die Publikation der „*Observationes*“ und vermachte sie Willem Pauw, der das Werk mit den „*Observationes tumultuariae novae*“ fortsetzte und das Publikationsverbot wiederholte. Die Manuskripte gerieten in Vergessenheit. Erst 1914 wurden sie durch den Leidener Professor E. M. Meijers im Magazin eines Auktionators entdeckt, wo sie nach dem Tod des letzten Nachkommens van Bynkershoeks 25 Jahre lang als unverkäuflich gelagert hatten. Die Edition der „*Observationes tumultuariae (novae)*“ umfasst 7 Bände. Im 2. Band der „*Observationes tumultuariae novae*“ Willem Pauws<sup>14</sup> begegnet nun der falsche Arzt Sejus – wie sämtliche Beteiligten trägt er einen der üblichen römischen Blankettamen:

<sup>13</sup> Holland, Seeland, Friesland, Utrecht, Gelderland, Groningen (Stadt und Ommelanden) und Overijsel. Drenthe war Mitglied ohne Stimmrecht. Teile von Flandern und Brabant wurden von den Generalständen für die Union verwaltet, ohne eine eigene Provinz zu bilden.

<sup>14</sup> Wilhelm Pauw, *Observationes Tumultuariae Novae*, 2. Bd., R. Feenstra, W. L. de Koning-Bey, L. E. van Kolk, H. W. van Soest (Hrsg.), Harlem 1967, Nr. 1038. Entsprechend der Edition wird auf eine Untergliederung durch Absätze verzichtet. Für die Hilfe bei der Übersetzung der altniederländischen Passagen bin ich Herrn Dr. André Jansen zu Dank verpflichtet.