BAYERISCHE AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
PHILOSOPHISCH-HISTORISCHE KLASSE
ABHANDLUNGEN · NEUE FOLGE, HEFT 106

# Heinrich Mitteis nach hundert Jahren (1889–1989)

Symposion anläßlich des hundertsten Geburtstages
in München am 2. und 3. November 1989

Herausgegeben von
Peter Landau, Hermann Nehlsen,
Dietmar Willoweit

MÜNCHEN 1991
VERLAG DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
IN KOMMISSION BEI DER C.H.BECK'SCHEN VERLAGSBUCHHANDLUNG MÜNCHEN

BAYERISCHE AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
PHILOSOPHISCH-HISTORISCHE KLASSE
ABHANDLUNGEN · NEUE FOLGE, HEFT 106

# Heinrich Mitteis nach hundert Jahren (1889–1989)

Symposion anläßlich des hundertsten Geburtstages
in München am 2. und 3. November 1989

Herausgegeben von
Peter Landau, Hermann Nehlsen,
Dietmar Willoweit

MÜNCHEN 1991
VERLAG DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
IN KOMMISSION BEI DER C.H. BECK'SCHEN VERLAGSBUCHHANDLUNG MÜNCHEN

ISBN 3 7696 0101 7

© Bayerische Akademie der Wissenschaften München, 1991
Satz, Druck und Bindung: C. H. Beck'sche Buchdruckerei Nördlingen
Printed in Germany

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung der Herausgeber . . . . . 5

PETER LANDAU

Heinrich Mitteis als deutscher Rechtshistoriker . . . . . 7

BERNHARD DIESTELKAMP

Heinrich Mitteis „Lehnrecht und Staatsgewalt" im Lichte moderner Forschung . . . . . 11

KARL FERDINAND WERNER

Der fränkisch-französische Königs- und Lehnsstaat bei Heinrich Mitteis. Eine kritische Würdigung . . . . . 23

ALFRED HAVERKAMP

Heinrich Mitteis über das Regnum Italiae . . . . . 47

PAUL R. HYAMS

Heinrich Mitteis and the Constitutional History of Medieval England . . . . . 61

KARL OTTO SCHERNER

Heinrich Mitteis' privatrechtliche Forschungen und seine Konzeption des Deutschen Privatrechts . . . . . 71

KLAUS LUIG

Begriff und Aufgabe des Deutschen Privatrechts in der Sicht von Heinrich Mitteis . . . . . 91

# Einleitung der Herausgeber

Der vorliegende Band enthält Referate eines am 2. und 3. 11. 1989 in München aus Anlaß des 100. Geburtstags von Heinrich Mitteis veranstalteten Symposions. Da Mitteis sowohl Professor an der Universität München als auch Präsident der Bayerischen Akademie der Wissenschaften war, bot es sich an, daß die Veranstaltung von der Bayerischen Akademie der Wissenschaften und dem Leopold-Wenger-Institut für Rechtsgeschichte an der Universität vorbereitet und ausgerichtet wurde. Die Veranstaltung fand am 2. 11. in den Räumen der Akademie und am 3. 11. im Leopold-Wenger-Institut statt. Eine große Zahl von Rechtshistorikern und Historikern des In- und Auslands war nach München gekommen, so daß auch die Diskussionen nach den einzelnen Referaten stets sehr intensiv geführt wurden. Die Herausgeber danken der Bayerischen Akademie der Wissenschaften für die Möglichkeit, die Referate in der Schriftenreihe der Akademie zu veröffentlichen.

Die folgenden Vorträge des Symposions sind zunächst der Frage gewidmet, inwieweit die von Mitteis entwickelte Sicht des ‚Staats des hohen Mittelalters' die internationale Forschung der letzten Jahrzehnte befruchtet hat und ob seine Ergebnisse für die einzelnen europäischen Länder noch dem heutigen Forschungsstand entsprechen. Die auf dem Symposion vorgetragenen Referate kommen für den jeweiligen regionalen Bereich zu sehr unterschiedlichen Bewertungen. Dabei wurde besonders in dem Beitrag von *Karl Ferdinand Werner* eine grundsätzlich formulierte Kritik an Mitteis vorgetragen, die bereits bei der Kategorienbildung der Verfassungsgeschichte ansetzt. Ein Konsens der Forschung scheint heute darin zu bestehen, daß Mitteis das Fortwirken der antiken Elemente im frühen und hohen Mittelalter unterschätzt habe. Das von Mitteis gezeichnete Bild des Lehnrechts bedarf einer Überprüfung. Von dem bereits bei Mitteis formulierten Ziel einer europäischen Verfassungsgeschichte des Mittelalters auf vergleichender Basis ist man noch weit entfernt.

Die Referate zum Thema ‚Deutsches Privatrecht' verdeutlichen, daß auf diesem Gebiet die deutschen Rechtshistoriker bestimmte noch von Mitteis eindrucksvoll formulierte Vorstellungen nicht mehr teilen. Die Grundideen seines Studienbuchs ‚Deutsches Privatrecht' entsprechen nicht mehr dem von den deutschen Rechtshistorikern der Gegenwart entwickelten Verständnis ihres Fachs. Die Meinungsbildung, ob und auf welcher Grundlage man aber vielleicht trotzdem ein Buch unter dem Titel ‚Deutsches Privatrecht' als *rechtshistorisches* Werk schreiben könne, hat unter den deutschen Rechtshistorikern gerade begonnen; die Beiträge im hier vorgelegten Band eröffnen die Diskussion.

Insgesamt zeigen die hier veröffentlichten Referate, wie sehr das Werk von Mitteis gerade auch als Anregung zur kritischen Auseinandersetzung für die heutige Forschung relevant geblieben ist.

PETER LANDAU

# Heinrich Mitteis als deutscher Rechtshistoriker

Im 20. Jahrhundert war Heinrich Mitteis wohl der bekannteste und berühmteste germanistische Rechtshistoriker in Deutschland; sein Buch „Der Staat des hohen Mittelalters" ist ohne Übertreibung als dasjenige rechtshistorische Werk zu nennen, das jeder deutsche Mittelalterhistoriker einmal gelesen hat. Das Hauptwerk von Mitteis ist überall bekannt; aber eine intensive Diskussion über die Thesen dieses Buches und auch über andere Arbeiten von Mitteis hat es während der letzten Jahrzehnte kaum gegeben. Das hängt zweifellos teilweise damit zusammen, daß die ungünstigen Zeitumstände der Nazizeit und auch noch der ersten Nachkriegsjahre, schließlich die Kürze der Mitteis vergönnten Münchner Lehrtätigkeit, es verhindert haben, daß sich eine *Mitteisschule* bilden konnte. Mitteis hat in München zwar zahlreiche Doktoranden gehabt, aber doch eigentlich keinen engeren Schülerkreis. Ihm wurde weder eine *Festschrift* noch eine *Gedächtnisschrift* gewidmet – der nach seinem Tode vom Böhlau-Verlag betreute und 1957 erschienene Aufsatzband enthält auch nur eine Auswahl seiner kleineren Schriften.[1] Manches, was Mitteis vor allem während seiner letzten Lebensjahre veröffentlichte, scheint man schon bald auch unter Rechtshistorikern vergessen zu haben.

Worum ging es Mitteis? In der Verfassungsgeschichte eindeutig um die ‚germanische Kontinuität der Verfassungselemente', die er ‚allenthalben zu beobachten' meinte.[2] Bezeichnenderweise hat vor kurzem, nämlich 1986, *Karl Kroeschell* unter Hinweis auf Mitteis geschrieben, daß es während der ersten Jahrzehnte des Jahrhunderts so ausgesehen habe, als sei eine *europäische Rechtsgeschichte unter germanischem Vorzeichen* im Entstehen.[3] Es sah aber eben nur so aus – die Zeit nach Mitteis wurde so skeptisch gegenüber dem Gedanken der germanischen Kontinuität, daß die Germanenzeit manchmal sogar aus den Lehrbüchern der deutschen Rechtsgeschichte verschwand; man bezweifelt heute den *Aussagewert* vieler Quellen für germanische Rechtsvorstellungen und kritisiert auch die *Denkmodelle* der germanistischen Rechtshistoriker. Konkret ist dies allerdings bisher eher auf dem Gebiet angeblich germanischer Kontinuität im Privatrecht geschehen als auf dem Gebiet der *Verfassungsgeschichte,* wo Mitteis vor allem ‚germanische Kontinuität' nachweisen wollte. Ist die Sicht der mittelalterlichen Verfassungsgeschichte bei Mitteis überholt oder doch im wesentlichen richtig? In den gängigen Darstellungen der Deutschen Rechtsgeschichte findet man auf diese Frage zur Zeit keine klare Antwort. *Karl Kroeschell,* der sich wohl unter den heutigen Rechtshistorikern am intensivsten mit den Hauptthemen von Heinrich Mitteis beschäftigt hat, meldete zwar immer wieder Zweifel gegenüber der Vorstellung von germanischer Kontinuität an,[4] konnte aber andererseits in seinem Lehrbuch schreiben: „Das bedeutendste Werk über das hochmittelalterliche Lehnsrecht und seine verfassungsgeschichtliche Bedeutung ist jedoch noch immer das Buch von H. Mitteis, Lehnrecht und Staatsgewalt."[5] Mitteis ging davon aus, daß er *Denkmodelle* für die germanische Kontinuität in der

---

[1] Heinrich Mitteis, Die Rechtsidee in der Geschichte. Gesammelte Abh. u. Vorträge, Weimar 1957.

[2] Heinrich Mitteis, Der Staat des hohen Mittelalters, [4]Weimar 1953, 435.

[3] Karl Kroeschell, Germanisches Recht als Forschungsproblem, in: Festschrift f. Hans Thieme zu seinem 80. Geburtstag, Sigmaringen 1986, 3–19, hier 4.

[4] Cf. besonders Kroeschell, (wie Anm. 3) 3–19.

[5] Karl Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, [8]Opladen 1987, 270.

Verfassungsgeschichte des Mittelalters besaß: nämlich zwei zentrale Bezugspunkte: *‚die sakrale Gewalt des Königtums‘* und *‚die Eigenrechte des Adels‘*.[6] Es stellt sich die Frage, ob diese Begriffe zur Interpretation der mittelalterlichen Verfassungsgeschichte in einem *europäischen Maßstab* verwendbar sind und ob sie *germanischen Ursprungs* sind, falls es sich um allgemeineuropäische Phänomene handeln sollte. Das würde etwa für das sakrale Königtum bedeuten, ob es wirklich überall in Europa verbreitet war, z. B. auch in Spanien, und ob es auf germanische Wurzeln zurückzuführen ist. Den Veranstaltern schien es zweckmäßig zu sein, bei dem Symposion die verfassungsgeschichtliche Entwicklung zunächst in einzelnen Ländern getrennt zu behandeln, um dann vielleicht die Chance zu haben, eine europäische Bilanz zu ziehen. Deshalb wurde der Blick über Deutschland hinaus nach *Italien, Frankreich* und *England* gerichtet, um eine Diskussionsgrundlage für das Anliegen von Mitteis zu haben, nämlich die *vergleichende Verfassungsgeschichte des Lehnszeitalters*.[7] Ein für Mitteis ganz wesentlicher Gedanke scheint sich auch bei differenzierender Betrachtung einzelner europäischer Länder wohl zu bewähren, nämlich seine Grundidee, daß die Zeit des Lehnswesens und damit das Mittelalter den *Schlüssel* zum Verständnis der Verfassungsgeschichte der Neuzeit liefere.[8] Damit ist eine isolierte Betrachtung der Neuzeit in der Verfassungsgeschichte von vornherein verfehlt; und die Rechtshistoriker haben gute Gründe, in Fragen der Verfassungsgeschichte Kompetenz zu beanspruchen, allerdings nur dann, wenn sie in den Forschungsgebieten des Mittelalters auch in Zukunft präsent bleiben. Eine deutsche Rechtsgeschichte *ohne* das Mittelalter hätte sich Mitteis nicht vorstellen können, und ganz gewiß hätte es nicht in seinem Sinne gelegen, daß sich die deutsche Rechtsgeschichte für das Mittelalter mit seinen Ergebnissen als gesichertem Besitz begnügen würde. Hat er doch auch folgenden Satz formuliert: „Die ‚germanische Kontinuität‘ hat etwas Verführerisches; wie vor einem Zauberschlüssel scheinen die Tore der Erkenntnis aufzuspringen, wie von Geisterhand gefügt scheint sich Bogen an Bogen der Brücke zu wölben, die von den fernsten Zeiten der Vergangenheit bis zur Gegenwart reicht.“[9] Vielleicht liegt die Bedeutung von Mitteis nicht zuletzt darin, daß er auch Zweifel an eigenen Denkmodellen aussprechen konnte.

Mitteis erscheint heute als letzter großer Vertreter einer klassischen Epoche der Rechtsgeschichte, die mit *Jacob Grimm* und *Karl Friedrich Eichhorn* begründet war und mit ihm endete. Ein zentrales Gebiet dieser Rechtsgeschichte war auch das *Deutsche Privatrecht,* der Gedanke der Möglichkeit, ja sogar der einstmaligen Wirklichkeit einer auf *germanischen* Prinzipien beruhenden Privatrechtsordnung. Mitteis schrieb ein Kurzlehrbuch ‚Deutsches Privatrecht‘ in einer zumindest bis auf Eichhorn oder auch noch weiter zurückreichenden Tradition; er wollte damit zeigen, daß das deutsche Volk sich ein vom römischen Recht unabhängiges ‚eigenständiges, wesensgemäßes Privatrecht‘ geschaffen habe; dieses deutsche Privatrecht sollte Ausgangspunkt für eine *‚deutsche Rechtslehre‘* sein, die ihrerseits unmittelbar in Rechtspolitik einmünden solle.[10] Dieser Gedanke wurde von ihm 1950 formuliert, aber auch noch in der bisher letzten Auflage seines Lehrbuchs von *Heinz Lieberich* unverändert übernommen.[11] ‚Deutsche Rechtslehre‘ als Grundlage der Rechtspolitik – das ist ein Gedanke, der vielen Rechtshistorikern heute sehr fremd geworden ist, aber etwa in rechtspolitischen Vorschlägen zur Regelung des Bodeneigen-

---

[6] Mitteis, (wie Anm. 2) 435.

[7] Cf. das Vorwort zur 1. Auflage des ‚Staats des hohen Mittelalters‘ 1940: „Die Methode der Darstellung ist die vergleichende“; ferner die Einleitung, 5 (4. Aufl.).

[8] Nach Mitteis, Staat (wie Anm. 2) 5 haben die Ereignisse bis 1300 ‚unwiderruflich jene Lage gestaltet, unter deren Nachwirkungen noch die Gegenwart steht.‘

[9] H. Mitteis, Die Rechtsgeschichte und das Problem der historischen Kontinuität, Abh. d. Deutschen Ak. d. Wiss. Berlin, Phil.-hist. Kl., Jg. 1947, Berlin 1947, 1–25, hier 11.

[10] H. Mitteis, Deutsches Privatrecht, [1]München/Berlin 1950, 1f.

[11] H. Mitteis/H. Lieberich, Deutsches Privatrecht, [9]München 1981, 1f.

tums auch noch in neuester Zeit als Argument verwandt wurde. *Karl Kroeschell* sei hier nochmals zitiert: Er sprach vom ‚gespenstischen Nachleben germanischer Rechtsgedanken im Industriezeitalter im Sinne eines ideologischen Mißbrauchs'.[12] Sofern diese Analyse zutreffend sein sollte – trifft hier am Ende Mitteis eine Verantwortung? Oder ist es vielleicht so, daß die beiden Grundbegriffe der germanistischen Privatrechtsgeschichte, nämlich *Munt* als Herrschaft über Personen und *Gewere* als Herrschaft über Sachen, die von den Germanisten des 19. Jahrhunderts herausgearbeitet wurden, vor allem systematisch von *Andreas Heusler,*[13] und an die Mitteis ausdrücklich anknüpfte, daß diese Begriffe *Munt* und *Gewere* auch heute noch erkenntnisleitende Funktion haben können? Beruhte das Deutsche Privatrecht der Germanisten auf einer Phantasievorstellung oder gibt es hier doch gemeinsame Grundstrukturen einer Rechtsordnung vor der Rezeption oder zumindest unabhängig von der Rezeption?[14]

Auch wenn wir manche Äußerungen von Mitteis zu diesem Problemkreis des deutschen Privatrechts als romantisch übersteigert empfinden, so enthebt uns dies nicht der Notwendigkeit, nach einer Antwort der heutigen Generation der Rechtshistoriker auf diese alten Fragen zu suchen.

Die Lektüre von Mitteis kann auch Anlaß geben, sich mit dem bisher *unentdeckten Mitteis* auseinanderzusetzen. Mir scheint, daß es lohnend wäre, manche bei Mitteis nur angedeutete Gedanken künftig aufzugreifen. Bekanntlich beschäftigte sich Mitteis sehr intensiv mit dem Problem der *historischen Kontinuität* in der Rechtsgeschichte; aber wie stellte er sich Kontinuität konkret vor? Nicht als bloße Beharrung, aber auch nicht als simple Wiederkehr von Rechtsfiguren, sondern als eine Entwicklung unter der Auswirkung von drei Grundmotiven, die er folgendermaßen bezeichnete:

1. die *Vergeistigung (Abstraktion),* z. B. bei der Entwicklung des Faustpfands zur Hypothek,
2. die *Verzweigung (Differenzierung),* z. B. als Differenzierung von Besitz und Eigentum aus dem Begriff des Habens,
3. die *Auslese (Selektion),* das Absterben eines überflüssig gewordenen Instituts nach Durchformung eines geeigneteren, z. B. Ersetzung der Geiselschaft durch die Bürgschaft.[15]

Die mit diesen drei Begriffen formulierten Erkenntnisse von Mitteis sollten auch heute das Interesse derjenigen Rechtshistoriker wecken, die mit ihren Forschungen Beiträge für eine historisch begründete allgemeine Rechtslehre liefern wollen.

---

[12] Karl Kroeschell, Zur Lehre vom „germanischen" Eigentumsbegriff, in: Rechtshistorische Studien. Hans Thieme zum 70. Geburtstag zugeeignet, Köln/Wien 1977, 34–71 und ders., (wie Anm. 3) das Zitat dort 17.

[13] Andreas Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, 2 Bd., Leipzig 1885/86, = Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, hrsg. v. K. Binding, II (2), vor allem Bd. I, 95–99. Nach Heusler war durch die Begriffe Munt und Gewere im germanischen Rechtskreis selbständig die Unterscheidung von Rechtssubjekt und Rechtsobjekt entwickelt worden.

[14] Cf. zu diesem Problem die Diskussionsbeiträge von Hans Thieme, Über Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte, in: Ideengeschichte u. Rechtsgeschichte, Ges. Abh. Bd. I, Köln/Wien 1986, 80–87 – zuerst in JZ 1975, 725–27; ferner ders., Le „droit commun germanique" du moyen-âge fantaisie des professeurs du XIXe siècle ou réalité?, ebenda Bd. I, 380–387 – zuerst in: Droit privé et institutions régionales. Etudes historiques offertes à Jean Yver, Caen 1975.

[15] Mitteis (wie Anm. 9) 12f.

BERNHARD DIESTELKAMP

# Heinrich Mitteis ‚Lehnrecht und Staatsgewalt' im Lichte moderner Forschung

1. Das im Laufe des Jahres 1933 fertiggestellte (Vorwort vom 31. August 1933) und bis Ende des Jahres erschienene Buch von Heinrich Mitteis „Lehnrecht und Staatsgewalt" fand in der wissenschaftlichen Öffentlichkeit ein fast enthusiastisches Echo – im übrigen auch bei Rezensenten, die durchaus Kritik im einzelnen äußerten.[1] Dopsch stellte fest, das Werk stelle eine bedeutende Leistung von einer Ausdehnung dar, wie solche in den letzten Dezennien von Rechtshistorikern auf dem Gebiete des Mittelalters nur selten hervorgebracht worden seien.[2] Theodor Mayer konstatierte, das Werk als Ganzes stelle „eine der markantesten und bedeutendsten Leistungen auf dem Gebiete der deutschen und darüber hinaus der allgemeinen mittelalterlichen Rechtsgeschichte dar, mit der sich jeder Rechtshistoriker auseinandersetzen muß."[3] Selbst Walter Kienast, der erst 1938 eine eingehende und in Einzelheiten durchaus kritische Studie zu diesem Thema publizierte, konzedierte nicht nur, daß das Buch seit seinem Erscheinen allgemein anerkannt sei, sondern verkündete am Ende seiner Besprechungsmiszelle als eigene Überzeugung:" Das vorliegende Werk ist ein grundlegendes Werk im eigentlichen Wortsinne, es legt ein Fundament, auf dem weiter gebaut wird."[4] Auch der engere Fachgenosse, Claudius Freiherr von Schwerin, zollte dem Buch höchstes Lob.[5] Es müsse von jedem gelesen werden, der sich über die deutsche und darüber hinaus europäische Verfassungsentwicklung seit der frühfränkischen Zeit bis in das Hochmittelalter unterrichten und verbreiten wolle.

2. Womit hatte sich Heinrich Mitteis so einhelliges Lob und so starke Anerkennung verdient? Er hatte eine Lehrmeinung widerlegt, die spätestens seit dem Anfang des 19. Jahrhunderts in der Rechtsgeschichte herrschend gewesen war, daß nämlich das Lehnrecht eine privatrechtliche Rechtsordnung gewesen sei.[6] Diese Einschätzung war gewiß zutreffend gewesen für die Verhältnisse der frühen Neuzeit und vor allem des 19. Jahrhunderts. Nach der Konzentration der öffentlichen Gewalt auf den Träger der Souveränität im absolutistischen Fürstenstaat und noch stärker im modernen Anstaltsstaat des 19. Jahrhunderts war vom Lehnrecht in der Tat nur noch die dingliche Seite interessant geblieben, so daß die Zuordnung des Lehnrechts zum Deutschen Privatrecht völlig konsequent war. Demgegenüber machte Mitteis deutlich, daß dies nicht für das Mittelalter gelten könne. In einer Zeit, die die Trennung des öffentlichen vom privaten Recht noch nicht gekannt habe, sei das Lehnrecht – wie Mitteis es formulierte – „funktional öffentliches Recht" gewesen, habe die Funktion des Normenkomplexes erfüllt, der später öffentlichrechtlich zu nennen sei. Wörtlich sagte er: „Das Lehnrecht aus dieser Verbannung zu erlösen, ihm seine wahre Natur als Teil der öffentlichen Rechtsordnung wiederzugeben, ist meine Absicht."[7]

---

[1] Vgl. die in Anm. 2–5 angeführten Besprechungen. Dazu: F. L. Ganshof in: Revue Belge de philologie et d'histoire 16, 1937, 307ff.; Otto von Zwiedineck-Südenhorst, Rechtsbildung, Staatsgewalt und Wirtschaft. Historisch-soziologische Überlegungen zu Mitteis' Wertung des Lehnrechts. Jb. Nationalök. u. Statistik 143, 1936, 1ff.

[2] Alfons Dopsch, in: MIÖG. 49, 1935, 468.

[3] Theodor Mayer, in: Ztschr. f. Kirchengesch. 55, 1936, 695.

[4] Walter Kienast, in: HZ. 158, 1938, 3ff., 50.

[5] Claudius Freiherr v. Schwerin, in: ZRG.GA. 54, 1934, 297.

[6] Mitteis, Lehnrecht und Staatsgewalt (fortan nur noch als Mitteis zitiert) 3ff.

[7] Mitteis 5.

Doch wäre diese wissenschaftsgeschichtliche Korrektur als solche nicht interessant genug gewesen, um solche begeisterte Zustimmung auszulösen. Sie wird erst verständlich durch das nach und mit diesem Schritt angesteuerte Ziel. Auch hierzu soll Mitteis selbst zu Worte kommen: „Es wird damit ein verschüttetes Stück deutschen Verfassungsrechts wieder ans Licht gebracht. Erst diese Einreihung des Lehnrechts öffnet den Zugang zum wahren Verständnis des mittelalterlichen Staates, der eben Lehnsstaat war, indem er sich des Lehnrechts als Mitträger der Staatsgewalt bedienen mußte![8] Mitteis legte also Wurzeln der mittelalterlichen Staatlichkeit vor allem in Deutschland offen. Er widmete sich damit einem Problem, das zur damaligen Zeit und schon vorher viele Große der historischen Zunft beschäftigt hatte. Vor allem Georg von Below hatte mit Nachdruck den Staatscharakter des Deutschen Reiches postuliert.[9] Theodor Mayer variierte das Thema durch die in diesem Zusammenhang geprägte Wendung der Entwicklung „vom Personenverbandsstaat zum institutionellen Flächenstaat".[10] Obwohl Mitteis mit seinem Buch das von Georg von Below aufgestellte und bis zuletzt vehement verteidigte Dogma umstieß, daß der deutsche Staat auf keinen Fall ein Patrimonialstaat oder gar Lehnsstaat gewesen sei, wußte er selbst doch genau, wieviel er diesem Streiter für den staatlichen, öffentlich-rechtlichen Charakter der Verfassung des mittelalterlichen Deutschen Reiches zu verdanken hatte.[11] Mitteis bereicherte diese Diskussion um die Beantwortung der Frage, ob das Lehnrecht der Staatsgewalt gegenüber auflösend oder aufbauend gewirkt habe.[12] Damit wies er den Weg zur Lösung des Problems, weshalb es in Deutschland im Gegensatz zu Frankreich und England nicht zur Ausbildung eines starken Zentralstaates kam. Seine Arbeitshypothese lautete: „Das Maß, in dem es dem einzelnen Staate gelang, des Lehnrechtes Herr zu werden, seine produktiven Kräfte zum Aufbau der Staatsgewalt zu verwenden, es schließlich von innen heraus zu überwinden und in höhere Formen zu überführen, war mitbestimmend für seine Stellung im Rahmen des abendländischen Staatensystems, dessen Umrisse sich im 13. Jahrhundert deutlich abzuzeichnen beginnen."[13] Mitteis ging diese große Aufgabe an, indem er eigene Quellenanalysen und moderne ausländische Literatur zur Entwicklung des Lehnrechts in Frankreich, England, Italien und natürlich Deutschland verwertete. Diese historische Rechtsvergleichung wurde von allen Rezensenten mit Recht gerühmt.[14] Sie öffnete den Blick auf Entwicklungsabweichungen, durch die in Frankreich und England die rechtliche Stellung des Königs als oberster Lehnsherr gestärkt, in Deutschland dagegen geschwächt wurde. In Deutschland profitierten nach Mitteis nur die Territorien von der im Lehnrecht generell vorhandenen Tendenz, staatsbildend zu wirken.[15] Durch diesen weitgespannten Vergleich wurde es Mitteis somit möglich, die deutsche Sonderentwicklung vor dem Hintergrund der westeuropäischen Entwicklung zu deuten. Obwohl diese Konzeption und insbesondere die damit gewonnenen Ergebnisse allgemein begrüßt wurden, stieß Mitteis doch mit seiner spezifisch rechtshistorischen Methode auch auf grundsätzliche Kritik. Daneben gab es von Sachkennern – was nicht verwundern kann – auch Einwände gegen einzelne Positionen in Mitteis' Argumentationsbau. Auch die Konfrontation dieses monumentalen Werkes mit der modernen Forschung soll auf diesen beiden Ebenen erfolgen. Zunächst möchte ich einige Bemerkungen zu Konzeption und Methode machen, um dann an drei Punkten auch Einzelkritik zu üben. Damit dies nicht in eine der Großzügigkeit des

---

[8] Mitteis 5 f.
[9] Vgl. dazu Kienast (Anm. 4) 3.
[10] Vgl. dazu Hans Boldt, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 1984, 86 ff.
[11] Mitteis 3 Anm. 2.
[12] v. Schwerin (Anm. 5) 297.
[13] Mitteis 1 f.
[14] Vgl. die in Anm. 1–5 genannten Rezensionen.
[15] Mitteis 4.

Buches unangemessene Kleinigkeitskrämerei ausartet, soll es dabei nur um Probleme gehen, die für Mitteis' Argumentation wirklich bedeutungsvoll sind wie den Leihezwang, das Amtslehn und die feudalen Geldleistungen.

3.1. Wenn ich nun mit den grundsätzlichen, methodischen Problemen beginne, so kann ich zunächst anknüpfen an Kritik, die sofort nach Erscheinen des Buches von Historikern geübt wurde, ohne daß dies bei der Rezeption der Ergebnisse berücksichtigt worden wäre. Kienast nannte das Werk zu sehr juristisch und zu wenig politisch.[16] v. Zwiedeneck-Südenhorst wandte grundsätzlicher ein, das positive Recht habe nicht die Kraft, den Prozeß der Reichsauflösung hintanzuhalten,[17] wie Mitteis meine. Nicht beim positiven Recht, sondern bei den Rechtsnützern oder Rechtsbrechern sei die Dynamik der Entwicklung, der Fortbildung des Rechts nach den Zweckmäßigkeitsinteressen des Mächtigen zu suchen. In dieselbe Richtung zielte Theodor Mayers Kritik, wenn er meinte, daß er im Lehnrecht nicht eine Kraft sehen könne, die den Staat bildete oder sonst eine eigene Rolle spielte, sondern nur den Ausdruck und das Spiegelbild einer bestimmten staatlichen und gesellschaftlichen Struktur.[18] Das Lehnrecht sei *ein* Mittel der Staatsbildung gewesen, wie andere auch.

Während damals die engere Zukunft solche Vorwürfe nicht erhob, muß der moderne Rechtshistoriker sich ihnen anschließen, denn Mitteis hatte zu solcher Kritik reichlich Anlaß gegeben. In seiner Begeisterung über seine Widerlegung der hergekommenen Lehre, daß das Lehnrecht und das Lehnswesen in hervorragender Weise dafür verantwortlich seien, wenn der Prozeß der Verstaatung in der entscheidenden Epoche der deutschen Geschichte auf die Territorien abgedrängt worden und nicht dem Reiche zugutegekommen sei, schrieb Mitteis nun selbst dem Lehnrecht diverse Kräfte und Eigenschaften zu, die den historischen Prozeß positiv in seinem Verständnis gelenkt hätten. Einige Zitate mögen dies belegen:

„Das Lehnrecht als solches mußte mit Notwendigkeit staatsbildend wirken, wenn es nur der Zentralgewalt gelang, die in ihm steckenden herrschaftsrechtlichen Tendenzen mobil zu machen, das Überwuchern des Vasallenrechtes, das allerdings zersetzend wirken mußte, zurückzudrängen. . ."[19]

Oder wenig später:

„Das Lehnrecht bewirkt Dezentralisation und Konzentration der öffentlichen Gewalt. Es ist das motorische Element, das die stabilen Teile der Staatsmaschine in Bewegung setzt, es ist der Atem im Körper des mittelalterlichen Staates".[20]

Da geht dann die Metapher von „Kampf zwischen Herrenrecht und Vasallenrecht" auch wie selbstverständlich in die Feder.[21]

Allerdings wäre es verfehlt, dies nur als stilistisch zu stark akzentuierte Wendungen aufzufassen. Vielmehr entspricht dies präzise der methodischen Grundhaltung, mit der Mitteis sein Werk konzipierte. Dies ergibt sich zum Beispiel deutlich dort, wo er sich abhebt von der Forschungsrichtung, die sich mit der Entstehung des Lehnswesens, also des ganzen Komplexes von Feudalisierungserscheinungen beschäftigt.[22] Ihm komme es demgegenüber auf die Bildung des Lehnrechts an, als des Sonderrechtes für die Verpflichtung zu staatlichen Leistungen gegen Gewährung von Staatskapital. Daraus will er nämlich jeweils den Einfluß des Lehnrechts im

---

[16] Kienast (Anm. 4) 9.
[17] v. Zwiedineck-Südenhorst (Anm. 1) 28.
[18] Mayer (Anm. 3), 694.
[19] Mitteis, 4.
[20] Mitteis 8.
[21] Mitteis 4.
[22] Mitteis 13.

ganzen auf die Staatsentwicklung zu umreißen versuchen.[23] Da gewinnt dann auch „der Staat" ein Eigenleben, das ihn zu eigenen Aktivitäten befähigt, wenn Mitteis fragt, inwieweit sich der Staat zur Erreichung seiner Zwecke bereits lehnrechtlicher Institute bedienen mußte.[24] Dieselbe verfehlte Anschauung liegt der Bemerkung zugrunde, Frankreich habe die über fast zwei Jahrhunderte dauernde Periode der Vollfeudalisierung überwinden können, weil es die „im Lehnrecht selbst steckenden Kräfte" aktiviert habe.[25] Mitteis meinte auch, der Hauptunterschied zwischen Frankreich und Deutschland bestehe darin, daß das französische Königtum niemals seinen Anspruch auf vollkommene Wiederherstellung seiner Machtposition aufgegeben habe, während das deutsche Königtum durch die bekannten Gesetze Friedrichs II. die wichtigsten Kronrechte aus der Hand gab und den Landesherren überantwortete.[26] Demgegenüber hatte schon Walter Kienast überzeugend bemerkt: „Wenn der deutsche König nur die nötige Macht besessen oder wieder erworben hätte, wäre er auch über die Privilegien hinweggekommen. . . . Umgekehrt hätte den Kapetingern das Fehlen solcher Ordonnanzen wenig genützt, wäre es nicht Philipp August durch das Zusammentreffen glücklicher Umstände gelungen, die Macht der Krone mit einem Schlag so über die Barone zu erhöhen, daß er ihnen künftig seinen Willen aufzwingen konnte."[27]

Nur scheinbar sprechen andere Wendungen gegen die Folgerung, daß für Mitteis das Lehnrecht ein selbständig wirkendes Element der Geschichte gewesen sei. So hatte er in einer Rezension ein Jahr vor Erscheinen von ‚Lehnrecht und Staatsgewalt' eigentlich deutlich formuliert, daß die destruktive Tendenz in der deutschen Verfassungsgeschichte eben nicht im Lehnrecht selbst liege, sondern in der politischen Unfähigkeit, etwas damit anzufangen.[28] Die Betonung liegt aber nicht auf der Umkehrung der Kausalität zwischen Politik und Recht sondern darauf, daß das Lehnrecht selbst eben nicht destruktiv angelegt gewesen sei. Wenn Mitteis in ‚Lehnrecht und Staatsgewalt' meint, das Lehnrecht habe die starken Stahltrossen geliefert, an denen das französische Königtum die verlorenen Rechte wieder an sich heranziehen konnte,[29] so scheint er hier wenigstens das Lehnrecht nur als Mittel zu beschreiben, das die französischen Könige benutzten, nicht aber als selbst wirkende Kraft.

Doch wird die Gesamtkonzeption des Buches nicht davon geprägt. Dort wirken in der Geschichte vielmehr Abstracta wie „der Staat" oder „das Königtum" oder auch „das Lehnrecht". Sie führen eine anscheinend von den Menschen abgehobene Existenz, ringen miteinander und erzielen dabei Wirkungen. Diese Anschauung kann jedoch vom Standpunkt eines modernen Rechtshistorikers her nicht mehr als akzeptabel bezeichnet werden. Heute kann man das Recht nur als Resultante außerrechtlicher Interessenauseinandersetzungen begreifen, als das Ergebnis des Wirkens politischer, wirtschaftlicher oder sozialer Faktoren. Recht ist die Normierung des Ergebnisses von Auseinandersetzungen zwischen menschlichen Interessen, das dann allerdings in diesem Rahmen selbst als weiterer Faktor durchaus fördernde oder hinderliche Wirkungen entfalten kann. Mitteis dagegen kommt es nicht in den Sinn, das Recht als Ergebnis von Interessenkonflikten zu begreifen, das bei anderem Ausgang des Konfliktes auch anders hätte geprägt werden können. Von den machtpolitischen Möglichkeiten, die den Handelnden zur Verfügung standen oder ihnen fehlten, und damit ihren Handlungsspielraum bestimmten, ist bei Mitteis kaum die Rede. Überhaupt werden Personen als Handelnde nur ausnahmsweise

[23] Mitteis 14.
[24] Mitteis 176.
[25] Mitteis 270.
[26] Mitteis 281.
[27] Kienast (Anm. 4) 9.
[28] Mitteis in: ZRG.GA. 52, 1932, 523.
[29] Mitteis 282.

erwähnt, niemals jedoch als Personen in einem konkreten historischen Kontext beschrieben, aus dem heraus ihr Handeln verständlich gemacht würde.

Dies ist ein grundsätzlicher Einwand gegen ‚Lehnrecht und Staatsgewalt' vom Standpunkt der modernen Forschung her, der jedoch – wie gezeigt – gar nicht so neu ist, sondern schon von historischen Zeitgenossen geltend gemacht wurde.

3.2. Dagegen hatte damals niemand Bedenken gegen den Gebrauch der Worte ‚Staat' und ‚Staatsgewalt'. Vielmehr stimmten alle Rezensenten darin überein, daß gerade dies das große Verdienst von Mitteis sei, einen wesentlichen Beitrag zur Erkenntnis der Staatlichkeit der mittelalterlichen Reiche geliefert zu haben. Hier nun setzt eine grundsätzliche Kritik ein, die erst vom Standpunkt der modernen Forschung her zu artikulieren ist. In der modernen Geschichtsschreibung vermeidet man nämlich im allgemeinen die Verwendung des Begriffes Staat für die mittelalterlichen Reiche,[30] weil damit zu schnell der Inhalt der modernen Begrifflichkeit assoziiert und an die mittelalterliche Realität herangetragen wird. Der moderne Staatsbegriff aber wird geprägt durch drei Elemente – Staatsgebiet, Staatsvolk, Staatsgewalt – die jedes für sich keine oder zumindest keine volle Entsprechung im Mittelalter finden. Es ist etwas anderes, wenn man den Begriff ‚Staat' als „allgemeinen Normalbegriff der politischen Organisationsformen aller Zeiten und Völker" verwendet, wie Otto Brunner.[31] Doch warnt dieser auch zu Recht: „Ein allzu häufiger und weiter Begriff des Staates trägt die Gefahr in sich, politische Gebilde des Mittelalters, die uns ‚Staat' sind, nicht genau genug zu bezeichnen und wesentliche Merkmale auf denen ihr Bestand ruht, zu vernachlässigen, vor allem aber doch auch Merkmale des modernen Staates auf das Mittelalter zu übertragen."[32] Diese von Otto Brunner präzise beschriebene Gefahr besteht verstärkt, wenn man nicht nur den in der Tat auch universalhistorisch zu definierenden Begriff ‚Staat' verwendet, sondern wie Mitteis sogar ein Element des modernen Staatsbegriffs benutzt, nämlich den Begriff ‚Staatsgewalt'. Im allgemeinen zieht man heute für das Mittelalter der Verwendung des Wortes ‚Staat' den Ausdruck ‚Herrschaft' vor und spricht von ‚Herrschaftsrechten' und nicht von ‚Staatsgewalt', die die Herrschaftsträger ausüben. In der heutigen Geschichtsschreibung faßt man die Entstehung des modernen Staates, oder ‚die Verstaatung', um einen Ausdruck von Mitteis zu verwenden, als einen Prozeß der Verdichtung und Konzentration der Herrschaftsrechte in der Hand einzelner weniger auf.[33] Erst durch diesen Verdichtungs- oder Konzentrationsprozeß entsteht in der Neuzeit in der Hand der Monarchen die Staatsgewalt als Zeichen ihrer Souveränität.

Trifft dieser Einwand aber den Kern der Mitteis'schen Konzeption oder wird hier nur ein Streit um Worte ausgefochten? Dazu muß man sich des Umstandes vergewissern, daß Mitteis und seinen Zeitgenossen wohl die im Mittelalter fehlende Trennung des öffentlichen vom privaten Recht bewußt war, nicht aber die eben knapp skizzierte Problematik. Die aus der Verbindung des öffentlichen Rechts mit dem Privatrecht resultierende terminologische Problematik hat Mitteis überzeugend beseitigt, indem er feststellte, daß man für das Mittelalter nur von ‚funktional öffentlichem Recht' sprechen könne, von dem „System von Rechtssätzen, das zur Organisation einer obersten Gewalt in einem bestimmten Wirkungsfeld geschaffen ist".[34] Zu fragen wäre nunmehr, ob Mitteis in diesem Sinne nicht auch den Begriff ‚Staatsgewalt' nur als ‚funktionale Staatsgewalt' gemeint hat, oder ob man dies wenigstens heute so verstehen

---

[30] Vgl. dazu Boldt (Anm. 10) 86ff.; Karl-Friedrich Krieger, Die Lehnshoheit der deutschen Könige im Spätmittelalter, Unters. z. dt. Staats- und Rechtsgesch. NF. Bd. 23, 1979, 20.

[31] Otto Brunner, Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter. Nachdruck der 5. Aufl. Wien 1965, Darmstadt 1973, 111f.

[32] Brunner (Anm. 31) 113.

[33] Vgl. Boldt (Anm. 10) 86ff., 149ff.

[34] Mitteis 7.

könnte. Doch dies hieße, den Fehler zu begehen, den Otto Brunner vermieden wissen wollte. Man würde durch diesen Sprachgebrauch wesentliche Merkmale der mittelalterlichen Gebilde verkennen und ein Merkmal des modernen Staates auf sie übertragen. Es hieße, den Erkenntnisgewinn der modernen Forschung zum allmählichen Staatswerdungsprozeß ohne Not preisgeben, wenn man das Wort ‚Staatsgewalt' schon für mittelalterliche Verhältnisse verwenden würde. Der modernen Forschung liegt es daran, diesen historischen Vorgang als eine Entwicklung zu begreifen, bei der die ‚Staatsgewalt' eben erst durch Verdichtung von Herrschaftsrechten entsteht. Dafür aber ist die Einsicht in die Andersartigkeit mittelalterlicher Herrschaft notwendige Voraussetzung. Die Erkenntnis dieser Andersartigkeit wird aber durch die Verwendung des modernen Terminus ‚Staatsgewalt' verhindert.

Ganz anders bei Mitteis und seinen Zeitgenossen. Ihnen lag nicht daran, die Andersartigkeit mittelalterlicher Herrschaft zu erkennen, sondern sie stellten ins Zentrum ihrer Forschung den Nachweis von Staat und Staatsgewalt schon im Mittelalter. Die tiefe Verwurzelung dieses Forschungsinteresses im Geist der ersten Jahrzehnte unseres Jahrhunderts läßt sich am besten verdeutlichen, wenn ich Mitteis selbst zu Worte kommen lasse, der dieses Erkenntnisinteresse klar formuliert hat:

„Es ist nicht bloß eine interne Angelegenheit der Rechtshistoriker, ob sie den Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht leugnen oder anerkennen wollen. Ihn leugnen, heißt mit Denknotwendigkeit die Existenz des öffentlichen Rechts überhaupt bestreiten, und das muß dazu führen, daß dem Mittelalter der eigentliche Staatsbegriff, dem germanischen Menschen der Vergangenheit die Staatlichkeit als solche abgesprochen wird. Daß aber in diesem Punkte volle Klarheit herrschte, daß der Deutsche von heute wisse, was seine Vorfahren auf staatlichem Gebiete geleistet haben, ist eine Forderung von nationaler Bedeutung. Wir müssen den Staat des Mittelalters in seiner ganzen Größe vor unsern geistigen Augen wiedererstehen lassen."[35]

Die Suche nach dem Staat im Mittelalter war also nicht ein beliebiges Forschungsziel sondern ein nationales Anliegen, dem nicht nur Mitteis sondern eine Reihe von deutschen Historikern in ihren Arbeiten dienen wollten. Daß das Buch ‚Lehnrecht und Staatsgewalt' in die Zeit der großen nationalen Aufbruchsstimmung nach dem 30. Januar 1933 geriet, konnte nicht geplant gewesen sein, sondern war ein Zufall der Wissenschaftsgeschichte. Und doch steht Mitteis mit seiner nationalkonservativen Grundanschauung mitten in der Zeitströmung, die diesen nationalen Aufbruch zunächst lebhaft begrüßte – so sehr er – wie auch viele andere Nationalkonservative – sehr bald auch auf Distanz zum Dritten Reich ging und zu Recht von den Machthabern als unzuverlässig eingeschätzt wurde. Dies ist keine nachträgliche Interpretation sondern läßt sich aus dem Werk selbst erweisen. Mitteis hat sich nämlich durchaus nicht gescheut, an geeigneter Stelle auch dem neusten Zeitgeist Tribut zu zollen. So begrüßte er mehrfach die Überwindung liberalistischer Geschichtsauffassungen.[36] Er verwendete auch Formulierungen, die nicht erst heute auffallen, sondern schon damals als merkwürdig bezeichnet wurden. So vermerkte Claudius von Schwerin, daß er sich nicht damit befreunden könne, wenn Mißstände im Lehnswesen des 10. Jahrhunderts von Mitteis „vielleicht auf rassische Verfallserscheinungen" zurückgeführt würden.[37] Schwerin nimmt nicht etwa grundsätzlich daran Anstoß, da er dies für „heute gesunde Erwägungen" hält, sondern moniert nur, daß sie in eine Zeit getragen würden, die dazu keinen Anlaß böte.[38] Der moderne Leser fragt sich verstärkt, weshalb Mitteis dieser sachlich durchaus überflüssige gedankliche Ausrutscher passierte? Doch war dies für ihn überflüssig?

---

[35] Mitteis 11.
[36] Mitteis 3, 205.
[37] Mitteis 205.
[38] v. Schwerin (Anm. 5) 303.

Wie soll man es verstehen, wenn er, der sonst in seinem Werk nur das Wirken anonymer Kräfte beobachtet, plötzlich vermerkt: Wo das Recht hineingerissen werde in den Wirbel politischer Entscheidungen, da reiche auch im Mittelalter die Idee von dem stillen Wirken geheimnisvoller Kräfte nicht aus; da trete an die Stelle des anonymen Volksgeistes die große politische Führerpersönlichkeit, die sich aus dem Recht das Instrument ihrer Machtbehauptung, die Waffe ihres Gestaltungswillens schmiede.[39] Die Verbeugung vor dem Neuen reicht bis in Formulierungen, die damals wohl von kaum einem bemerkt worden sein dürften, heute aber doch auffallen. So meint Mitteis, daß die Hausmeier, auch wenn sie Führer der königlichen trustis gewesen seien, doch sicher auch den Wert einer unabhängig davon bestehenden „Schutzstaffel" streng gehorsamspflichtiger Vasallen empfunden haben dürften.[40]

Ich kann und will mit diesen Bemerkungen die nicht nur interessante sondern auch notwendige Aufarbeitung der Geschichte eines so integren Mannes wie Heinrich Mitteis in der NS-Zeit nicht vorwegnehmen. Vielmehr liegt mir nur daran, darauf hinzuweisen, daß die Verwendung des Begriffes ‚Staatsgewalt' für das Mittelalter bei Mitteis nicht zufällig ist, sondern ein Essentiale seiner Geschichtsauffassung trifft, in der der Staat im Mittelpunkt des Interesses steht, womit er mitten im Strom der Zeitanschauung schwimmt, der ja in den dreißiger Jahren nicht eine neue Richtung einschlagen mußte, sondern nur aus seinem bisherigen Bett hervortrat und immer reißender wurde, wobei er auch diejenigen mit in seine Strudel zog, die dies später nicht mehr mittragen wollten.

4. Der zunächst diskutierte Einwand gegen die Position von Mitteis, daß er zu juristisch denke und im historischen Prozeß anonyme Mächte wie ‚das Lehnrecht' agieren lasse, verstärkt sich bei der Analyse einiger Einzelpunkte seiner Argumentationskette. Zu den tragenden Säulen seiner Erklärung dafür, daß das Deutsche Reich kein zentraler Einheitsstaat habe werden können, gehört das Vorhandensein ‚des Leihezwangs' im Reichslehnrecht. Weil es in Frankreich und England, aber auch im deutschen Territoriallehnrecht, diesen Leihezwang nicht gegeben habe, habe sich dort aus dem Lehnsstaat der moderne Staat entwickeln können. Dort hätten die Monarchen die heimgefallenen Lehen der Krondomäne zuschlagen und damit ihre Machtbasis verstärken können, während dies durch den Leihezwang dem deutschen König verwehrt gewesen sei. Erst durch den Leihezwang sei in Deutschland die Dezentralisation der Staatsgewalt zur Dekomposition gesteigert, zugleich die föderale Staatsform verfassungsmäßig festgelegt und eine Rückführung in den Einheitsstaat unmöglich gemacht worden.[41] In diesem Zusammenhang entwickelte Mitteis sogar den Gedanken, daß der Leihezwang aus dem inneren Gefüge des deutschen Reichslehnrechtes mit Notwendigkeit abzuleiten sei. Durch die Ausschaltung Heinrichs des Löwen sei zwischen dem Königtum und dem vierten Heerschild der Grafen und Edelfreien ein leerer Raum entstanden, der sinngemäß durch Einschiebung eines fürstlichen Fahnlehns ausgefüllt werden mußte. Es habe daher nahegelegen, daß die Reichsfürsten dem König die Wiederbesetzung des freien Platzes zur verfassungsmäßigen Pflicht gemacht hätten. Mitteis resumierte: „Nunmehr konnte die Entwicklung im 13. Jahrhundert nur noch so gehen, wie sie tatsächlich gegangen ist."[42] Demgegenüber hatte schon Kienast darauf aufmerksam gemacht, daß auch nach 1180 die Dinge ohne den unglückseligen Thronstreit von 1198 vielleicht ganz anders hätten gewendet werden können.[43] Der Leihezwang, wenn er denn 1180 wirklich gegründet wurde, hätte unter günstigen Umständen auch wieder beseitigt werden können. Die

---

[39] Mitteis 13.
[40] Mitteis 46.
[41] Mitteis 281.
[42] Mitteis 432, 442f., 443.
[43] Kienast (Anm. 4) 14.

damals ketzerisch klingende Frage, ob denn der Leihezwang wirklich ausgebildet gewesen sei, stellte Kienast nur für die frühe Phase, ob es ihn nämlich damals 1180 und Anfang des 13. Jahrhunderts schon gegeben habe.[44] Erst sein Schüler Werner Goez hat das Problem noch einmal grundsätzlich aufgeworfen und danach gefragt, ob es für die deutschen Könige wirklich eine Rechtspflicht gegeben habe, Fahnlehen, die ihnen heimgefallen seien, wieder als solche auszugeben, auch wenn sie dazu durch Erbrecht oder Eventualbelehnungen nicht im voraus rechtlich verpflichtet waren.[45] Goez kann dies in der Praxis des Reichslehnrechts nicht finden. Allerdings habe der Umstand, daß es zahlreiche erbrechtliche und vertragliche Bindungen zur Wiederausleihe gab, dazu geführt, daß Fahnlehen immer seltener zur freien Verfügung heimgefallen seien. Auch hätten die deutschen Herrscher dann in solchen Fällen die Fahnlehn faktisch in der Regel wieder ausgeliehen. Doch ist daraus noch nicht auf einen rechtlichen Leihezwang zu schließen.[46] Vielmehr konnte es zahlreiche politische oder finanzielle Gründe geben, die es dem König angeraten erscheinen lassen konnten, solche Heimfälle nicht zur Einbehaltung des Lehns auszunutzen. Für den Gedankengang von Heinrich Mitteis wäre ein solcher faktischer Leihezwang auch nicht ausreichend, weil es für ihn auf den Nachweis eines aus dem Lehnrecht abgeleiteten und damit öffentlichrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Zwangs zur Wiederausleihe ankam.

Für ihn war es ja gerade dieses Element des Reichslehnrechts, das destruktiv gegen die Staatwerdung des Deutschen Reiches gewirkt hatte. Daher liegt auch nicht ein im Grunde fruchtloser Streit in der Terminologie vor, wie Bärmann in der Besprechung des Buches von Goez meinte, sondern es geht weiter um die Substanz der Mitteis'schen Argumentation.[47]

Bleiben nur die den Leihezwang bezeugenden Sätze der Rechtsbücher. Goez hat versucht, diese Textstellen neu zu interpretieren, so daß aus ihnen ein rechtlicher Leihezwang über frei heimgefallene Fahnlehen nicht mehr herauszulesen war.[48] Er fand damit zunächst etwa bei Droege oder Hermann Krause Anklang.[49] Doch wurde seine Argumentation 1976 von Hans Georg Krause überzeugend widerlegt,[50] so daß man heute wieder davon ausgehen muß, daß die Spiegler in der Tat einen solchen Leihezwang für heimgefallene Fahnlehen meinten. Allerdings sind die Rechtsbücher, wie wir wissen, keine normativen Texte. Es mag rechtspolitische Gründe dafür gegeben haben, die die Spiegler dazu veranlaßten, den Leihezwang für wünschenswert zu halten, weshalb sie ihn in ihre Texte aufnahmen. So bleibt die Frage, ob es im deutschen Reichslehnrecht einen Leihezwang gegeben habe, bestenfalls offen. Ein sicheres Glied in einer Beweisführung in Mitteis' Sinne ist dieser Punkt somit nicht.

Er ist es umso weniger, als die von Mitteis vollzogene Umkehrung, daß nämlich das Fehlen des Leihezwangs im deutschen Territoriallehnrecht dieses zum geeigneten Mittel beim Verstaatungsprozeß der Territorien gemacht habe,[51] so nicht mehr haltbar ist. Sicherlich gab es eine Reihe von Landesherrschaften, in denen es nachweisbar den Leihezwang nicht ab.[52] Doch ebenso hat die landesgeschichtliche Forschung etwa für Pommern, Mecklenburg, Braunschweig-

---

[44] Kienast (Anm. 4) 14.

[45] Werner Goez, Der Leihezwang. Eine Untersuchung des deutschen Lehnrechtes, Tübingen 1962.

[46] Krieger (Anm. 30) 377ff.

[47] Johannes Bärmann in der Besprechung des Buches von Goez: ZRG. GA. 80, 1963, 418.

[48] Goez (Anm. 45) 378f.

[49] Georg Droege, Landrecht und Lehnrecht im hohen Mittelalter, Bonn 1969, 65f.; Hermann Krause, Besprechung von Goez in: DA. 19, 1963, 271ff.

[50] Hans Georg Krause, Der Sachsenspiegel und das Problem des sogenannten Leihezwanges. Zugleich ein Beitrag zur Entstehung des Sachsenspiegels. ZRG. GA. 93, 1976, 21. ff.

[51] Mitteis 461.

[52] Vgl. Krieger (Anm. 30) 382 Anm. 308.

Lüneburg und das Hochstift Münster das Vorhandensein eines Leihezwanges aufgezeigt, ohne daß dort eine schwächere Territorialstaatsentwicklung zu beobachten wäre als in den anderen Territorien ohne Leihezwang. Schon allein aus diesem Grund kann der rechtliche Leihezwang die von Mitteis zugeschriebene Wirkung nicht gehabt haben, womit ein nicht unwesentlicher Bestandteil seines Gedankengebäudes hinfällig geworden ist.

5. Ein weiterer wichtiger Punkt war für Mitteis seine neue Interpretation der Feudalisierung der Ämter,[53] weil sich dabei die Substituierung des Amtsrechts durch das Lehnrecht und damit der funktional öffentlichrechtliche Charakter des Lehnrechts deutlich zeigt. Deshalb ist es für ihn keineswegs nebensächlich festzustellen, daß Ämter schon in fränkischer Zeit nicht nur im Zusammenhang mit den Liegenschaften der Amtsausstattung, sondern selbständig als Amt zu Lehn ausgegeben worden seien, wogegen die ältere Lehre immer angenommen hatte, daß das Amt selbst gewissermaßen nur im Zusammenhang mit der Amtsausstattung verliehen worden sei.[54] Der Weg zur Ämterleihe habe daher nach dieser älteren Auffassung über das sachliche Substrat geführt, das der Amtsführung zugrunde lag. Danach habe sich erst in Analogie zur Liegenschaftsleihe die Rechtsnatur des Amtes selbst zum Lehn umgestalten können, dieses sei erst dadurch zum ‚Amtslehn' geworden. Obwohl auch Mitteis anerkennt, daß das Amtsvermögen, soweit es aus Liegenschaften bestand, in ein unlösbares Dauerverhältnis zum Amt gebracht worden sei, leugnet er, daß deshalb die Rechtsnatur des Amtes durch die Qualität der Dotation bestimmt worden sei.[55] Er fragt vielmehr, ob es denn wirklich des Umwegs über die Pertinenz bedürfe, um die neue Grundlage des Amtsverhältnisses konstruktiv zu erfassen. Nach seiner Überzeugung gab es schon in karolingischer Zeit Amtsbelehnungen, die ihre Unabhängigkeit von der Liegenschaftsleihe besaßen. „Die Investitur mit einem Amt bedeutet also von Anfang an nichts anderes als die Belehnung mit einem Recht, mit dem Recht zur Ausübung öffentlicher Funktionen, mit dem Recht der Ausbeute einer staatlichen Einnahmequelle. Der mitverliehene Grundbesitz erscheint als Pertinenz des Amtes, nicht umgekehrt."[56] Die zweite Folgerung erscheint völlig logisch, weil es gedanklich nicht schlüssig erscheint, daß die Pertinenz den Vorrang vor dem Hauptrecht gehabt haben sollte. Gerade diesen Gedanken versuchte Mitteis mit dem Hinweis darauf zu stützen, daß sich von Anfang an eigene, auf den Amtscharakter zugeschnittene Investitursymbole herausgebildet hätten und nicht etwa ein rein privatrechtliches Symbol wie bei der Liegenschaftsleihe benutzt worden sei.[57] Daraus ergibt sich für Mitteis:[58] „Aus der prinzipiell ungemein bedeutsamen Feststellung, daß die Amtsleihe von Hause aus selbständig neben der Landleihe steht, kann nun weiter gefolgert werden, daß sie sich auch im Charakter von ihr unterscheidet." Das Amt bleibe auch nach der Verleihung seiner Natur nach ein öffentliches. Das Amtslehn bildete schon damals einen Typ für sich. Gerade in dieser Hinsicht könne man sagen, daß schon das karolingische Lehnrecht durchaus in öffentlichrechtlicher Funktion stehe, womit die Bedeutsamkeit dieses Problems für seinen Gedankengang unübersehbar hervorgehoben wird. In diesem Punkt hat er von Claudius von Schwerin energischen Widerspruch erfahren.[59] Mit Recht wies dieser darauf hin, daß die von Mitteis angeführten Beispiele für die Belehnung mit spezifischen Symbolen nur Ausnahmen beträfen, nämlich die Investitur von Königen, Herzögen und Bischöfen. Dagegen für die Grafschaft, also das typische Amtslehn der spätfränkischen Zeit, seien niemals andere als sachenrechtliche Investitur-

[53] Mitteis 199ff.
[54] Mitteis 200.
[55] Mitteis 201.
[56] Mitteis 202.
[57] Mitteis 202.
[58] Mitteis 203.
[59] v. Schwerin (Anm. 5) 301f.

symbole verwendet worden. Dies erscheine auch konsequent, da kein Fall der Amtsbelehnung ohne ein sachliches Substrat bekannt sei. Nimmt man nun noch hinzu, daß Amtsausstattung und Amt – auch nach Mitteis – ein unlösbares Dauerverhältnis eingegangen seien, so erscheint es als eine anachronistische und zu modernistische Anschauung, trotzdem vorauszusetzen, daß schon in spätfränkischer Zeit beides gedanklich getrennt worden sei. Deshalb bleibt für mich auch heute noch von Schwerins Resumee überzeugend, der meinte:[60] „Sehe ich recht, so hat den Verfasser seine durchaus richtige Auffassung vom öffentlichrechtlichen Charakter der Ämter dazu verführt, den Unterschied zwischen Sachleihe und Amtsleihe früher als gegeben anzunehmen, als er vorhanden war, und zugleich dazu, den Entwicklungsweg zu verdecken".

Die moderne Forschung hat diese Kontroverse gewissermaßen aufgehoben. Scheyhing meint nämlich, daß die Feudalisierung des Ämterwesens nicht von der Behandlung der Ämter als Benefizien sondern von der persönlichen Treuebindung des Amtsinhabers ausgegangen sei.[61] Dies erscheint insofern überzeugender als Mitteis' Konzeption, weil dabei nicht von der problematischen Annahme ausgegangen werden muß, es habe schon in karolingischer Zeit eine Belehnung mit Rechten gegeben. Auch die Schwierigkeiten mit den Investitursymbolen hätten damit ihre Bedeutung verloren. Mitteis' Anliegen, der öffentlichrechtliche Charakter der Ämter und Amtlehn, wäre durch die persönliche Treuebindung des Amtsinhabers an den König auch dann gewahrt, wenn man von der dienstrechtlichen Übertragung zur lehnrechtlichen Form überging und dabei wegen der Amtsausstattung die sachenrechtlichen Investitursymbole benutzte.[62] Damit behielte Mitteis in diesem Punkte in der Sache recht, ohne daß damit die unschlüssigen Punkte seiner Beweisführung zugleich akzeptiert werden müßten.

6. Zum Abschluß möchte ich noch auf die Geldleistungen im Zusammenhang mit dem Lehnrecht eingehen. Mitteis konstatierte auch hier einen gravierenden Unterschied zwischen Westeuropa und dem deutschen Reichslehnrecht.[63] Dort habe der folgeberechtigte Vasall beim Erbfall für die Belehnung Zahlungen zu leisten gehabt, die etwa in Frankreich unter Philipp August für das Königtum eine erhebliche finanzielle Bedeutung gewonnen hätten. In Deutschland würden solche Zahlungen in den Lehnsurkunden dagegen niemals erwähnt, worin sich erneut die Schwäche der lehnsherrlichen Stellung des deutschen Herrschers zeige. Demgegenüber hatte schon Werner Goez darauf aufmerksam gemacht, daß das Schweigen der Lehnsurkunden nicht mißverstanden werden dürfe.[64] Aus anderen Quellen konnte er ermitteln, daß auch in Deutschland die Kronvasallen eine Lehnware bei Neubelehnung bezahlt haben. Krieger hat die Zahl der ermittelten Fälle weiter vermehrt und darüber hinaus gezeigt, daß es bei der Lehnware um keineswegs unerhebliche Summen ging, die für die in ständiger Finanznot lebenden deutschen Könige gleichfalls von erheblicher Bedeutung gewesen sein müssen.[65]

Auch bei der Gegenüberstellung der geldwirtschaftlichen Rationalisierung des Lehnswesens, also der Ablösung der Lehnsdienste durch Geldzahlungen, ist der Gedankengang von Heinrich Mitteis nicht immer folgerichtig und überzeugend begründet.[66] Er stellt es darauf ab, ob es der Zentralgewalt gelang, die Umsetzung in der Hand zu behalten und niemals zu einem festen, einseitig ausübbaren Recht des Vasallen werden zu lassen. Dieses Problem sei am perfektesten in England mit den Schildgeldern gelöst worden, die sich schließlich zu einer Art Wehrsteuer

---

[60] v. Schwerin (Anm. 5) 302.

[61] Robert Scheyhing, Eide, Amtsgewalt und Bannleihe. Eine Untersuchung zur Bannleihe im hohen und späten Mittelalter. Forschungen z. dt. Rechtsgesch. 2, Köln-Graz 1960, 28ff. bes. 48ff., 54ff.

[62] Vgl. Karl Kroeschell, Amt, in: HRG. Bd. I, 1964, Sp. 151.

[63] Mitteis 672ff., 674.

[64] Goez (Anm. 45) 151ff.

[65] Krieger (Anm. 46) 451ff. So auch schon Kienast (Anm. 4) 49 unter Hinweis auf Waitz.

[66] Mitteis 609ff.

entwickelt hätten. In Frankreich hätten dagegen schon die Geldleistungen der Vasallen gegenüber den sonstigen fiskalischen Einkünften aus Steuern und Zöllen keine sehr große Bedeutung gewinnen können. In Italien und Deutschland vollends sei seit 1158 im Reichslehnrecht den Vasallen die Wahlmöglichkeit gegeben worden, ob sie den Dienst selbst erbringen oder in Geld ablösen wollten. Nach seiner Prämisse stellt dies eine Schwächung der lehnherrlichen Stellung des deutschen Königs dar. Doch mußten die Reichsvasallen nach den ronkalischen Lehnsgesetzen immerhin bei gewöhnlicher Reichsheerfahrt den halben Jahresertrag ihres Lehns leisten, für die Romfahrt sogar den ganzen Jahresertrag, wenn sie nicht selbst dienen wollten.[67] Dies sind so erhebliche Geldleistungsverpflichtungen, daß dadurch auf der einen Seite die Vasallen durchaus zur Erbringung der Dienste in Person angehalten werden konnten, auf der anderen Seite dem Herrscher bei Zahlung der Ablösung erhebliche Summen zur Anwerbung von Söldnern in die Hand kamen, die zunehmend eine größere Bedeutung gewannen. Daher vermag ich in dieser deutschen Lösung durchaus nicht eine Schwäche des Reichslehnrechtes zu erblicken. Wenn in den Rechtsbüchern die Ablösung auf nur noch ein Zehntel des Jahresertrages abgesunken ist, so ist diese Reduzierung gewiß nicht unerheblich. Aber diese Angaben sagen nichts aus über die Praxis des Reichslehnrechts in Deutschland.

7. Fragen wir zum Schluß: Was bleibt nach dieser kritischen Betrachtung von ‚Lehnrecht und Staatsgewalt' im Lichte der modernen Forschung? Ganz sicherlich sollte dieser Klassiker der Rechtsgeschichte unseres Jahrhunderts nicht mehr so unkritisch und unreflektiert für die Beurteilung der mittelalterlichen Verhältnisse herangezogen werden. Dies meine ich für die konzeptionelle Seite ebenso wie für nicht wenige Einzelpunkte. Doch es bleibt die Einsicht von Heinrich Mitteis, daß das Lehnrecht des Mittelalters nicht als Privatrechtsordnung zu begreifen ist, sondern die Funktion einer öffentlich-verfassungsrechtlichen Ordnung besaß. Daß wir heute dieses ‚funktional öffentlichrechtliche Lehnrecht' nicht mehr als selbstwirkende Kraft verstehen können, sollte uns nicht daran hindern, den durch Mitteis vermittelten Erkenntnisgewinn zu bewahren, daß die Ausformung des Lehnrechts in Deutschland abwich von der Westeuropas und damit dem deutschen Herrscher andere rechtliche Mittel zur Verfügung standen als den französischen oder englischen Königen. Das somit als rechtlicher Rahmen für politisches Handeln zu verstehende Lehnrecht uns nahegebracht zu haben, bleibt das Verdienst von Heinrich Mitteis. Vor allem aber bleibt bei mir die Bewunderung für eine großzügige Konzeption und eine immense Stoffbeherrschung, mit denen Heinrich Mitteis eine für die Geschichtsschreibung seiner Zeit vorbildliche und hervorragende Leistung erbracht hat. Daß nicht alles davon nach mehr als fünfzig Jahren noch Bestand hat, scheint mir gegenüber dieser Feststellung sekundär zu sein.

---

[67] Mitteis 613 Anm. 108.

KARL FERDINAND WERNER

# Der fränkisch-französische Königs- und Lehnsstaat bei Heinrich Mitteis. Eine kritische Würdigung

Meinem Freunde, dem Rechtshistoriker Olivier Guillot

Man sollte etwas nicht darum schon für selbstverständlich halten, weil es tatsächlich geschehen ist: der Historiker muß sich wundern können. Daß Heinrich Mitteis sich so eingehend mit westeuropäischer, insbesondere französischer und normannischer Geschichte, Rechts- und Verfassungsentwicklung beschäftigt hat, ist zum Verwundern. Erst recht, wenn man bedenkt, wann es geschah: in den 20er bis 40er Jahren unseres Jahrhunderts. Zum Bewundern ist der Erfolg, den er auf diesem Feld im „westeuropäischen Ausland" (so hieß das früher) errungen hat. Obwohl er weitgehend in deutscher Sprache veröffentlicht hat, wurde er dort nicht nur zur Kenntnis genommen, sondern sogar als Autorität anerkannt. Als ich vor fast 40 Jahren nach meiner Heidelberger Promotion an der Ecole des Hautes Etudes studierte, konnte ich feststellen, daß Mitteis nahezu der einzige deutsche Historiker war, der neben Walther Kienast überhaupt erwähnt wurde. Der belgische Rechts- und Verfassungshistoriker François Louis Ganshof hat in einer Bibliographie zum Lehnswesen das eine der beiden Hauptwerke von Mitteis, „Der Staat des Hohen Mittelalters" als *„particulièrement important"* hervorgehoben, das andere, „Lehnrecht und Staatsgewalt" wie folgt beurteilt: *„l'ouvrage de loin le plus remarquable qui ait été consacré aux institutions féodo-vassaliques en Europe occidentale (!) et centrale."*[1] Fragt man sich, welche Historiker in bahnbrechender Weise die ganze aus dem Frankenreich hervorgegangene Staatenwelt behandelt haben, so wird man vor allem an Fritz Kern, Henri Pirenne, Marc Bloch, Percy Ernst Schramm, Heinrich Mitteis und Georges Duby denken, wobei einmal mehr das Königtum, ein andermal mehr das Lehnswesen, oder die wirtschaftliche Entwicklung im Mittelpunkt stand, aber stets so, daß der Zusammenhang des Ganzen gesehen und zu seinem Verstehen ein neuer Beitrag geleistet wurde.

Diesen großen „Europäern" war eine entsprechende Nachwirkung beschieden, die sich Marc Bloch ausdrücklich als Überwinden seiner vorläufigen oder irrigen Ergebnisse durch die von ihm angeregten jüngeren Historiker gewünscht hat.[2] Bei Mitteis muß man hingegen nach einem

---

[1] F. L. Ganshof (avec R. C. Van Caenegem), Les institutions féodovassaliques, Brüssel 1972 (Introduction bibliographique à l'histoire du droit et à l'éthnologie juridique, B/8), 51 u. 10. Vgl. auch L. Genicot in: F. L. Ganshof, L. Genicot, Le Moyen Age, in: La Nouvelle Bibliothèque de l'honnête homme, s. l. s. a., 116, wo zur Verfassungs- und Wirtschaftsgeschichte Europas an erster Stelle der „Staat des Hohen Mittelalters" erscheint, „Lehnrecht und Staatsgewalt" an 3. Stelle, beide mit Urteilen wie *lumineusement* bzw. *avec précision et concision* bedacht. Insgesamt waren Werke in deutscher Sprache den belgischen Historikern mit ihrer polyglotten Tradition leichter zugänglich als ihren französischen Kollegen. Als der bedeutende Sozialgeschichtler Robert Boutruche (in der eben zitierten Liste an 2. Stelle zitiert, mit dem Zusatz: *„pourrait être mieux informé des réalités allemandes")* nach gelungenem Doctorat d'Etat Ganshof fragte, was er nun vor allem tun solle, antwortete ihm dieser, wie er mir später erzählte: „Lernen Sie deutsch!" – Vgl. auch die Kritik von Ganshof an J. Imbert unter Hervorhebung einer von diesem übersehenen besseren Interpretation einer Kapitularienstelle durch Mitteis, in: Ganshof, Das Lehnswesen im Fränkischen Reich, Studien zum mittelalterlichen Lehnswesen, Lindau/Konstanz 1960, 48, Anm. 58 (Vorträge und Forschungen, 5). Zu einem französischen Urteil über Mitteis s. u. Anm. 10 (R. Folz, wie sein Lehrer Marc Bloch ein hervorragender französischer Kenner der deutschen Geschichte und Historiographie).

[2] Vgl. zu Marc Bloch jetzt H. Atsma, A. Burguiere (Hgg.), Marc Bloch aujourd'hui. Histoire comparée et sciences sociales, Paris 1990. Dort vor allem O. G. Oexle, M. B. et la critique de la raison historique, 419–33, wo sein Weg vom

halben Jahrhundert eher über einen nahezu widerstandslosen Erfolg beunruhigt sein, wenn man bedenkt, daß „Lehnrecht und Staatsgewalt" unersetzt und, von Einzelheiten abgesehen, unbestritten blieb und daß noch 1986 der „Staat des hohen Mittelalters" in 11. Auflage erschien, die seit der 4. (1953, bald nach dem Tod des Autors) unverändert blieb.[3] Unser Symposion ließ schon erkennen, daß es Zeit ist für eine kritische Auseinandersetzung mit dem Gesamtwerk und seinen Grundauffassungen ebenso wie mit einzelnen Thesen – sie ist die beste Ehrung des Andenkens eines Forschers und Autors von Rang.

Wir wollen zu unserem engeren Themenbereich zuerst fragen, wie Mitteis zur westeuropäischen Verfassungsgeschichte kam, was ihn dabei auszeichnete und zu welchen wesentlichen Erkenntnissen er dabei gelangt ist. Dann versuchen wir zu ausgewählten Problemkreisen Einzelkritik vorzutragen, die es uns erlauben wird, den durchgreifenden Wandel festzustellen, der in den letzten Jahrzehnten in einer immer internationaler werdenden Forschung sich durchgesetzt hat. Wenn dabei Zeitgebundenes im Werk von Mitteis deutlicher hervortreten muß, so werden wir Historiker nicht vergessen, daß ein Urteil über einen Autor ohnehin nur unter Berücksichtigung des Zeitalters, in dem er wirkte, in angemessener Weise formuliert werden kann.

## I.

Mitteis selbst äußert sich im Vorwort zu „Lehnrecht und Staatsgewalt" sachlich-nüchtern zu dem Weg, der ihn, den vielseitigen Juristen, zum Lehnrecht gelangen ließ: „Forschungen zur Geschichte des Prozeßrechts führten mich zur Verfassungsgeschichte. Das Studium der großen politischen(!) Prozesse des Mittelalters ließ das Interesse am Lehnrecht wach werden."[4] Er meint dabei die Prozesse, die im 12. Jahrhundert gegen Heinrich den Löwen und Johann Ohneland geführt wurden. „In beiden Fällen", so sagt er „gab das Lehnrecht die Entscheidungsgrundlage." „Warum", so fragt er „führte es in Frankreich zum Einheitsstaat, in Deutschland zu Föderalismus und Partikularismus?" Sollte es etwa „tiefgreifende nur durch Vergleichung erschließbare Wesensunterschiede im Aufbau des deutschen und der westlichen Lehnrechte" geben? Obwohl Mitteis als Rechts- und Verfassungshistoriker mit Untersuchungen zu westeuropäischen Themen begann – so 1914 in der bemerkenswerten Studie zu Philippe de Beaumanoir, und erneut 1921 zum Vergleich französischer und deutscher Entwicklung[5] – so hat er doch als deutscher Jurist die Frage nach der Erklärung unseres eigenen staatlichen Schicksals stets in den Mittelpunkt gestellt. Es zeigt sich immer wieder – und dies ist unsere erste Beobachtung – daß das westliche Material ebenso wie seine Problematik für Mitteis nur eine Hilfsfunktion einnimmt bei dem Versuch, die deutsche Entwicklung besser zu verstehen. Dies nicht allein wegen der Möglichkeiten einer vergleichenden Betrachtung, sondern ganz einfach darum, wie er selbst bekennt, weil im Westen die Quellen früher und reichlicher fließen und dazu verlocken, mit

---

Positivismus zur „histoire-hypothèse" bzw. „histoire-conjecture" nachgezeichnet wird, die jeden Glauben an die inhaltliche Dauerhaftigkeit eigener Arbeiten ausschloß. Vgl. auch ebd. K. F. Werner, M. B. et la recherche historique allemande, 125–33, wo allerdings von Urteilen zu F. Kern und G. v. Below, nicht zu Mitteis die Rede ist.

[3] H. Mitteis, Lehnrecht und Staatsgewalt. Untersuchungen zur mittelalterlichen Verfassungsgeschichte, Weimar 1933, 2. unveränd. Aufl. 1974 (künftig LuS); Der Staat des hohen Mittelalters, Grundlinien einer vergleichenden Verfassungsgeschichte des Lehnszeitalters, Weimar 1940, 2.A. 1943, 3. 1948 (von uns benutzt und zitiert), 4. 1953, 7. 1962 (von uns benutzt und zitiert), 11. 1981 (künftig SHMA/3 bzw. SHMA/7).

[4] LuS, VII (auch für die folgenden Zitate).

[5] H. Mitteis, Beaumanoir und die geistliche Gerichtsbarkeit, ZRG.Kan.Abt. 4, 1914, 263–357, erneut in: H. Mitteis, Die Rechtsidee in der Geschichte. Gesammelte Abhandlungen und Vorträge, Weimar 1957, 1–70; Rechtspflege und Staatsentwicklung in Deutschland und Frankreich, Archiv des öff. Rechts 40, 1921, 1–21 (= Die Rechtsidee . . . 71–85).

ihrer Hilfe Lücken in der deutschen rechts- und verfassungsgeschichtlichen Überlieferung zu schließen.[6] Gewiß hat Mitteis 1930 auf einer längeren Studienreise sogar ungedruckte französische Quellen eingesehen, gewiß hat er manche neuen Erkenntnisse gerade im französischen bzw. anglonormannischen Bereich gewonnen – das hat ihn nicht gehindert, auszusprechen, wie sekundär der Westen in seinem der deutschen Rechts- und Verfassungsgeschichte zugewandten Lehrgebäude geblieben war. Sein Hauptinteresse, so sagt er einleitend zu „Lehnrecht und Staatsgewalt", gelte „natürlich dem deutschen Recht. Es ist ein Stück deutsche Rechtsgeschichte, die hier gegeben werden soll".[7] Mitteis war politischer Historiker, den Machtstrukturen faszinierten, und zwar am meisten im Bezug auf die eigene Nation. Ihr Gelingen oder Scheitern im Aufbau eines Zentral- und dadurch Machtstaates, lag ihm am Herzen.[8] Maßstab staatlichen Gelingens war ihm Erfolg und Macht des französischen Zentralstaats: in seinen nach dem Ersten Weltkrieg entstandenen Hauptwerken dachte er über (vermeintliche oder tatsächliche) Versäumnisse oder Irrwege in der deutschen Geschichte nach. Der Jurist und Rechtshistoriker glaubte im Lehnrecht – aufgrund seiner zum 12. Jahrhundert gemachten Studien – den Schlüssel zum Verständnis der Staatsentwicklung und Machtgeschichte für den ganzen Zeitraum vom 10. bis 13. Jahrhundert, damit aber auch für die weitere deutsche Entwicklung gefunden zu haben.

Hier muß jedoch gleich betont werden, was ihn vom banalen deutschen Machthistoriker unterscheidet. Schon in den ersten Auflagen von „Der Staat des Hohen Mittelalters" (1940/1943) schrieb er den damals bemerkenswerten Kernsatz, (aus Anlaß der französischen Staatsentwicklung, in der die Rechtsidee die Kraft gehabt habe, eine Machtsituation zu verändern) „daß das Recht nicht etwa nur eine Funktion der Macht, sondern selbst eine Macht im Leben der Völker ist".[9] Diesen immer wieder von ihm aufgegriffenen Leitgedanken hat man denn auch zum Titel der Sammlung seiner Aufsätze und größeren Rezensionen aus diesem Felde gewählt: „Die Rechtsidee in der Geschichte" (1957). Man lese zu diesem Bande die Rezension von Robert Folz, wenn man sich ein Bild vom positiven Echo machen will, das Mitteis in der französischen Forschung gefunden hat.[10]

Noch aufschlußreicher für die Einschätzung von Mitteis als einer Persönlichkeit, die sich über nationale Engstirnigkeit erheben konnte, sind Themenwahl und Arbeitsweise des Gelehrten. Nicht allein zeigen außerdeutsche Rechts- und Verfassungsprobleme als Gegenstand seiner Arbeit seinen europäischen Horizont, noch bemerkenswerter ist die Kraft, mit der er sich über die allzu fest gefügte Welt juristischer Teildisziplinen erhebt und deren „Trennungsdenken", wie man das inzwischen benannt hat, schon in seiner frühen Beaumanoir-Studie mit einem Satz aus den Angeln hebt: „das Wesen des Rechtsganges im Mittelalter kann nicht vom Standpunkte nur eines Quellenkreises aus, etwa des germanischen oder des romanisch-kanonischen, richtig erfaßt werden."[11]

In der klassischen Würdigung seines Lebenswerks durch Karl Siegfried Bader wird für diese sich zum Ganzen erhebenden Haltung „väterliches Erbe" wahrscheinlich gemacht. Aus dem Hause von Ludwig Mitteis habe der Sohn „das Bewußtsein von der Einheit rechtshistorischer Forschung unmittelbar . . mitgenommen": so wie der Vater das römische Recht in der römi-

---

[6] z. B. LuS, 2ff.

[7] Ebenda, 2.

[8] Vgl. etwa seine Kritik an der deutschen Entwicklung („Widerstandsunfähigkeit gegen die Dezentralisation" gegenüber der durch „straffe und bewußte Zentralisation" aufsteigenden „französischen Königsmacht", bei ausdrücklicher Herstellung eines Gegenwartsbezugs (Erschütterung durch den Ausgang des Weltkriegs) in: Rechtspflege und Staatsentwicklung (wie Anm. 5), 19 bzw. 83. Siehe auch unten zu Anm. 85.

[9] SHMA/3, 22, SHMA/7, 20.

[10] Revue historique 220, 1958, 360–64.

[11] Mitteis, Beaumanoir (wie Anm. 5) 263, bzw. 1.

schen Welt, so „universal" habe der Sohn „die Idee des Rechts" gesehen.[12] „Nachkomme einer deutsch-böhmischen Juristenfamilie", der sein österreichisches Erbe stolz betont hat,[13] war Heinrich Mitteis, das darf man ruhig sagen, ohnehin ein wenig weltläufiger und weniger germanisch-provinziell angelegt als manch anderer. Man darf überdies an seinen großen österreichischen Vorläufer Heinrich Brunner erinnern, der zwar noch nicht von „vergleichender Verfassungsgeschichte" sprach, sie aber schon 1868 („Wort und Form im altfranzösischen Prozeß") und in den 1894 zusammengefaßten „Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes „praktizierte und dabei vielfältige germanisch-romanische Wechselbeziehungen nachgewiesen hat. Mitteis wagte sich jedoch an die literarische Gestaltung der Thematik, an die Aufgabe, das Einzelne im Ganzen an seinen rechten Platz zu stellen und von daher zu erklären. Das erforderte die Bewältigung enormer Stoffmassen. Es bleibt sein Ruhmesblatt, 1940(!) erklärt zu haben, so, als verstehe sich das von selbst, er habe, um den „Staat des Hohen Mittelalters" zu schreiben, „das Untersuchungsgebiet räumlich auf das ganze Abendland, sachlich auf das Ganze der Verfassung" ausgedehnt.[14]

1951 hat der Rechtsdenker Mitteis in der großen Studie über „Formen der Adelsherrschaft im Mittelalter" eine bahnbrechende Kritik an erstarrten Formen der deutschen Rechtsgeschichte geschrieben. Er wirft ihr Überbewertung der Volksrechte vor, die man „als genuine Emanationen des ‚Volksgeistes' auffaßte", sowie die „Methode der vergleichenden Rückschlüsse", die es erlaube, die verschiedensten Phänomene „in die Zeit des germanischen Altertums" zurück zu projizieren, womit ein „hypothetisches germanisches ‚Urrecht' als Quellpunkt der gesamteuropäischen Rechtsentwicklung erschlossen werden sollte". Mitteis hat damals ein Programm formuliert, wonach „die Rechtsgeschichte des Adels ... durch die ganze europäische Vergangenheit hindurch in großer Linie" werde „verfolgt werden müssen", womit „das Gesamtbild des ältesten europäischen Verfassungslebens neu gestaltet" werden könne.[15]

Zu den wichtigsten Erkenntnissen, die Mitteis selbst noch in diesem Felde erringen und weitergeben konnte, gehört die schon zu Beginn seiner Beschäftigung mit dem Lehnrecht formulierte, damals grundlegende Kritik an einer Literatur, in der das Lehnrecht viel zu lange „unter den Materien des deutschen Privatrechts ... abgehandelt" worden sei.[16] Demgegenüber gelangte Mitteis am Ende seiner Analyse in „Lehnrecht und Staatsgewalt" zur Feststellung, daß der Satz „nulle terre sans seigneur" stärker als alles andere „die grundsätzlich öffentlich-rechtliche Natur des französischen Lehnrechts" symbolisiere.[17] Dieser Ansatz führt in das Zentrum des Beitrags von Heinrich Mitteis zur west- und mitteleuropäischen Verfassungsgeschichte. Hat er es doch dank dieser Erkenntnis des öffentlichen Charakters des Lehnsrechts gewagt, vom Staat zu sprechen, was im Titel beider Hauptwerke demonstrativ zum Ausdruck kam. Ohne uns auf die grundsätzliche Debatte zum Staatsbegriff hier einlassen zu wollen,[18] möchten wir zur Staat-

---

[12] Die Rechtsidee (wie Anm. 5), XIII–XXIX, dort XIIIf.

[13] Ebenda, XVII.

[14] SHMA/3, VII (Wiederabdruck, im Auszug, des Vorworts zur 1.A); SHMA/7, ebenfalls VII.

[15] H. Mitteis, Formen der Adelsherrschaft im Mittelalter; in: Festschrift Fritz Schulz, Weimar 1951, 226–58, erneut in: Die Rechtsidee., 636–68, dort 226 bzw. 636f. sowie 228 bzw. 638. Wir werden allerdings im weiteren Verlauf erkennen, daß es sich dabei doch z. T. um späte Einsichten handelte.

[16] LuS 5.

[17] LuS 319ff., 321.

[18] Es sei mir gestattet, zu diesem Thema auf einen Abschnitt meines Buches Nobilitas. La genèse des élites politiques en Occident vorzuverweisen, das 1992 bei Fayard in französischer, bei Siedler in deutscher Fassung erscheinen soll. Es wird dabei die neuhistorische Vorstellung von einer vermeintlich erst in Italien über „stato" auftretenden „modernen" Begrifflichkeit dem Kontinuum des römischen Staatsdenkens und einer Begrifflichkeit, die fest im viel älteren *regni status* wurzelt, in der gesamten europäischen Entwicklung gegenübergestellt werden.

lichkeit in der Lehnrechtsproblematik in Frankreich und Deutschland etwas weiter ausholen, um das Verdienst von Mitteis gerade in diesem, außerordentlich wichtigen Punkt ins rechte Licht zu rücken.

In beiden Ländern, wenn auch auf verschiedene Weise und aus abweichenden Gründen, wurden im 18. und 19. Jahrhundert Begriffe und Erklärungsmodelle für das einstige Zeitalter der Herrschaft von Adel und Kirche entwickelt, indem man diese Vergangenheit nach ihren vermeintlich oder tatsächlich fortlebenden Reliktformen gliederte, bezeichnete und beurteilte. So wurde Lehnrecht darum zu einem Lehrgegenstand des Privatrechts, weil in der unmittelbar vorhergehenden Periode der Staat die Reste staatlicher Befugnisse der Lehnsträger beseitigt und der staatliche Unterricht den öffentlichen Charakter lehnrechtlicher Institute entsprechend geleugnet hatte. Man kann bei Wolfgang Wagner zur „Privatisierung des Lehnrechts" nachlesen, wie spät und mühsam sich dieser Prozeß im österreichischen 19. Jahrhundert vollzogen hat.[19] Die bis dahin überwiegend öffentlich-rechtliche, vielfach in den Bereich herrschaftlicher Gewalt gehörende Materie Lehnrecht wurde de facto, de iure, endlich auch in der Dogmatik und im akademischen Unterricht ins Privatrecht abgeschoben! Indem man die vom modernen Staat in West-, dann auch in Mitteleuropa in der Spätphase des Reichs und nach seinem Ende entmachteten kleineren und mittleren Inhaber öffentlicher Gewalt in den Status eines bloßen „Sonderrechts" versetzt hatte, begann man, diese Konstruktion rückwirkend auf die Vergangenheit anzuwenden. Die Kategorien Besitz und Erbrecht, die aus moderner Sicht natürlich der privatrechtlichen Sphäre angehören, wurden damit für Vorgänge in weit davor liegender, ganz anders strukturierter Zeit „operativ". Ein Beispiel von Rang für die Wirkung solcher Auffassungen noch in jüngster Zeit ist der von mir hoch geschätzte Turiner Historiker Giovanni Tabacco, aus dessen zahlreichen Schriften zum Gegenstand ich den Aufsatz über den „Zusammenhang zwischen Macht und Besitz im fränkischen und langobardischen Reich"[20] herausgreife. Für ihn geht – wie für viele andere vor ihm, – die westeuropäische Feudalstruktur ganz wesentlich auf Erbfolge im Besitzerwerb zurück. Zwar räumt Tabacco für die frühe Zeit durchaus die Existenz öffentlicher Amtsgewalt ein, sieht sie aber da noch nicht vom Erbrecht beherrscht. Für die Folgezeit wird dadurch erbliche Adelsherrschaft zu einer quasi privaten, staatsauflösenden Erscheinung, während Tabacco von der vorausgehenden Periode nichterblicher Amtsgewalt meint, man könne für diese Zeit weder von Adel noch von Besitz im späteren strengen und dynastischen Sinne sprechen. Für ihn unterlag die bis dahin existierende staatliche Gewalt im 9./10. Jahrhundert einem Auflösungsprozeß, der „trasformazione dei poteri pubblici in senso signorile".[21] Vergleichen wir damit die Positionen, zu denen Mitteis gelangte, so wird sein bleibendes Verdienst für die deutsche wie die internationale Forschung in diesem Punkte deutlich. „Die karolingischen Nachfolgestaaten haben den verwaltungstechnischen Apparat und die

---

[19] W. Wagner, Die Privatisierung des Lehnrechts, in: W. Selb, H. Hofmeister (Hgg.), Forschungsband Franz von Zeiller (1751–1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte, Wien-Graz-Köln, 1980, 226–247. Vgl. zu Deutschland etwa den Klassiker K. F. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehnsrechts, 5. (letzte vom Autor durchgesehene) Aufl. Göttingen 1845. Zu Eichhorn, mit dem richtigen Hinweis darauf, daß es ihm trotz aller Verdienste um den historischen Gesichtspunkt um „Beiträge zur geltenden deutschen Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts ging" (so D. Simon, in: Handlexikon zur Rechtswissenschaft, 1972, 314), auch beim Privatrecht, vgl. W. Sellert, Karl Friedrich Eichhorn – „Vater der deutschen Rechtsgeschichte", Juristische Schulung 21, 1981, Heft 11, 799–801.

[20] G. Tabacco, Der Zusammenhang zwischen Macht und Besitz im fränkischen und langobardischen Reich, Saeculum 24, 1973, 220–40. Italienische Originalfassung L'allodialità del potere nel medioevo, Studi medievali, ser. 3, 11, 1970.

[21] G. Tabacco, Il Feudalesimo, in: L. Firpo (Hg.), Storia delle idee politiche, economiche e sociali, Bd. II, 2, Turin 1983, 55–115 (mit reichhaltiger Bibliographie), vgl. vor allem 78ff.

Summe der Anschauungen vom hoheitsrechtlichen Charakter der Staatsgewalt ... als Erbe des (karolingischen) Imperiums übernommen"; „in den Weststaaten ganz ebenso wie in den deutschen Einzelstaaten wird sich das Lehnrecht ... als ein hervorragender Träger der Staatsentwicklung erweisen" – endlich, und vor allem: „... wir sagen uns ... los von der einseitig privatrechtlichen Auffassung des Lehnrechts .. (Diese war dadurch) begünstigt, daß das Lehnrecht, solange es in Deutschland noch praktische Geltung besaß, unter den Materien des deutschen Privatrechts ausführlicher abgehandelt zu werden pflegte als in der deutschen Verfassungsgeschichte. Das Lehnrecht aus dieser Verbannung zu erlösen, ihm seine wahre Natur als Teil der öffentlichen Rechtsordnung wiederzugeben, ist meine Absicht."[22]

Dies muß man vor allem vor der Folie der geradezu abenteuerlichen Verzerrung der Vorstellungen von Adel und „Feudalität" (féodalité) in Frankreich sehen. Otto Brunner wie auch Robert Boutruche haben gezeigt, wie dieser zuletzt genannte, heute geradezu beherrschende Begriff in den französischen und internationalen Sprachgebrauch eingedrungen ist, wie er aber auch durch die in der Revolution und danach angenommene Färbung das historische Urteil über weit zurück liegende Perioden mitbestimmt und anachronistisch verfälscht hat.[23]

Féodalité kommt erst im 17. Jahrhundert auf, zunächst für Lehnrecht, dann als Absolutum, aber auch im Sinne „Gouvernement féodal". Es wird bei Boulainvilliers im frühen 18. Jahrhundert noch positiv gesehen und zugleich auf Staat und Gesellschaft eines Zeitalters ausgedehnt. Montesquieu hat den Begriff verbreitet und dabei die territoriale Zerstückelung der Souveränität (nicht etwa ihr Fehlen!) ganz richtig erkannt. Das Auftreten der grundsätzlichen Ablehnung des „régime féodal" (so nennt es das Abschaffungs-Dekret vom 11. 8. 1789) bzw. der „anarchie féodale" des 18. Jahrhunderts, parallel zum Anspruch des Pariser Parlaments (seit der Mitte des Jahrhunderts), als Verkörperung der „Nation" dem König gegenüberzustehen und an der Leitung des Staates mitwirken zu können, ist erhellend von Guy Chaussinand-Nogaret verfolgt worden, mit dem Nachweis, daß der Marquis d'Argenson, Minister Ludwigs XV., schon 1739 eine Denkschrift unter dem Titel „Démocratie royale"(!) verfaßte, in der die Abschaffung des Adels gefordert wird im gemeinsamen Vorgehen von König und Volk gegen „Anarchie" und „feudalen Despotismus".[24] Ganz entsprechend bemerkt Otto Brunner: „Seit langem waren die Publizisten des absoluten Königtums mit der moralischen Destruktion der Seigneurie beschäftigt gewesen. Die Revolution fand hier ein reiches Material zur Begründung ihres Kampfes gegen den Feudalismus vor."[25] Die Bedeutung solcher Beobachtungen für die Thematik von „Lehnrecht und Staatsgewalt" in französischer Sicht springt in die Augen, wird doch aus diesem im 19. Jahrhundert (nach der Parenthese des Empire) erneut und verstärkt auftretenden Bündnis von Königtum und Bürgertum heraus der historiographische und publizistische Todesstoß gegen das Ansehen des Adels in der französischen Geschichte (hier interessiert nicht seine Stellung im 19. Jahrhundert selbst) geführt. Während nämlich das Königtum von dem Tribunal der Nation, als welches jetzt die bürgerliche Geschichtsschreibung auftritt, freigesprochen wird und als Verkörperung von Frankreich, Staat und Nation, ja als ihre Begründerin erscheint und immer Recht hat (außer natürlich seit dem Jahrhundert der Revolution), wird der Adel als Verkörperung von Egoismus und Willkür sowie als Ursache nahezu aller Leiden des französi-

---

[22] LuS 1, 4 und 5.

[23] O. Brunner, „Feudalismus". Ein Beitrag zur Begriffsgeschichte, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und der Literatur (Mainz). Geistes- und sozialwiss. Klasse, 10. Wiesbaden 1958. Erneut in: O. Brunner, Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte, 2. Aufl., Göttingen 1968, 128–59; R. Boutruche, Seigneurie et féodalité, 2 Bde., Paris 1970. Der 1. Band war schon 1968 in 2. Auflage erschienen. (Vgl. dort die begriffsgeschichtliche Einleitung).

[24] G. Chaussinand-Nogaret, La noblesse française au XVIIIe siècle, Pais 1976.

[25] O. Brunner (wie Anm. 23) 601 bzw. 136f.

schen Volkes rückwirkend und für alle Zeitalter verdammt. Nach einer Periode wenigstens nützlichen Militärdienstes für den König sei er ein ebenso egoistischer wie nutzloser, schamlos auf seinen Privilegien beharrender parasitärer Stand gewesen, der, endlich entmachtet, nur noch seiner Eitelkeit fröne. Wer diese Grundelemente französischer Geschichtsvorstellungen ignoriert, wird die noch von bemerkenswerten französischen Historikern unserer Tage ausgesprochenen, auf innerster Überzeugung mehr als auf umfassender und abwägender Quellenkenntnis beruhenden Verdammungsurteile über Fürsten und Adel kaum zutreffend einordnen können. Erst im 19. Jahrhundert wurde die *Anarchie féodale* einfach zurückdatiert und zurückprojiziert auf ein Zeitalter, für das man eine plausible, den eigenen Vorstellungen genehme Erklärung für die zwischen Karl dem Großen und Philipp II. August noch geringe Macht des Königtums und den mangelnden Glanz Frankreichs suchte.[26] Ein Wandel ist hier in Frankreich erst seit kurzem im Gang, so etwa bei Robert Fossier, der Folgerungen zu ziehen beginnt aus dem von uns seit langem in Erinnerung gerufenen Phänomen, daß ja der große demographische Aufbruch und wirtschaftliche Aufstieg Frankreichs in das 10.-12. Jahrhundert fallen, also genau in die Blütezeit der großen Fürstentümer vor dem Triumph eines mächtigen Königtums.[27] Diese *„principautés"* hat man lange nicht in ihrem staatlichen Charakter erkannt und gewürdigt (sieht man ab von Normandie und Flandern, mit ihrer in England bzw. Belgien gepflegten historischen Tradition) und hat sie oft als bloße „Seigneuries" abgetan. Was Mitteis veranlaßte, im Anschluß an Robert Holtzmann und seine (für ihre Zeit vorzügliche) „Französische Verfassungsgeschichte" von „Lehnsfürstentümern" zu sprechen, ein Ausdruck, für den es in der französischen Literatur lange kein Äquivalent gab (*„Principautés territoriales"* wurde von belgischen Historikern eingeführt).[28] „Seigneuries" aber sind in der französischen Rechts-, Verfassungs- und Sozialgeschichte lange Zeit, und z. T. heute noch, als „pouvoir privé" definiert. Eine königliche Theorie des 13. Jahrhunderts, von Legisten entwickelt, wonach nur der König rechtmäßig öffentliche Gewalt ausüben darf, jede Abweichung davon also nur auf Usurpation oder ausdrücklicher, jederzeit widerrufbarer Verleihung beruhen könne, war in der Rechtshistorie mit Maximen des modernen Staates dergestalt verwoben worden, daß jede nicht vom König und seinen Funktionären ausgeübte Gewalt als *„pouvoir privé"* hingestellt werden konnte, ja mußte. Ein anderer, mehr rechtssystematischer Grund war die Übung, die *„Condition des personnes"* im Privatrecht abzuhandeln, wobei der staatliche Ursprung der „Condition" des Adligen verdrängt oder geleugnet wurde (etwa im Schema des klassischen Handbuchs von Emile Chénon).[29]

---

[26] Auch hier sei auf das in Anm. 18 angekündigte Buch vorverwiesen.

[27] R. Fossier gehört zu den ersten, die sich betont vom Begriff der *Anarchie féodale* abgewendet haben, auch wenn er den von ihm gesehenen Verdiensten des 10.–12. Jahrhunderts eine umso negativere Beurteilung der Karolingerzeit in wirtschaftlicher Hinsicht, gleichsam als Folie, zuordnet. Vgl. etwa die Diskussion in: Nascita dell'Europa carolingia: un'equazione da verificare, 2 Bde., Spoleto 1981 (Settimane di studio del Centre italiano di studi sull'alto medioevo, XXVII), 275–90. Siehe vor allem R. Fossier (Hg.), Le Moyen Age. 3 Bde., Paris 1982, dort Bd. 2: L'éveil de l'Europe, der von Fossier verfaßte Abschnitt, sowie Ders., Enfance de l'Europe. Aspects économiques et sociaux, 2 Bde., Paris 1982 (Collection „Nouvelle Clio", 17, 17 bis).

[28] R. Holtzmann, Französische Verfassungsgeschichte von der Mitte des 9. Jahrhunderts bis zur Revolution, München und Berlin 1910, vor allem 5. Kapitel: Die Lehnsfürstentümer, 63–103 (wo allerdings, z. B. 102, von „usurpierten" königlichen Rechten die Rede ist). Die Tradition, von *principautés* zu sprechen, hat ihren Ursprung im Buch von L. Vanderkindere, La formation territoriale des principautés belges au Moyen Age, 2 Bde. Brüssel, 2. Aufl. 1902, und wurde von anderen belgischen Historikern, J. Dhondt und L. Genicot fortgeführt.

[29] E. Chénon, Histoire générale du droit français public et privé, Paris 1926. J.-F. Lemarignier sprach noch 1945 von *„Seigneuries"*, allenfalls *„grandes seigneuries"* (Recherches sur l'hommage en Marche et les frontières féodales, Lille 1945, vgl. 11f., ein Buch, das gerade den staatlichen Charakter dieser Fürstentümer mit „Staatsgrenzen" erkennen ließ!). 1970 schrieb aber auch er, im Anschluß an J. Dhondt, Etudes sur la naissance des principautés territoriales en France, IXe–Xe siècles, Gent 1948, von *„La naissance et le développement des principautés territoriales"*, Lemarignier, La France médiévale, Institutions et société, Paris 1970, 110. Die Einsicht in die Staatlichkeit dieser Gebilde ist den französischen Historikern

Hat Mitteis, so müssen wir fragen, Anachronismen und Irrtümer dieser Vorstellungen ebenso durchschaut wie die irrige Behandlung des alten Lehnrechts als Privatrechts-Materie? Ein Lösungsvorschlag in „Lehnrecht und Staatsgewalt" zeigt, daß auch er von den eben in ihrer Entstehung skizzierten französischen Vorstellungen nicht frei war. „Indem die Karolinger", so meint er, „sich im Zuge ihrer Kirchenpolitik an die Spitze der Lehnspyramide setzten, verwandelten sie das Lehnrecht in funktionell öffentliches Recht und beseitigten die Gefahr, die für den Staat aus Privatvasallität(!) und privater(!) Landleihe schon entstanden war".[30] Woher nahmen denn, so muß man hier kritisch fragen, die Karolinger bei einem zuvor offenbar nichtstaatlichen Charakter ihrer Autorität (und der ihrer Amtsträger) auf einmal eine „Lehnspyramide"? Ihr Griff in den „unerschöpflichen Born des Reichskirchenguts" (so Mitteis)[31] – der ja dann der Gewaltakt eines Machthabers wäre, stand ihnen doch nur offen weil, wie man heute weiß (Jean Durliat),[32] Kirche und Kirchenbesitz seit Konstantin und Theodosius öffentlichen Charakter hatten und dem Zugriff des Princeps, sei er nun Kaiser, König oder Hausmeier, legal geöffnet blieben. Die Ansetzung von Vasallen auf Kirchengut war ein legaler staatlicher Hoheitsakt (auch wenn das von Kirchenvertretern bestritten wurde, vor allem – nachträglich – durch Hinkmar von Reims), und die Ausstattung von Vasallen aus solchem Kirchengut war keine Emanation „privater Landleihe". Mitteis hat eben die römischen Wurzeln öffentlicher Gewalt schon im merowingischen Staat nicht erkannt. Für ihn waren germanische Adelsrechte, von den Karolingern auf schwer zu erklärende Weise ins Staatliche gehoben, der Ursprung des „Staats des Hohen Mittelalters".

## II.

Wir treten damit in die Kritik einiger Positionen von Mitteis ein. Es geht uns nicht um einzelne Fehler und Versehen, wie etwa ein irriger Enkel (statt Sohn) Roberts II., der elf Auflagen des „Staat des hohen Mittelalters" überlebt hat.[33] Oder die Bezeichnung der Grafschaft Flandern als „ein Restbestand des *Lotharii regnum*,[34] zu dem sie nie gehört hat. Eher sind von Bedeutung einige Wertungen, wenn Mitteis etwa vom *homo ligius* des französischen 11. und 12. Jahrhunderts sprechend, die ligische Treue als „Neubelebung der echt germanischen Gefolgschaftstreue" bezeichnet, auf der folgenden Seite aber vom ligischen Vasallen in Frankreich meint, „die quasi-servile Stellung des Vasallen, die in Frankreich wieder stärker betont wird, ist dem deutschen Wesen nicht entsprechend."[35] Vorurteile dieser Art, vom Widerspruch einmal

---

aus Ländern, in denen sie zur Keimzelle des eigenen Staates wurden, wie in Belgien, oder in Teilstaaten, „Ländern" konkret fortleben, wie in Deutschland, zugewachsen, wenn nicht „aufgezwungen" worden, widerspricht sie doch zutiefst zentralstaatlicher Geschichts- und Denktradition.

[30] LuS, 127. Vgl. auch 181: „... waren... doch (die Karolinger) selbst an der Spitze einer solchen Privatarmee (!) in die Höhe gekommen ..."

[31] LuS, 126.

[32] J. Durliat, Les Finances publiques de Dioclétien aux Carolingiens (284–889), Sigmaringen 1990 (Beihefte der Francia, Bd. 21). Ferner frühere Arbeiten des Autors wie Les attributions civiles des évêques mérovingiens: l'exemple de Didier, évêque de Cahors (630–655), Annales du Midi 91, 1979, 237–54, sowie Qu'est-ce que le Bas-Empire?, Francia 16, 1989. Der mit Abstand beste Überblick, auch auf grundlegenden eigenen Forschungen basierend: M. Heinzelmann, Bischof und Herrschaft im spätantiken Gallien bis zu den karolingischen Hausmeiern. Die institutionellen Grundlagen, in: F. Prinz, Herrschaft und Kirche, Stuttgart 1988 (Monographien zur Geschichte des Mittelalters, 33), 23–82.

[33] SHMA/3, 173, SHMA/7, 150f. Heinrich I., der nach dem früh verstorbenen Hugo dem Jüngeren folgte, war natürlich einer der Söhne (und nicht Enkel) Roberts.

[34] SHMA/3, 154; SHMA/7, 135.

[35] SHMA/3, 200ff.; SHMA/7, 173 u. 174f.

abgesehen, kommen direkt aus dem deutschen 19. Jahrhundert. Gerade wenn man nicht vergißt, daß Mitteis auf den Kenntnisstand vom Ende der 20er Jahre angewiesen war, erscheint eine Revision umso dringlicher. Sie kann nur durch die manchmal auch ins einzelne gehende Konfrontation Mitteis'scher Positionen mit den seither gewonnenen Erkenntnissen und Einsichten zu bestimmten Fragen und Problemkreisen vorbereitet werden. Ich bitte um Verständnis dafür, daß ich dabei solchen den Vorzug gebe, für die mir aus eigenen Arbeiten Forschungsstand und heutige Quellenbeurteilung vertrauter sind als zu anderen Themen. Außerdem kann durch Verweis auf diese Arbeiten und die dort zitierte Literatur der Belegapparat entlastet werden. Trotz dieser subjektiven Auswahl hoffe ich in einigen Fällen ins Zentrum der von Mitteis angeschnittenen Probleme vorstoßen zu können.

1. Der schwache Punkt bei der Behandlung von Ursprung und Frühzeit staatlicher Organisationsformen ist die Überbetonung des Germanentums und seines Erbes bei weitgehender Vernachlässigung (sieht man von einführenden Bemerkungen ohne Relevanz für die dann folgende Präsentation ab) von Rom, Romanitas, staatlicher und rechtlicher Tradition aus römischer Wurzel.[36] Der Gedanke der germanischen Kontinuität scheint Mitteis blind gemacht zu haben für die fortwirkende Kraft des römischen Erbes, schon gar in den romanischen Ländern.[37] Mit Betroffenheit liest man unmittelbar nach den oben zitierten Forderungen zur Neugestaltung der Rechtsgeschichte des Adels aus europäischem Gesamterbe im ersten Satz der eigenen Ausführungen zum Thema: „Schon unsere Primärquelle, die Germania des Tacitus ... erbringt den vollen Beweis für die germanische Adelsherrschaft."[38] Dann werden Gerichtsverfassung, Hof, Zent, Widerstandsrecht aus dem schier unerschöpflichen germanischen Urquell hergeleitet. Wer ist „wir", so möchten wir fragen, für die Tacitus „unsere" Primärquelle ist? Die Gesamtheit der vorschnell mit den Germanen geradezu identifizierten Deutschen? Oder diejenigen, die mit Mitteis eine germanische Herkunft des europäischen Adels für eine Selbstverständlichkeit halten? Oder diejenigen, die mit Zustimmung in einem Buch, das doch der gesamteuropäischen Entwicklung gerecht werden will, lesen: „in der adligen Kirchherrschaft lebte das (germanische!) Erbcharisma des Adels in verchristlichter Form fort"? (ein Satz, den wir geneigt sind, als einen Ulrich Stutz/Max Weber-Verschnitt zu bezeichnen).[39] Oder endlich die vielen, die heute

---

[36] Dieser Vorwurf trifft, wie man weiß, gewiß nicht Mitteis allein. Vgl. etwa K. F. Werner, Das Mißverständnis der „Völkerwanderung"/Le mal-entendu des „Invasions", in: R. Riemenschneider (Hg.), Geschichte für den Nachbarn/L'histoire du voisin et la nôtre. Was sollen Schüler und Schülerinnen beiderseits des Rheins lernen? Frankfurt 1989 (Studien zur internationalen Schulbuchforschung. Schriftenreihe des Georg-Eckert-Instituts, 60) 89–91, sowie K. F. Werner, Das „Europäische Mittelalter". Glanz und Elend eines Konzepts, in: K.-E. Jeismann, R. Riemenschneider (Hgg.), Geschichte Europas für den Unterricht der Europäer ... (Materialien einer europäischen Konferenz), Braunschweig 1980, 25–35.

[37] SHMA/3, 14ff.;/7,13ff. wird die römische Komponente erwähnt, auch die „Folgerung, daß das Mittelalter mit seinen Wurzeln tief in die Spätantike zurückreicht" fehlt nicht, aber berührt die Mitteis wesentlichen Jahrhunderte wenig, denn „meist ist es zu einer langsamen Verstärkung des spezifisch germanischen Elements gekommen, dessen Kraft sich im Laufe der Zeit immer mehr durchsetzte." (18f., bzw. 17). Fazit: „die Kontinuität der germanischen Verfassungsgrundlagen" (12 – in beiden Auflagen). Thematisiert hat M. seine Vorstellungen in: Die germanischen Grundlagen des französischen Rechtes, ZRG.GA 63, 1943, 136–213. Unsere Kritik gilt nicht der Feststellung und Untersuchung germanischer Elemente im französischen Recht, sondern ihrer Überbetonung und Systematisierung aus der abwegigen Grundvorstellung eines letztlich germanischen Mittelalters. Vgl. auch den Beitrag von M. über Staatliche Konzentrationsbewegungen im großgermanischen Raum, in: Abhandlungen zur Rechts- und Wirtschaftsgeschichte. Festschrift für Adolf Zycha, Weimar 1941, 53–86.

[38] Formen der Adelsherrschaft (s. Anm. 15), 638.

[39] SHMA/3, 12; /7, 12. Zur leichtfertigen Max Weber-Rezeption s. die erhellenden Ausführungen von M. Heinzelmann s. v. „Charisma", Lexikon des MA II, 8, 1983, Sp. 1722f. Mitteis folgt den Vorstellungen von Ulrich Stutz, Die Eigenkirche als Element des mittelalterlich-germanischen Kirchenrechts, Berlin 1895, Neudruck Darmstadt 1955. Zur Sache vgl. M. Heinzelmann, Bischofsherrschaft in Gallien, München 1976 (dort zum schon von K. F. Stroheker

noch widerspruchslos, wegen vermeintlicher Evidenz, einen Satz hinnehmen wie: „Christentum und Römertum sind schicksalsmäßig von außen her an die germanische Welt herangetragen worden."?[40] Dabei ließe sich das allenfalls von Skandinavien sagen, nicht aber von der Welt des fränkischen Reiches, von der Mitteis handelt. Für sie trifft die Umkehrung dieses Satzes genau das richtige: Germanen sind in die römische, lateinische und christliche Welt eingetreten und wurden dort ein Teil von ihr, nicht ohne sie tiefgreifend zu verwandeln. Mitteis aber spricht in seiner Adelsabhandlung zwar vom richtig als fundamental erkannten Karolingerreich, läßt dieses jedoch bruch- und problemlos aus der germanischen Adelswelt hervorgehen. Rom erscheint ganz am Ende, in Abschnitt VII seines großzügigen Überblicks: „Eine letzte Beobachtungsreihe, die das Bild abrunden soll, kann nur noch ganz flüchtig skizziert werden", nämlich die sog. Rezeption des römischen Rechts am sog. Ausgang des Mittelalters.[41] Das macht den Eindruck, als habe „Rom" diskret und taktvoll das Ende des „germanischen Mittelalters" abgewartet. In Wahrheit steht die römisch-konstantinopolitanische, christlich gewordene Welt nicht nur am Anfang, sondern ist in jedem der folgenden Jahrhunderte bis weit über das Jahr 1000 hinaus präsent, besonders bestimmend in Staat, Verwaltung und bei dem beide tragenden Adel (weltlich wie geistlich). Ist doch an die Stelle von Aristokratien verschiedener Völker eine einzige *Nobilitas* der europäischen Welt aus spätrömischer Wurzel getreten, deren Ranghierarchie alleiniger Wertmaßstab für die soziale und politische Geltung wurde und blieb.[42] Alle wollten in der einzigen Rangpyramide, die es lange vor jeder Lehnspyramide gab, einen Platz finden unter dem Kaiser, *princeps piissimus et serenissimus,* und unter dem Frankenherrscher, seit seiner Anerkennung durch den Kaiser und damit auch durch die gallorömischen Senatoren *rex excellentissimus* bzw. *nobilissimus.* Dieser konnte, nun seinerseits *pius princeps et dominus* geworden, Männer aus den *maiores natu* der Franken und anderen Barbarenvölker durch Ernennung in ein Amt der römischen(!) Ämterhierarchie (z. B. *comes,* mit dessen *dignitas* der Rang eines *vir illuster* verbunden war) in die Rangklassen der *nobilitas* eingliedern, die bis dahin den gallorömischen Senatoren vorbehalten geblieben war. Dadurch ist *Nobilitas* nicht zum bloßen Wort, zum Anspruch ohne rechtliche Konsequenz (wie man geglaubt hat) abgesunken, sondern eine lebendige und mächtige Institution geblieben. Sie umfaßte Männer, die *vir,* nicht bloß *homo,* Frauen, die als ihre Gattinnen *matrona illustris* und nicht bloß *femina* waren, endlich Söhne, die infolge des zwar nicht erblichen Amtes, aber des erblichen Ranges (*dignitas*) die Ernennung in hohe Staats- und Kirchenämter normalerweise erwarten konnten, vorausgesetzt, sie traten in den Herrscherdienst ein, dessen technische Bezeichnungen sich nie von den römischen unterschieden: *militia, militari.* Wem ein *honor* verliehen war, legte wie im römischen Reich das *cingulum militiae* an.[43] Seine Amtsgewalt ging vom *princeps,* dem König, aus, der wie der kaiserliche *princeps* in Konstantinopel, zugleich Chef seines Episkopats war, den er wie der Kaiser in seinen Residenzen zu Synoden einberufen konnte. Als Tassilo III. erreicht hatte, nicht nur *dux,* sondern auch *princeps* zu sein, versammelte auch er „seine" baierischen Bischöfe auf Synoden um sich.[44] Als Rudolf I.

---

erkannten, jetzt in seinen z. T. altrömischen Wurzeln analysierten Adelsstolz der gallorömischen Bischöfe aus dem Senatorenstand, lange bevor eine kleine Minderheit von Bischöfen germanischer Herkunft in diese Welt eintritt).

[40] SHMA/3, 20; /7, 18.

[41] Formen der Adelsherrschaft (wie Anm. 15), 664.

[42] (auch zum Folgenden) K. F. Werner, Du nouveaux sur un vieux thème. Les origines de la „noblesse" et de la „chevalerie", Académie des Inscriptions et Belles-Lettres. Comptes rendus des séances de l'année 1985, Paris 1985, 186–200 (italienische, leicht erweiterte Ausgabe mit ergänzter Bibliographie im Bulletino dell'Istituto Storico Italiano per il Medio Evo 92, 1985/86, Rom 1989, 381–408), sowie das Anm. 18 angekündigte Buch.

[43] Man vergleiche damit die beiläufige Bemerkung von Mitteis, LuS 351 zum Anlegen des Cingulum, also der Schwertgürtung, die bei der Herzogseinsetzung – wie er richtig sieht – in der Normandie „eine Hauptrolle . . . spielt": „die Schwertgürtung, vielleicht eine Reminiszenz an altnordischen Schwertzauber. ."

[44] K. F. Werner, Les principautés périphériques dans le monde franc du VIIe siècle, in: Settimane di studio del Centro

von „Hochburgund" im ausgehenden 10. Jahrhundert die Königswürde erreicht hatte, ließ er gleich in seinem ersten Diplom auf seine *principalis auctoritas* anspielen.[45]

Diese Staatlichkeit römischer Wurzel, untrennbar mit dem den Staat ja institutionell tragenden Amtsadel verbunden, ist vor allem Lehnrecht da und bleibt während seiner Blüte präsent. Die *potestas,* die Könige und hohe Adlige innehaben und ausüben, liefert zugleich den Schlüssel zur Frage nach Öffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit ihrer Herrschaftsgewalt: nur wer mit dem *honor* die *potestas* innehat, übt öffentliche Gewalt aus. Als ihr Inhaber ist er *princeps, dominus, Herr, seigneur,* ganz gleich ob über ein großes oder ein kleines Territorium.[46] Das sind die Wurzeln der Nobilitas, des Herrenstandes, des einzigen Adels, den es vor dem 11. Jahrhundert gab, und der vom erblichen Adel von Amtsträger-Familien „in variabler Verwendung" zum dynastischen Adel mit Erblichkeit der Funktion wurde. Zeichen der Erblichkeit der Herrschaft war nicht selten der zusätzlich zum Amtstitel geführte Princeps-Titel.

Gewiß sollte Mitteis, bei seinem damaligen Kenntnisstand, nicht ein Vorwurf daraus gemacht werden, überhaupt an einen germanischen Ursprung des Adels geglaubt zu haben. Hatte nicht der französische Aristokrat Boulainvilliers im 18. Jahrhundert gerade diesen Ursprung als Legitimation der Adelsrechte, aus Eroberungsrecht über die besiegten „Gallier", in Anspruch genommen, hatte nicht zwei Generationen später Sieyès die Aristokraten aufgefordert, in ihre *„forêts franconiens"* zurückzukehren?[47] Mitteis konnte auch noch nicht die Arbeiten von Herwig Wolfram und seinen Kollegen kennen, die die bruch- und nahtlose Einfügung der Großen des „Frühen Mittelalters" in die römische Rangwelt darlegten.[48]

2. Zur Periode des Übergangs vom Früh- zum Hochmittelalter sei bemerkt, daß Mitteis für das 10. Jahrhundert, der herrschenden Meinung folgend, relativ anarchische Zustände annahm. Das westfränkisch-französische Königtum war schwach, eignete sich also wenig als Beispiel für den „Staat", d. h. bei Mitteis für den zentralen Königsstaat, der sich zunehmend des Lehnrechts bedient. Aus mangelndem Interesse bzw. wegen unzureichender Kenntnis entging Mitteis und seinen Lesern damit der erste große wirklich funktionierende Lehnstaat, der überdies gut dokumentiert ist und sich vom ausgehenden 9. bis zur 2. Hälfte des 10. Jahrhunderts entfaltet hat: der „Staat der Robertiner". Wir haben auf seine Adelsstruktur schon 1959 hingewiesen, mit dem Nachweis der vollen Kontinuität der wichtigeren Geschlechter im Loireraum zwischen Orléans und Angers vom 9. zum 12. Jahrhundert, ein Ergebnis, das von Georges Duby darum unterstrichen wurde, weil es die These Marc Bloch's von der Entstehung des Adels (die er mit der des niederen Rittertums verwechselte) ad absurdum führte.[49] Das bemerkenswerte an dem von den Robertinern Odo, seinem Bruder Robert, dessen Sohn und Enkel Hugo der Große und Hugo „Capet" geschaffenen und gelenkten „Feudalstaat" war, daß kein König an seiner Spitze stand. Gewiß hat das Königtum Odos (888–898) und das Arrangement, das Odo 896/7 mit Karl III.

---

italiano di studi sull'alto medioevo 20, Spoleto 1973, 483–514, dort 504–506 (erneut in K. F. Werner, Structures politiques du monde franc (VI–XIIe siècles), London 1979 (Kap. II, gleiche Paginierung).

[45] MGH. Die Urkunden der burgundischen Rudolfinger, ed. T. Schieffer, Hannover 1984, 98 (n 3).

[46] Mitteis, HZ 163, 1941, 478 spricht statt von solcher *potestas* über ein Territorium von „Führergewalt über die Insassen eines geographisch begrenzten Gebiets".

[47] Dorit Drews, Das fränkisch-germanische Bewußtsein des französischen Adels im 18. Jahrhundert, Berlin 1940, 25–35. Vgl. K. F. Werner, Die Ursprünge Frankreichs bis zum Jahr 1000, Stuttgart 1989, 49–51 und die Bibliographie 585–587 zum französischen Geschichtsbewußtsein.

[48] H. Wolfram, Intitulatio. I: Lateinische Königs- und Fürstentitel bis zum Ende des 8. Jahrhunderts, Graz 1967; Intitulatio II: Lateinische Herrscher- und Fürstentitel im 9. und 10. Jahrhundert, 1973 (im 2. Bd. außer von Wolfram (Hg.) Beiträge von Karl Brunner, Heinrich Fichtenau, Elisabeth Garms-Cornides).

[49] K. F. Werner, Untersuchungen zur Frühzeit des französischen Fürstentums, 9.–10. Jahrhundert, Die Welt als Geschichte 18–20, 1958–1960, vor allem 19, 1959, 146–193 („Rotberti complices. Die Vasallen Roberts des Tapferen"), vgl. dazu Georges Duby, Revue historique 226, 1961, 13–15.

(„dem Einfältigen") über dessen Nachfolge auf dem westfränkischen Thron traf, die Entstehung dieses politischen Gebildes in Neustrien (zwischen Seine und Loire) erst möglich gemacht: Karl mußte auf die großen Abteien von Saint-Denis bis Saint-Martin de Tours ebenso verzichten wie auf direkten Eingriff in die Sphäre des *marchio* im *regnum Neustriae*.[50] Bischöfe und Äbte, vornehme Kanoniker und Mönche, aus denen vom *marchio* die künftigen Bischöfe und Äbte ausgewählt wurden, Grafen und vor allem Vizegrafen (*vicecomites, vicomtes,* ein von den Robertinern in ihren zahlreichen Grafschaften systematisch ausgebautes Amt, das schon vorher nicht der Ernennung durch den König, sondern durch den Grafen unterlag), ferner einstige Königsvasallen, die sich auch jetzt zuweilen noch stolz *vassi dominici* nannten, sowie andere Vasallen umgaben in großer Zahl ihren Fürsten, der bald auch *princeps/dux* war, auf dessen großen Hoftagen, sei es in Tours, Orléans oder Paris. Bei den dort oder andernorts ausgestellten Urkunden zeigen die über 100 erhaltenen Zeugenlisten eine sorgfältige Beachtung von Rang, Alter und Verwandtschaft, in dieser Reihenfolge. Weder formal, noch in der politischen Realität kann hier von „Anarchie" die Rede sein. Ganz im Gegenteil, der robertinische Staat zeigt schon vor dem der „Herzöge" der Normandie (sie haben, wie wir nachwiesen, diesen Titel erst im 11. Jahrhundert geführt[51]), dem er auch als Vorbild gedient hat, die funktionale Stärke und Verwendbarkeit des Lehnsbandes, und dies mehr noch als für den König, für den ganz selbstverständlich in seinem Gebiet höchste öffentliche Gewalt verkörpernden Fürsten. Ich hoffe, die schon lange in Arbeit befindlichen Regesten der Robertiner sowie eine monographische Behandlung ihres Staats in absehbarer Zeit vorlegen zu können. Für die westfränkisch-französische Entwicklung der staatlichen Strukturen, unter denen das Lehnrecht nur eine unter anderen ist, ergeben sich dadurch neue chronologische wie inhaltliche Einsichten.[52] Es sei noch erwähnt, daß an der nach dem Tod Hugos des Großen (956) einsetzenden Unterminierung der Rechte und der Macht Hugo Capets – damals minderjährig – durch die führenden Vasallen, wie die Grafen von Anjou und von Blois/Tours, das karolingische Königtum maßgeblich beteiligt war: noch in der Phase seines Untergangs hat es dazu beigetragen, daß aus dem mächtigen Robertiner-Herzog später ein schwacher König wurde.[53] Man sieht daran, daß eine bloß schematisch-theoretische Betrachtung von „König-Vasall-Feudalität" dem konkreten, durchaus nicht anarchischen politischen und institutionellen Sachverhalt nicht gerecht zu werden vermag, ferner aber, daß das System sich selbst trug und keineswegs von den Initiativen des Königtums oder vom „Widerstand des Adels" allein bestimmt wurde. Woher aber nahm es seine staatliche Funktionskraft? Aus der „germanischen Gefolgschaft" oder aus einer von ihr abgeleiteten, durch keltische Vorbilder ergänzten Vasallität? Oder nicht vielmehr aus den oben dargelegten Rangordnungen der mit Abwandlungen direkt vom spätrömischen Staat überkommenen Ämterhierarchie? Ihre Kombination mit den fränkischen Formen der Lehnsbindung, als Verstärkung der persönlichen Verpflichtung des Amtsträgers gedacht, dürfte den tatsächlichen Sachverhalt am ehesten treffen.

---

[50] K. F. Werner, Die Ursprünge (wie Anm. 47), 465 ff. Zum folgenden dort 500–511.

[51] K. F. Werner, Quelques observations au sujet des débuts du „duché" de Normandie, in: Droit privé et institutions régionales, Etudes hist. offertes à Jean Yver, Rouen 1976, 691–709. Erneut in Werner, Structures politiques (wie Anm. 44).

[52] Werner, Untersuchungen (wie Anm. 49), sowie die folgende Anm.

[53] K. F. Werner, Westfranken-Frankreich unter den Spätkarolingern und frühen Kapetingern (888–1060), Handbuch der Europäischen Geschichte, hg. v. T. Schieder, Bd. 1, Stuttgart 1976, 731–783, dort 749 ff., sowie generell zum Fürstentum: Königtum und Fürstentum im französischen 12. Jahrhundert, in: Vorträge und Forschungen, Bd. 12, Konstanz 1968, 177–225 (erneut in „Structures politiques", wie Anm. 44, engl. Übersetzung in Timothy Reuter (Hg.), The Medieval Nobility, Amsterdam 1978, 243–290. Der Handbuch-Beitrag erneut in: K. F. Werner, Vom Frankenreich zur Entfaltung Deutschlands und Frankreichs, Sigmaringen 1984, 225–277, mit Addenda et Corrigenda, 471 f.). Endlich K. F. Werner, Hugues Capet, duc puissant – roi faible. Un essai d'explication, in: Pierre Riché (et alii), Xe siècle. Recherches nouvelles, Université de Paris X-Nanterre 1987, 9–11.

3. Mitteis beginnt seinen „Staat des hohen Mittelalters", dem wir uns jetzt mehr im einzelnen zuwenden, nach technischen Vorbemerkungen, mit einer grundsätzlichen Erklärung: „Die Zeit bis 1300 war erfüllt von der Idee des einen, über Raum und Zeit stehenden, weltumspannenden Reiches, dessen Untergang das Ende der Zeiten prophetisch ankündigen sollte; diese Reichsidee war Glaubenssache und entzieht sich der historischen Kritik."[54] Mit diesem Satz war, wenn eine saloppe Formulierung erlaubt sein darf, das Glaubenssoll erfüllt, und der Autor wendet sich auf 500 Seiten den verschiedensten europäischen Staaten (unter ihnen der deutsche auch nur einer unter andern) in eben dieser Zeit von 900–1300 zu, ohne, von der einleitend behandelten Karolingerzeit abgesehen, Kaiser und Imperium, die natürlich mehrfach erwähnt werden, als zentrales Agens im Europa dieser Zeit konkret in Erscheinung treten zu lassen oder auch nur ernsthaft zur Diskussion zu stellen. Im Grunde genommen widerlegt das ganze Buch den ihm vorangestellten Satz. Eine Erklärung dieses seltsamen Widerspruchs (Ironie scheidet für den Bekennersatz aus) ist nicht leicht, aber nicht unmöglich. Mitteis stellt dem „Reich" in seinem Buch den „Staat", dessen Existenz er gerade über die Lehnrechtsgeschichte nachweisen will, gegenüber. Eine solche Trennung ist allerdings historisch unhaltbar, nicht allein darum, weil das damalige Wort für Staat, *regnum,* im deutschen mit dem gleichen Wort *riche* wiedergegeben wurde wie das *imperium.* Alle, Herrscher wie Adel, stehen direkt unter Gott. Ohne Arrangement mit ihm gibt es keine „Realpolitik", und dieses Arrangement ist selbstverständlich nur über die Kirche Gottes möglich. Sie aber ist die gewaltige Klammer, die Reich – wollte man es auf die mehr universale und religiöse Bedeutung festlegen – und Staatlichkeit zusammenhält, denn es gibt spätestens seit der Karolingerzeit Staat und Verwaltung nicht mehr ohne die in beide integrierte Kirche.[55] Gewiß räumt Mitteis im „Staat des Hohen Mittelalters" der Kirche den ihr gebührenden Platz ein, auch die Städte werden in dem Versuch eines Gesamtbildes nicht vergessen, aber sein Thema ist es nun einmal, „Lehnswesen" und „europäische Staatenwelt" in ihrer Verflechtung und Entwicklung zu verfolgen, und so läuft es doch auf den juristisch vielleicht nötigen, historisch aber nicht haltbaren Versuch einer Trennung von „heiligem Reich" und „Staat" hinaus, die der historisch damals wirklichen, in die Gotteswelt eingebetteten Staatlichkeit nicht gerecht werden kann.[56]

Erscheinen hier Zweifel an der Tragfähigkeit eines aus einer Teilmaterie entwickelten Gesamt-Tableaus des hochmittelalterlichen Europas angebracht, so stellen sie sich auch bei der Hauptthese zur westeuropäischen Entwicklung ein: das erfolgreiche Ausgestalten und Durchsetzen der Staatlichkeit in Frankreich, England und der sie verbindenden und zugleich trennenden Normandie als ein Prozeß, in dem das Lehnrecht, dessen zentripetale Funktion Mitteis nachweisen will, die entscheidende Rolle gespielt haben soll. Dabei erkennt er durchaus richtig, gerade auch im deutsch-französischen Vergleich die Schlüsselrolle der Verwaltung an: „Auch die genialste Staatsführung konnte ... der geregelten Verwaltung nicht entbehren; sie ist es, die den Weg

---

[54] Mitteis, SHMA/3, 2; /7, 1.

[55] K. F. Werner, Missus-Marchio-Comes. Entre l'administration centrale et l'administration locale de l'Empire carolingien, in: Werner Paravicini, K. F. Werner (Hgg.), Histoire compareé de l'Administration, IVe–XVIIIe siècles, München 1980, 191–239 (erneut in Vom Frankenreich.. (wie Anm. 53) 108–156 und jetzt ders., Hludovicus Augustus. Gouverner l'Empire chrétien – idées et réalités, in: Peter Godman, Roger Collings (Hgg.), Charlemagne's Heir. New Perspectives on the Reign of Louis the Pious (814–840), Oxford 1990, 3–123.

[56] Zu ihr K. F. Werner, Gott, Herrscher und Historiograph. Der Geschichtsschreiber als Interpret des Wirkens Gottes in der Welt und Ratgeber der Könige (4. bis 12. Jahrhundert), in: Deus qui mutat tempora. Menschen und Institutionen im Wandel des Mittelalters. Festschrift für Alfons Becker, hg. v. Ernst-Dieter Hehl (u. a.), Sigmaringen 1987, 1–31, vor allem 16–30. Die besondere Problematik der Abgabe von „Staatlichkeit" durch das Imperium zu Gunsten der Territorien wird davon nicht berührt, da die Fürsten in der gleichen Gottes- und Kirchenwelt eingebunden sind. Auch 1950 („Rechtsidee", wie Anm. 5, 567–612) hat Mitteis das Problem „Reich"/Staat nicht gelöst.

zum ... Staat frei macht." Das bedeutet für Deutschland: „In den Ländern, nicht im Reich wurde verwaltet."[57] Das ist eindrucksvoll formuliert, aber wieso sollte die Hauptrolle dabei dem Lehnswesen zukommen, das doch gerade im Westen schon sehr früh in der Verwaltungsorganisation durch die Verwendung nichtbelehnter, absetzbarer Beamter partiell abgelöst, überwunden, in seiner administrativen Bedeutung zumindest eingeschränkt wurde? Die ersten weltlichen (und nicht klösterlichen) *praepositi(prévots)* sind im Westfrankenreich schon im 10. Jahrhundert nachweisbar, in der Krondomäne seit Beginn des 11.[58] Gerade sie ermöglichten es ja den Kapetingern, ihre Grafschaften nicht mehr Lehnsgrafen zu überlassen, sondern durch *„prévotés"* als absetzbare Beamte verwalten zu lassen und dadurch jene „Krondomäne" zu schaffen, die in Verbindung mit ihrer Verkehrslage und hohen Einkünften den Vorsprung des Königtums uneinholbar werden ließ.[59]

Wenn von Mitteis unmittelbar vor der zitierten Passage[60] postuliert wird, die „Idee der Lehnstreue" habe das französische Königtum „über Zeiten äußerer Machtlosigkeit im 11. Jahrhundert hinweggetragen", so überrascht das angesichts des totalen Verzichts des Königs auf die Ausübung irgendwelcher Befugnisse in den damals voll entwickelten Fürstentümern.[61] Ironisch könnte man bemerken, es sei leicht gewesen, lehnstreu zu sein, wenn man faktisch keine Pflichten mehr hatte. Vielleicht meint Mitteis das bloße Überleben-Lassen des kapetingischen Königs durch die ihn umringenden, in ihrer Gesamtheit unendlich viel mächtigeren Fürsten? Dazu hat es allerdings keineswegs in erster Linie der Lehnstreue bedurft. Ein Reich, von dem man unverändert die eigenen staatlichen, legitimen Rechte ableitete, war ohne König nicht denkbar, schon gar nicht das neben dem Imperium erste Reich, das *Regnum Francorum*. Wir konnten kürzlich einen besonders eindrucksvollen Beleg in Erinnerung bringen für die Einsicht eines der mächtigsten Fürsten, des Herzogs von Aquitanien, in die allein dem König (Robert II.) vorbehaltene Rolle, das ganze Reich Gott gegenüber zu vertreten, auch in der Suche nach der Erforschung der göttlichen Ratschlüsse hinsichtlich Frankreichs.[62]

4. Es stellt sich damit die generelle Frage, welcher Anteil dem Lehnrecht im engeren und dem Lehnswesen im weiteren an der staatlichen und politischen Entwicklung des Westens und speziell Frankreichs zugekommen ist. Er war ohne Zweifel beträchtlich – war er aber so groß und entscheidend, wie Mitteis es vorschlägt? Ein Versuch, die französische Entwicklung aus ihren eigenen Voraussetzungen nach jüngstem Forschungsstand zu skizzieren erlaubt vielleicht, auf diese Frage eine differenzierte Antwort zu geben, oder wenigstens eine Lösung einzelner Probleme vorzuschlagen.

Der Hergang im gallorömischen, dann fränkischen, westfränkischen und endlich französischen Raum lautet in der Problematik Königtum/Adel (bzw. Lehnsherr/Vasall) nicht: germanisches Königtum/fränkische Gefolgsleute – kelto/germanisches Vasallentum mit anfänglichen Elementen von Unfreiheit – karolingischer Aufstieg und daraus erwachsende Lehnsordnung,

---

[57] Mitteis, SHMA/3, 23; /7, 22.

[58] Werner, Königtum und Fürstentum (wie Anm. 53), 200–203. Bereits für das 11. Jahrhundert lassen sich „Funktionärsfamilien" nachweisen, deren Mitglieder z. T. verschiedenen Fürsten dienen!

[59] Wie Anm. 53, 219–221. Der Ursprung des königlichen Vorsprungs liegt in der Administration. Die so gewonnene Stärke erlaubt es ihm, die Möglichkeiten des Lehnsrechts, wie es gegenüber den kleineren Vasallen gehandhabt wurde, auf die Großvasallen anzuwenden (ebenda 222ff.) – das war eine „Revolution von oben", deren tiefere Ursachen nicht im Lehnswesen selbst noch gar in seinen vermeintlich germanischen Ursprüngen zu suchen sind.

[60] Mitteis, SHMA/3, 22, /7, 20.

[61] Werner, Königtum und Fürstentum, 184ff., 191–199.

[62] Werner, Gott, Herrscher und Historiograph (wie Anm. 56), 28f. Zum folgenden K. F. Werner, Royaume et ‚regna'. Le pouvoir en France comme enjeu entre le roi et les grands, in: Élisabeth Magnou-Nortier (Hg.), Pouvoirs et Libertés: les choix qui ont créé la France (Xe–XIIe siècles) (Akten eines Kolloquiums in Noyon 1987, im Druck).

wie bei Mitteis, sondern vielmehr: gallo-romanisch-fränkischer Staat der merowingischen Dynastie – Auseinandersetzung des zeitlich früher etablierten Senatorenadels mit dem neuen *princeps/dominus/rex* – institutionelle und soziale Symbiose der galloromanischen und barbarischen Oberschicht zu einer Nobilitas. Die Erläuterung der weiteren Entwicklung bedarf mehr als bloßer Stichworte. Königtum und von ihm kontrollierter Hof stehen der Gesamtheit der geistlichen und weltlichen Großen, des Hof- und des Provinzadels gegenüber. Zwar kann der König einzelnen Adelssöhnen über die Ausbildung am Hof mit folgender Einsetzung in hohe weltliche oder kirchliche Ämter Karriere und in manchen Fällen Rangerhöhung ermöglichen, die auf die Nachkommen des Begünstigten fortwirken, aber die Großen, die sich in Neustrien *Franci* nennen (7. Jahrhundert), stehen dem Herrscher in Episkopat wie Adel einzelner Teilkönigreiche als Machtfaktoren eigener Berechtigung gegenüber, können ihn wählen und gegebenenfalls absetzen. Es ist evident, daß in diesen entscheidenden Fragen die im 7. und 8. Jahrhundert erst aufkommende Vasallität nicht konstitutiv gewesen sein kann. Die *proceres et potentes,* die ersten mehr dem Hof zuzuordnen, die zweiten in der Provinz Herren mit eigenen vom König anerkannten *agentes,* sind nicht bloße Kreaturen des Königs, haben sie doch in ihrer Gesamtheit das Monopol öffentlicher Gewaltausübung. Immer erneute Versuche der Könige, dann der Hausmeier, Günstlinge niederer Herkunft durchzusetzen, kommen über kurzfristige Einzelerfolge nie hinaus. Den Karolingern, die, wie Mitteis richtig sieht, Vasallität und die dann damit verbundene Landleihe (oft aus Kirchengut), endlich die mit ihr verknüpfte Verleihung eines *honor,* also der Amtsgewalt in einem bestimmten Bereich, instrumental verstanden haben, als Machtsicherungsmittel wie z. B. ihre gleichzeitig ausgebaute Kirchenherrschaft, ist die Gewinnung einer gewissen Klientel und ihre Bindung an den Hausmeier/König gelungen, im übrigen konnten sie jedoch die oben skizzierte Gesamtsituation, die längst vor allem Lehenswesen und vor Karl dem Großen *„en place"* war, weder umstürzen noch auch nur nennenswert ändern. Es findet eine gewisse „Feudalisierung" statt. Wie weit gehen ihre positiven und negativen (aus der Sicht der Krone) Folgen? Wer die eindrucksvollen Belegzusammenstellungen im erstaunlichen Spätwerk Walther Kienasts über die „Fränkische Vasallität"[63] vergleicht, wird „Lehnswesen als Lebensform", als oft, nicht immer, nahezu selbstverständlichen Begleitumstand von Machtausübung und Machtzuwachs nicht leugnen wollen, den Machtgewinn für den König aber geringer einzuschätzen geneigt sein, als das bei Mitteis geschieht. Die Großen haben gerade im Westen weniger effektive Verpflichtungen aus ihrer Lehnsbindung an den König hinnehmen müssen, als sie ihren eigenen Vasallen mit Erfolg auferlegten (vgl. das zum Staat der Robertiner bereits Gesagte).

Mitteis hat die Polarität und das Aufeinanderangewiesensein der beiden politischen Kräfte Königtum und Adel (= Gesamtheit der Amtsträger) durchaus erkannt,[64] konnte jedoch den Prozeß der Zersplitterung der öffentlichen Gewalt hin zur Ausbildung des Eigenrechts der einzelnen Großen, die nun nicht mehr bloß Amtsinhaber, sondern im Prinzip allein zuständige Beherrscher ihres engeren Machtbereichs wurden, noch nicht so überblicken, wie es die jüngsten Forschungen erlauben. Der entscheidende Text wurde vor einiger Zeit von Olivier Guillot (Sorbonne) in seiner grundsätzlichen Bedeutung interpretiert: es handelt sich um ein Kapitular Kaiser Ludwigs des Frommen von 823/5, in dem der Herrscher erklärt, er halte zwar das *summum imperium* in Händen, aber unter seiner Leitung habe jeder von denen, die *potestas*

---

[63] Walther Kienast, Die fränkische Vasallität von den Hausmeiern bis zu Ludwig dem Kind und Karl dem Einfältigen, hg. v. Peter Herde, Frankfurt a. M. 1990.

[64] Z. B. in LuS 264: „Verhältnis der Polarität ..., des Aufeinander-Angewiesenseins", dort aber auf „Königtum und Lehnswesen", statt konkret auf König und Adel bezogen. Das „Lehnswesen" stand dem „Königtum" gar nicht gegenüber.

ausüben, seinen Anteil, an seinem Platz, an der Gesamtheit der öffentlichen Gewalt.[65] Der Text wurde, wie ich zeigen konnte, programmatisch an den Beginn der ab 827/28 verbreiteten Kapitulariensammlung des Ansegis gestellt, die für die Gerichts- und Verwaltungspraxis die wesentlichen Gesetze Karls des Großen und Ludwigs bereitstellte und darum in so zahlreichen Handschriften erhalten ist.[66] Von dieser grundsätzlichen Aufwertung der Amtsträger (*honores*-Inhaber) führte der Weg im Westen weiter über die von diesem Adel erzwungenen Zusicherungen Karls des Kahlen in Coulaines 843. Die hier zugesicherte Grundstruktur der Eigenrechte der großen wie der kleineren Amtsträger (*honor*-Inhaber) ist bis zum 12. Jahrhundert nie ernstlich angetastet worden. Sie stellt, wie Peter Classen zuerst erkannt hat, geradezu ein Band dar, das von nun an den Adel Westfrankens einte, der aus wohlverstandenem Gruppeninteresse keine Vermengung mit anderen *regna,* deren Adel weniger privilegiert war, mehr wünschte – eine der Hauptursachen dafür, daß das mehr zufällige Teilungsresultat „Westfranken" zum dauerhaften „Frankreich" wurde.[67] Zugesichert wurde namentlich die ungestörte Nachfolge eines dazu geeigneten Sohnes im *honor* des Vaters, bei Erfüllung eines Minimums von Pflichten, zu denen schließlich nicht einmal mehr der Vollzug der Huldigung bei Herren- oder Mannfall gehörte. Alle diese darum bald durchweg „erblichen" Honor-Inhaber üben an ihrem Platz, wie Ludwig der Fromme verkündet hatte, und an Stelle des Herrschers die *potestas* aus, die legitime öffentliche Gewalt. Gemeinsam bilden sie die *Militia regni*, die auch dem König gegenüber die Gesamtheit des Reiches verkörpert, den König wählen, gegebenenfalls auch absetzen kann: wie vorher in merowingischer Zeit, geschieht dies mehrfach im 9. und 10. Jahrhundert in West-, aber auch in Ostfranken.[68] Mit der Vorstellung einer bloß auf die Lehnspyramide ausgerichteten politischen Ordnung läßt sich das nicht allein erklären. Das gilt aber in noch höherem Maße von den großen Fürstentümern, von denen der erwähnte Staat der Robertiner nur das erfolgreichste Beispiel war, ehe er im kapetingischen Königtum aufging. Diejenigen, die ihre Herrschaft als *marchio/dux* in den westfränkischen Teil–*regna* Burgund, Aquitanien, Septimanien/Gothien ebenso wie die Robertiner in Neustrien ausübten, sind nicht als bloße Kronvasallen definierbar. Sie hatten im Westreich,[69] als wahre *vice-reges* in ihrer *Terra* die gesamte öffentliche Gewalt an Stelle des Königs inne, auch über die Reichsabteien, Grafschaften, Fiskalgüter, z. T. auch über die Bischofskirchen. In ihren Status, mit eigenem *regnum,* ist dann auch der *marchio,* dann *dux* der Normandie eingerückt, ja sogar der *marchio* von Flandern. Was dort früher ein königlicher Fiskus war, war nun eben *fiscus* des Grafen, verlor aber nicht im geringsten seinen öffentlichen Charakter.[70] Von Anarchie ist keine Rede: die Kirchen ließen sich ihre Rechte und Besitzungen jetzt eben vom Fürsten bestätigen, der in seinen Urkunden häufig den königlichen Diplomstil

---

[65] O. Guillot, L'exhortation au partage des responsabilités entre l'empereur, l'épiscopat et les autres sujets vers le milieu du règne de Louis le Pieux, in: Prédication et propagande au moyen âge: Islam, Byzance, Occident, Paris 1982, 87–110, vor allem 92ff.; Ders., Une ‚ordinatio' méconnue. Le Capitulaire de 823–825, in: Charlemagne's Heir (wie Anm. 55) 455–486.

[66] K. F. Werner, Hludovicus Augustus (wie Anm. 55), 83–92.

[67] P. Classen, Die Verträge von Verdun und Coulaines 843 als politische Grundlagen des westfränkischen Reiches, HZ 196, 1963, 1–35, erneut in: P. Classen, Ausgewählte Aufsätze, hg. v. J. Fleckenstein, Sigmaringen 1983, 249–277.

[68] Kaiser Karl III. (nur im Ostreich abgesetzt), Zwentibold (in Lotharingien), König Karl III. (im Westreich).

[69] K. F. Werner, Königtum und Fürstentum (wie Anm. 53) 183ff., 192ff. auch zum folgenden. Ders., Westfranken-Frankreich (wie Anm. 53) 738ff. zum politischen Hergang bei der Entstehung der jeweils von einem *marchio* regierten *regna,* 769–774 zu den einzelnen Staatsgebilden: Burgund, Aquitanien, Septimanien-Toulouse, Bretagne, Normandie, sowie kleineren Prinzipaten, 776f. zur Fürstengewalt. Zur Literatur 779–783. Ergänzungen in Anm. 53 zit. Neudruck, 471f.

[70] Werner, Königtum, 194, Anm. 49 mit flandrischen und anderen Belegen für fürstlichen Fiskalbesitz: so wird aus einem Königsforst in einer Urkunde des Grafen von Anjou 1095 eine *foresta mea.* Zum „Prinzipat" der Grafen und Herren s. Anm. 72.

imitieren ließ. Diese Landesherrschaft aus Königsrecht (nicht aus bloßer Summierung von Grafschaften), nahm so u. a. auch das *Fodrum,* den Festungsbau, alle Verpflichtungen der Bewohner zur Landesverteidigung in Anspruch, und eben nicht bloß die Pflichten der Vasallen. Sogar Tauschverträge französischer Abteien mit Bezug auf Ländereien in verschiedenen *regna* bedurften um 1000, wie ich zeigen konnte, der Genehmigung durch die entsprechenden zuständigen Herzöge.[71] Gewiß haben dann sekundär die „Fürsten der zweiten Welle", die zu *Princeps*-Rechten aufsteigenden Grafen und sogar Herren, entsprechende Rechte in Anspruch genommen.[72] Aber der öffentliche Charakter ihrer Gewalt, der von der Forschung des 19. und 20. Jahrhunderts oft nicht erkannt bzw. bestritten wurde, blieb dabei erhalten.

Es ist höchst lehrreich zu sehen, daß die vom *Princeps/dominus/seigneur,* sei er nun Herzog, Graf, Vizegraf oder Burgherr über eine *potée=potestas,* ausgeübte legitime und staatliche Gewalt sogar noch im 13. Jahrhundert, bei dem berühmten Rechtskenner und Autor Philippe de Beaumanoir als selbstverständlich geltendes Recht gilt, wie wiederum Olivier Guillot gezeigt hat.[73] „Potestas" heißt jetzt „Seigneurie", und ihr Inhaber heißt *sire souverain.* Von dieser Souveränität, in einer erstklassigen und bekannten Quelle des 13. Jahrhunderts belegt, durfte aber bei Staatstheoretikern nicht gesprochen werden, war doch „Souveränität" bekanntlich von Jean Bodin erfunden worden und steht am Beginn der „Neuzeit"! Dabei haben sich die Autoren des 17. Jahrhunderts, um Souveränität zu definieren, ausdrücklich des Terminus „Seigneurie" bedient.[74]

*„Nulle terre sans seigneur",* ein Wort, das allzu sehr nur auf den König und die alles umfassende Ausdehnung seiner Lehnspyramide bezogen wird, bezieht sich bei Beaumanoir gerade auch auf den „Sire souverain", der diesen Satz gegen alle Bewohner seines Territoriums geltend macht, auch gegen die Allodialbesitzer. Diese Bewohner heißen hier schon *sougiés=sujets,* also Untertanen: weder Grundbesitz, noch Lehnsbande sind hier maßgebend, sondern die öffentliche Gewalt des Sire souverain. Dieser ist aber, für das Beauvaisis, niemand anders als der Graf des *pays/pagus,* eine Institution, die Lemarignier schon im 11. Jahrhundert untergehen sah.[75] Die Beamten des Sire souverain heißen „Sergents", und sie dürfen nicht nur die kleinen Leute und nicht nur die im Eigengut des Grafen Wohnhaften vorladen und zwingen, sondern auch die Vasallen und

---

[71] Werner, Königtum, 196f., dort Anm. 54 die Belege.

[72] Werner, Königtum, 188f. und 191 zum Aufstieg zunächst einiger Grafen in die *princeps*-Rolle, wobei der Aufstieg der Robertiner zum Rang des *dux Francorum,* dann zum Königtum insoweit zwei wichtige Etappen bedeutete, als ihre Vicomtes im ersten Fall zur Grafenwürde aufstiegen, im zweiten zu Kronvasallen mit entsprechend größerer Autonomie wurden. Es liegt also eine „gleitende Ranghierarchie" im Rahmen der Lehnshierarchie vor. Die letztere kommt nicht dem König, sondern den Großvasallen zugute. Es kommt also nicht auf die Theorien der Legisten des 13. Jahrhunderts an, sondern auf die Tatsache, daß die Ausübung staatlicher Rechte durch die Inhaber der *potestas* in den Territorien von Herzögen, Grafen und Herren im Frankreich des 11. Jahrhunderts auch von Königtum und Kirche nicht bestritten wurde. Vgl. dazu die ganz irrige Vorstellung von Mitteis, SHMA/3, 148,/7, 130. „Der (französische) Baron verfügte nur über ein Bündel ihm persönlich aus den verschiedensten Titeln zustehender Rechte, die sich nicht unter den einheitlichen Begriff der staatlichen Hoheit bringen ließen."

[73] Zum folgenden O. Guillot, Le jeu de la seigneurie et du fief chez Philippe de Beaumanoir, Actes du colloque scientifique international organisé pour la commémoration du VIIe centenaire des „Coutumes et Usages de Beau-Beauvaisis" de Philippe de Beaumanoir, 14 et 15 mai 1983, Beauvais (Groupe d'Etudes des Monuments et Oeuvres d'art du Beauvaisis) 1983, 69–73.

[74] Vgl. die Definition des Souveränitätsbegriffs bei dem Juristen Ch. Loyseau (1566–1627): sie ist *Imperium, Potestas(!), Dominatio,* „öffentliche Seigneurie", zum persönlichen Eigentum ihres Inhabers geworden, vgl. M. Göhring, Weg und Sieg der modernen Staatsidee in Frankreich, Tübingen 1946, 103. Souveränität ist die in einer Hand zusammengefaßte öffentliche Gewalt eines „Super-Seigneur". Allgemein sei auf die grundlegenden Arbeiten von Roland Mousnier verwiesen, für den Loyseau eine maßgebliche Quelle ist.

[75] J. F. Lemarignier, La dislocation du *Pagus* et le problème des *Consuetudines* (Xe–XIe siècles), in: Mélanges d'Histoire du moyen âge dédiés à la mémoire de Louis Halphen, Paris 1951, 401–410.

Adligen in der ganzen Grafschaft. Selbstverständlich bleiben dem Adel seine generellen Vorrechte, so etwa im Feld des Beweisrechts, aber er muß auch, wie in Spätantike und Frühmittelalter, die negative Seite seiner aus der Masse herausragenden Stellung tragen: wo der normale Untertan im Schuldfall bis zu 60 sol. (60 sous entsprechen 3 livres/Pfund) zu zahlen hat, zahlt der *gentius hons/gentillhomes* bis zu 60 Pfund, das zwanzigfache.

Für den Sire souverain muß sogar ein Adliger der Grafschaft, der gar nicht sein Vasall ist, den *ronci de service* leisten, Gebühr für das im Kriegsfall geschuldete Pferd, was zeigt, daß die alte öffentliche Abgabe des fränkischen *paraveredus* (daraus unser Wort „Pferd"), noch fortlebt. Alle Bewohner der *Potée (Potestas)* des Sire souverain, die *homines de potestate/hons de pooste,* sind „taillables", können vom Grafen zur Taille herangezogen werden.

Natürlich ruht das Ganze im Royaume de France des 13. Jahrhunderts im umfassenden Rahmen des jetzt generalisierten (später unbedeutend werdenden) Lehnsbands gegenüber dem König: *toute laie juridiction* (weltliche Rechtsprechung) *est tenue du roi en fief ou en arrière fief.* Es hat also, wie auch Guillot an Beispielen von Ludwig VII. bis Ludwig XI. zeigt, einen auch von Mitteis richtig gesehenen Rekonzentrationsprozeß staatlicher Gewalt gegeben, aber auch jetzt noch haben beide von ihm profitiert, Königtum und Barone, ehe in der Folge die letzteren ihre so lange bestehenden regionalen und lokalen Rechte an die königlichen Beamten verloren, jenen neuen Stand, der neben dem kleinen und mittleren Adel und z. T. aus ihm aufstieg. Aber schon die Gottesfriedensbewegung hat sich in neueren Arbeiten als ein Bündnis der geistlichen wie weltlichen Potestas-Inhaber gegen die kleinen Unruhestifter und für die Festigung ihrer Territorialgewalt entpuppt.[76] Der Staat war aus Frankreich zu keinem Zeitpunkt verschwunden, er manifestierte sich eben nicht nur durch das Königtum, und dessen rascher Aufstieg nach Philipp II. August war nur möglich, weil es genügte, die wohlgeordneten und meist gut regierten Territorien der Fürsten, die durch Ehe, Eroberung oder Konfiskation heimfielen, zu vereinen. Es sei dazu nur erwähnt, daß es der Champagne und ihren Messen unter den Grafen besser ging als unter dem König, daß sie aber auch ihren Eigencharakter noch im 17. Jahrhundert bewußt wahrte: für sie war der König von Frankreich *Comte de Champagne.*[77]

5. Frankreich hatte mächtige Fürsten vom ausgehenden 9. bis weit ins 12. Jahrhundert, jeder ein „kleiner König", mit eigenem Hof, lange Zeit viel unabhängiger und mächtiger als in Deutschland. Weil jeder französische Fürst für sich allein stand, Rivale seiner Nachbarn war, hat es in Frankreich keinen Fürstenstand gegeben, der ja Solidarität voraussetzt und Verpflichtungen ebenso beinhaltet wie Rechte. Das französische Fürstentum war, wie es im Titel *princeps* angelegt ist, „auf dem Wege zum Königtum": die Robertiner stellten zwei Könige, bevor sie mit Hugo Capet die französische Krone sich dauernd sicherten, Wilhelm dem Großen von Aquitanien wurde die italische Krone angeboten, die er nach Prüfung ablehnte, Wilhelm von Normandie eroberte die englische Krone, die später auch einem Stephan von Blois zufiel, ehe sie dauernd dem Hause Anjou (Plantagenet) gehörte. Odo II. von Blois (Sohn einer burgundischen Königstochter) war schon von einem erheblichen Teil des Adels gewählter König von Burgund, ehe er an der Allianz Konrads II. mit dem französischen König Heinrich I. scheiterte; andere französische, normannische, burgundische Dynastien stellten die Könige von Portugal, von Sizilien, von Jerusalem und die Kaiser des Lateinischen Kaisertums von Konstantinopel. Die Zugehörig-

---

[76] K. F. Werner, Observations sur le rôle des évêques dans le mouvement de paix aux Xe et XIe siècles, Mediaevalia Christiana, XIe–XIIIe siècles, in: Hommage à Raymonde Foreville, hg. v. C. E. Viola, Paris 1989, 155–195 (s. dort auch die bibliographischen Nachträge 175 f.).

[77] Vgl. A. Cremer, Der Adel in der Verfassung des Ancien Régime. Die Châtellenie d'Epernay und die Souveraineté de Charleville im 17. Jahrhundert, Bonn 1981 (Pariser Historische Studien, Bd. 16), mit interessanten Ergebnissen zu den Grenzen des „Absolutismus".

keit zum „königsbaren" Adel, wie man in Anlehnung an den Terminus „grafenbar" sagen könnte, muß beachtet werden, wenn man den psychologischen Hintergrund einer politischen Entwicklung verstehen will, die in Frankreich vom 10. bis 12. Jahrhundert ein Staatensystem lange vor dem oft zitierten italienischen des 14. und 15. entstehen ließ. Wie dort konnte über die Rivalitäten der großen Einzelnen keine Einheit zustande kommen, aber anders als dort war einer der großen Prinzipate in der Hand des Königs, dem die Einigung gelang, eben weil er zunächst dem Selbständigkeitsdrang und der Stärke der Fürsten ohnmächtig gegenübergestanden hatte, ja froh sein mußte, sich gegen die für ihn gefährlichsten, Normandie und Blois-Champagne, durch Bündnisse mit anderen Fürsten, etwa Anjou, behaupten zu können. Das Lehnsband hat in dieser Periode auf dieser Ebene eine höchst geringe Rolle gespielt. Es konnte erst wirksam eingesetzt werden, als das Königtum auf anderen Wegen (etwa über die Verbindung königlicher Prinzen mit Erbtöchtern der Fürstentümer, oder durch Eroberung, aber auch durch überzeugenden Kirchenschutz) ohnehin überlegen geworden war: nun wurde das Lehnrecht sehr nützlich, aber es war, das muß man gegen Mitteis festhalten, nicht entscheidend für die Wende zum starken Königtum. Wir haben eines der maßgeblichen Momente bereits erwähnt, den Aufbau einer starken, auf Beamte gestützten Verwaltung in der zunächst noch so kleinen sog. „Krondomäne". Was man aber nicht genügend klar gesehen hat, war die Begünstigung dieser Entwicklung gerade durch die Schwäche der Kapetinger gegenüber den Fürsten. Denn, im gleichen Maße, in dem die Fürsten frei wurden von direkten Eingriffen des Königs in ihre Territorien, wurde auch der König frei von der sonst im einstigen Westfrankenreich ebenso wie im Ostreich, dann im Imperium selbstverständlichen Mitwirkung der Großen in der Reichsregierung. In Frankreich zeigten die Großvasallen in der ersten Hälfte des 11. Jahrhunderts noch etwas Interesse an der Königswahl, d. h. an der Auswahl eines der Kapetingersöhne, dann verlor sich auch das. Lemarignier hat den Niedergang im Glanz der königlichen Hoftage, auf denen immer weniger Große erschienen, genau dokumentiert, aber auch gezeigt, wie sich nun ein neuer Hofadel, aus ergebenem kleinerem Adel der Krondomäne, bildete.[78] Hier wurde also nicht nur wegen des Verzichtes auf große Politik in fernen Gebieten, wie sie der Kaiser führen mußte, sondern auch wegen der Beschränkung auf das Nötigste, ein wirklicher Neuanfang möglich mit Ausbau von Verwaltung, Finanzen und dann auch Armee. Geht man zu weit, wenn man behauptet, daß gerade das Nichtfunktionieren des Lehnsbandes auf der höchsten Ebene den Neubeginn herbeigeführt hat? Und daß später ein starkes Königtum „nur" das Einfordern der Pflichten des kleinen Vasallen auf die großen auszudehnen brauchte? Betonen wir darüber hinaus, daß auch die Wurzeln des weiteren Aufstiegs der Krone in Richtung auf den sog. „Absolutismus" in diesen bescheidenen Anfängen liegen, daß sich also das „Moderne" an den Kapetingern aus ihnen erklärt: Von diesem relativ bescheidenen Hofadel ging kein Widerstand gegen das Königtum aus, von dem seine Einkünfte und Karriere völlig abhingen. Gegenüber den Prinzen des Königshauses waren und blieben die übrigen Personen am Hof rangmäßig klar distanziert: das hat sich dann auch später nicht mehr geändert, als die Fürsten seit dem 12. Jahrhundert den inzwischen wichtig gewordenen Hof wieder aufsuchten. Den alles überragenden und letztlich mit seinen engsten Ratgebern allein entscheidenden Herrscher konnte es im Imperium nicht geben, ebensowenig wie die alles überragende Stellung der Herrscherdynastie!

Ein vergleichender Blick auf das Imperium zeigt die Kluft, die sich in diesen beiden entscheidenden Punkten rasch aufgetan hat. Eben weil der ottonische Herrscher sich in der Lage zeigte, im ganzen Reich seine Macht, und sei es mit Hilfe der Reichskirche, geltend zu machen, auch die

---

[78] J. F. Lemarignier, Le gouvernement de la France aux premiers temps capétiens (987–1108), Paris 1965.

großen Vasallen zum Heeresdienst, ja sogar zur Italienfahrt zu zwingen,[79] und selbstverständlich auch zur „Hoffahrt", zur pflichtgemäßen Teilnahme an den Hoftagen, blieb auf diesen Versammlungen ein in seiner Gesamtheit mächtiger Adel präsent und konnte auf die Entscheidungen mehr und mehr einen entsprechenden Einfluß nehmen. Diese Fürsten und Grafen kamen immer wieder zusammen, streng nach Rang getrennt und innerhalb der Ranggruppen häufig interessensolidarisch. So entwickelte sich hier ein Fürstenstand, der schließlich entscheiden kann, ob und wann ein Italienzug stattfindet, einmal sogar den Abbruch eines solchen Zuges erzwingt. Als Preis für seine Zustimmung für die Bedürfnisse des Kaisers in Italien kann er u. a. die berühmten Reichsgesetze Friedrichs II. zu seinen Gunsten erzwingen, zu denen Heinrich Mitteis natürlich betonte, daß es vergleichbares in Frankreich nicht gab.[80] Das konnte es auch nicht geben, da den Fürsten jede Handhabe fehlte – wie sie die deutschen bei den Italienzügen, die englischen Barone bei den Festlandszügen ihrer Könige hatten. Der französische König bedurfte ihrer nicht, und verhandelte im Bedarfsfall mit einzelnen von ihnen. Als Gruppe waren sie, wir sahen es, nicht organisiert. Dieselben Gründe führen zu der anderen entscheidenden Verschiedenheit: das „allein gelassene", schwache Königtum konnte seine Erblichkeit und deren Regelung (die z. T. fürstlichen Vorbildern folgte!) in Ruhe ausbilden, solange es seinerseits die Fürsten mit ihrer Nachfolgeregelung in Ruhe ließ. Im Reich hingegen setzt sich die erbliche Nachfolge in den großen Reichslehen, die solche auch wirklich blieben, viel langsamer durch, häufig, wenn auch nicht immer, auf den Mannesstamm beschränkt. Dafür kontrollierten aber auch die Fürsten in ihrer Gesamtheit, später im spezialisierten Kur-Gremium, die Königswahl:[81] das Imperium wurde ebenso zwingend Wahlreich, wie das *Regnum Francorum* Erbmonarchie. Das Lehnrecht bzw. seine unterschiedliche Entwicklung im Westen und im Osten kann dafür kaum verantwortlich gemacht werden. Die dargelegte Entwicklung ist zwar Verfassungsgeschichte, aber nicht primär Lehnrechtsgeschichte.

Eine mögliche Erklärung für die zumindest teilweise Fehleinschätzung durch Mitteis ist der Umstand, daß er ja eigentlich Spezialist für das 12. Jahrhundert war, und von seinem Ausgangspunkt her, den großen „Lehnsprozessen" dieses Jahrhunderts, eben jene Spätphase genauer kannte, die in Wahrheit bereits atypisch für die vorausgehenden Jahrhunderte ist.[82] In dieser Spätphase hebelt in der Tat der König mit Hilfe des auf Fürstenebene reaktivierten Lehnrechts die Fürstenmacht aus: so genügte formal die Anrufung des Oberlehnsherrn durch den Grafen von Angoulême, um das Einschreiten des Königs (jetzt mit der Macht, seine Urteile zu vollstrecken!) gegen den Großvasallen, Herzog von Aquitanien und überdies König von England, in Gang zu setzen und das *„Empire angevin"* zum Einsturz zu bringen.

---

[79] K. F. Werner, Heeresorganisation und Kriegführung im deutschen Königreich des 10. und 11. Jahrhunderts, Ordinamenti militari in Occidente nell'alto medioevo, XVa Settimana di studio del Centro italiano di studi sull'alto mediovo, Spoleto 1967, Spoleto 1968, 791–843; erneut in Werner, Structures (wie Anm. 44) Aufsatz III, gleiche Paginierung.

[80] Mitteis, SHMA/3, 148 unten; /7, 131.

[81] Vgl. H. Mitteis, Die deutsche Königswahl und ihre Rechtsgrundlagen bis zur Goldenen Bulle, 2. Aufl. Brünn/München/Wien 1944.

[82] Mitteis hatte keine Untersuchung der Prozesse, die zur Absetzung von Großen in den vorhergehenden Jahrhunderten führten, zur Verfügung, wie sie jetzt vorliegt: Adelheid Krah, Absetzungsverfahren als Spiegelbild von Königsmacht. Untersuchungen zum Kräfteverhältnis zwischen Königtum und Adel im Karolingerreich und seinen Nachfolgestaaten, Aalen 1987. Das Westreich wird bis 986 verfolgt, das Ostreich bis zu Heinrich III. Stets sind es die Großen des Reichs, die wegen Hochverrat, Verletzung der Amtspflichten und des Landfriedens das Urteil sprechen, das der König mildern kann (373–377); 179 Fälle, zeitlich recht gleichmäßig verteilt, können registriert werden (379–401). Bei diesem Zusammenwirken der Großen mit dem König auf höchster Ebene spielt das Lehnrecht, obwohl es sich oft um angeklagte Großvasallen handelt, keine maßgebliche Rolle, schon gar nicht als Voraussetzung, daß der König den Schuldigen überhaupt vor sein Gericht ziehen kann. Die zeitliche Lücke für Frankreich, das von Krah nicht behandelt wird, reicht von 986 bis zur Mitte des 11. Jahrhunderts. In dieser Zeit gelingt es dem Königtum nur über den Gottesfrieden, z. B. unter Robert II., gegen Friedensbrecher außerhalb der Krondomäne vorzugehen (Werner, Le rôle . . .; wie Anm. 76).

## III.

Im Schlußwort einer notwendig sehr fragmentarischen Stellungnahme zu den wesentlichen Arbeiten von Heinrich Mitteis zur westeuropäischen Geschichte, die sich überdies ganz überwiegend auf den französischen Problemkreis beschränkte, sollen zwei Hauptgesichtspunkte getrennt resümiert werden, der des Zusammenhangs von Lehnrecht und staatlicher Effizienz, und der des deutsch-französischen Vergleichs.

Zum ersteren sei bemerkt, daß es stets, von römischer Zeit bis in die modernen Jahrhunderte, den Begriff und die Sache voller Herrscherbefugnis und damit staatlicher Macht und öffentlicher Gewalt gegeben hat: *Potestas*.[83] Seit dem 9. Jahrhundert (mit Vorspielen, die wir hier vernachlässigen können) wurde sie in stets größerem Umfang, im Westen mehr noch als im Osten, durch Delegation an die Basis (d. h. an den regionalen oder lokalen „*Potestas*-Beauftragten", dann -Inhaber), zur unmittelbaren Herrschgewalt an der Basis. Bei diesem Prozeß hat die lehnrechtliche Form der Vergabe schon darum eine erhebliche Rolle gespielt, als sie diese „erleichterte", d. h. der vergebenden Krongewalt die Illusion verbleibender nennenswerter Rechte und Ansprüche ließ. Mit wachsender Aushöhlung dieser Restbestände besonders im Verhältnis zu Großvasallen blieb der Zentrale, zumindest im Westen, eine ausgehöhlte Oberlehnshoheit (*Suzeraineté)*. Die neue Souveränität war eine im Königsterritorium ausgebildete und erprobte Machtausübung durch den Herrscher und seine Beamten selbst, zusammen mit der Rekuperation der Herrschgewalt an der Basis durch die Zentrale, verbunden mit der nachträglichen Behauptung, sie sei in Wahrheit immer bei dieser verblieben, höchstens in manchen Fällen durch vorübergehende Usurpation „entfremdet" gewesen. Das *Summum imperium* Ludwigs des Frommen war wieder an seinen Ausgangspunkt zurückgekehrt.

Das gleiche Lehnsband, das im Frankreich des 9.–12. Jahrhunderts dem König eine vage Oberherrschaft über die tatsächlich die Macht in ihren Territorien ausübenden Fürsten und Barone belassen hatte, erlaubte im Imperium des 13. bis 18./19. Jahrhunderts dem Kaiser eine vage Oberherrlichkeit über die effektiv regierenden Landesfürsten zu bewahren. In dieser Hinsicht sind Frankreich und das Imperium also vergleichbar mit einer Zeitverschiebung von fast einem halben Jahrtausend. In Frankreich gab es einen Weg zurück für die Zentralgewalt, in Deutschland nicht (zumindest nicht in den Jahrhunderten, in denen Lehnsverhältnisse überhaupt eine Rolle spielen konnten). Allerdings einen rechtlichen Unterschied von Gewicht gibt es zwischen beiden Zentralgewalten, und Mitteis hat ihn, wie eben erwähnt, durchaus gesehen: die deutsche Reichsgewalt selbst hat unter dem Druck des Fürstenstandes auf wesentliche und immer neue Rechte Verzicht geleistet und sie den Teilgewalten ausdrücklich übertragen. Was aber ist der wahre Grund, warum dergleichen in Frankreich nicht geschah? Der König, von dem niemand etwas verlangte, weil er aus Ohnmacht die Fürstenrechte, einst nur delegiert, von den Großen uneingeschränkt ausüben ließ, hat eben darum auch niemals einen ausdrücklichen Verzicht auf seine eigenen Rechte unmittelbarer Machtausübung im ganzen Königreich aussprechen müssen. Insoweit, aber auch nur insoweit, hatten die Legisten recht, wenn sie alles, was inzwischen nicht nur geschehen, sondern auch rechtens geworden war, ignorierten und einfach neben dem Recht der Krone kein anderes mehr gelten ließen.

Auf wichtige Einzelphänomene, wie den *homo ligius,* den Treuevorbehalt u. a. wurde in unserer Auswahlkritik nicht oder nur am Rande eingegangen. Gerade zu ihnen aber hat Mitteis

[83] Mitteis, LuS 321 erwähnt zwar die „suprema potestas" die vom kapetingischen Königtum „kraft göttlicher Legitimation" „der Idee nach" stets beansprucht worden sei, und auf der „schon die Karolinger ihre Herrschaft aufgebaut hatten". Dabei wird weder das römische Potestas-Erbe schon der Merowinger, noch die Potestas der Fürsten angesprochen, und zu Unrecht wird als „einziger Ansatzpunkt" für die Wiedererlangung einer konkreten Machtausübung „die Stellung des Königs als oberster Lehnsherr" bezeichnet.

insbesondere in „Lehnrecht und Staatsgewalt" wichtiges beigetragen, wenn auch durch Kienast und andere Kritik angemeldet wurde.[84] So bleibt das ältere seiner beiden historischen Hauptwerke eher noch von Wert als das jüngere und ungleich mehr benutzte, das, zumindest, was Frankreich angeht, im Einzelnen wie im Ganzen nicht mehr dem Kenntnisstand entspricht.

Ein abschließendes Wort zum Komparatisten Mitteis. Wir deuteten bereits an, daß in den deutsch-französischen historischen Vergleichen bei ihm zu beachten ist, daß er – wie übrigens auch Kienast – einer Historikergeneration angehört, für die das Problem deutscher, nationaler Macht, Größe und Einheit eingebunden war in den besonderen Schmerz der Niederlage von 1918 und des ihn bedrückenden Niedergangs Deutschlands von schon erreichter Macht und Größe. Die Gegensatzpaare Macht und Ohnmacht, Einheit und Zersplitterung waren ihm von höchster Aktualität, nicht allein, aber doch auch durch die scheinbare Analogie einer sowohl einst wie jetzt erneut zusammengebrochenen „Kaiserherrlichkeit". Dem Abstieg des deutschen Reiches im „deutschen Mittelalter" nach vorangegangener Vorherrschaft, die dem „2. Reich" in höchst anachronistischer Weise als Vorbild und Ermunterung gedient hatte (Giesebrecht!), stand zu allem Überfluß der umgekehrt proportionale Aufstieg des großen Rivalen Fankreich gegenüber, eine der siegreichen „Westmächte" von 1918! Bezeichnender Weise wurde dieser Begriff des Ersten Weltkriegs von Kienast ohne terminologische Bedenken auf die Beziehungen Frankreichs und Englands zu den deutschen Fürsten des 11.–13. Jahrhunderts angewandt.[85] Dieser psychologische Hintergrund einer ganzen Generation sollte im Urteil über die uns als „zu national" erscheinenden Partien im Werke von Mitteis berücksichtigt werden. Umso mehr bleibt bei ihm der Wille des Forschers zu würdigen, zum historischen Verstehen durch komparatistische Methode, mit bewußtem Hinausgreifen über die bloß deutschen Verhältnisse vorzudringen.

Aber gerade bei diesem komparatistischen Ansatz ist Mitteis ein Fehler unterlaufen, den wir schon darum nicht verschweigen wollen, weil er lehrreich ist. Mitteis sah Westfranken/Frank-

---

[84] W. Kienast, Lehnrecht und Staatsgewalt im Mittelalter. Studien zu dem Mitteis'schen Werk, HZ 158, 1938, 3–51. Zu Kienasts Buch Untertaneneid und Treuevorbehalt in Frankreich und England. Studien zur vergleichenden Verfassungsgeschichte des Mittelalters, Weimar 1952, zitiert Peter Herde, Walther Kienast, in: W. Kienast, Die fränkische Vasallität (wie Anm. 63) XI–XLIII, dort XXXV, eine Bemerkung von Bruno Meyer (ZRG.GA. 71, 1954. 426ff.), wonach Kienasts vielfach von Mitteis abweichende Ergebnisse darauf zurückgingen, „daß Kienast rein auf den Urkunden aufbaut, während Mitteis den Rechtsbüchern mehr Wert zumißt", was, wie Herde hinzufügt, „in der Tat eine schwache Stelle in den Arbeiten von Mitteis" aufdecke. Kritik geübt hat zum „Leihezwang" – von Mitteis unter Ausmalung seiner schlimmen Folgen als „Eckstein der deutschen Verfassungsgeschichte" bezeichnet – Werner Goez, Der Leihezwang. Eine Untersuchung zur Geschichte des deutschen Lehnrechtes, Tübingen 1962, 12ff.

Hier ist nicht der Ort, Mitteis und Mitteis-Kritik in die Forschungsgeschichte einzuordnen, von der W. Goez S. 5 süffisant bemerkt, sie sei zu seinem Thema mangels Forschung eher die „Entwicklung der communis opinio". Zum Fortschritt der Forschung sei erwähnt der Nachweis kanonistischer Voraussetzungen der berühmten Fulbert von Chartres-Passage über das Lehnrecht durch Alfons Becker, Form und Materie. Bemerkungen zu Fulberts von Chartres ‚De forma fidelitatis' im Lehnrecht des Mittelalters und der frühen Neuzeit, HJb. 102, 1982, 325–361. Mitteis, LuS 312f. hatte immerhin beobachtet, Fulbert habe „zum ersten Mal mit scholastischer Denktechik die präzise Formulierung des Inhalts der Treuepflicht versucht"; die kanonistische Präzision war ihm entgangen.

[85] W. Kienast, Die deutschen Fürsten im Dienste der Westmächte bis zum Tode Philipps des Schönen von Frankreich, Bd. 1; 2, 1 (mehr nicht erschienen) Utrecht 1924–1931. Vgl. dazu die Bemerkungen von Peter Herde (wie Anm. 84) XIV: „Als übergreifendes Thema steht die herkömmliche Erklärung des Auseinanderklaffens der staatlichen Entwicklung in Westeuropa und im Reich: dort Entstehung ‚starker Zentralgewalten', hier Zersplitterung...; als ‚Verhängnis der deutschen Geschichte' wird die Tatsache bezeichnet, daß die Reichsgewalt an dem Zentralisationsprozeß nicht teilnehmen konnte..." Zur Thematik der Zeitgebundenheit, die wir im folgenden Satz weiterführen, vgl. auch O. G. Oexle, Rechtsgeschichte und Geschichtswissenschaft, Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, Frankfurt am Main, 22. bis 26. September 1986, hg. v. D. Simon, Frankfurt a. M. 1987, 77–107, dort 87f. zur Generation, die sich mehr als für den „Staat" des Mittelalters für die Formen der „Herrschaft" interessierte und deren „zeitgebundene Auffassungen" ebenfalls bei heutiger Lektüre „Betretenheit" auslösen.

reich und Ostfranken/Deutschland als zwei ursprünglich etwa gleiche und darum auch vergleichbare Gebilde an. Hatten sie doch beide das Erbe des fränkischen Großreichs angetreten, und war dabei eher der „deutsche" Anteil, nach dem Erwerb Lotharingiens und dann Italiens, größer als der französische. Aber hinter dem scheinbaren, den Vergleich nahelegenden Parallelismus standen grundsätzliche Verschiedenheiten des Erbes. Das wenn auch kleinere Westreich umfaßte den fränkischen Reichskern des Reichsgründers Chlodwig. Dieses Reich konnte auch insoweit den Reichsnamen *Francia* behaupten, als in ihm der Reichsteil der engeren *Francia* unbestritten den Gesamtstaat als Kernland repräsentierte, mit den *Franci, Franceis, Français* als Reichsvolk. Diesem allein kam es zu, den von ihm vor allem erwählten bzw. anerkannten Herrscher[86] in seiner (engeren) *Francia* residieren zu sehen: ein Herrscherwechsel etwa auf einen Aquitanier, ein Residenzwechsel in den Süden (sieht man von der Notlage des „roi de Bourges" im 100jährigen Krieg ab – hier bestätigt wirklich die Ausnahme die Regel) war und blieb für Frankreich undenkbar.

Genau solche Wechsel waren aber im völlig anders strukturierten und darum in diesem Punkte unvergleichbaren Ostreich von Anbeginn an die Regel. Dort folgte auf den Franken Konrad eine sächsische, dann wieder eine fränkische, dann eine schwäbische Dynastie, nachdem zuvor Baiern unter Ludwig, dann Arnolf mit Regensburg das Reichszentrum gestellt hatte, und auch später ein Baier, dann Luxemburger, endlich dauernd Österreicher Kaiser sein konnten. Gewiß wurde immer wieder ein Bezug zum fränkischen Ausgangspunkt hergestellt, etwa in der Rolle von Aachen und Frankfurt bei der Königserhebung. Aber einen Vorrang der Franken vor den anderen Völkern (die das 19. Jahrhundert wohlweislich „Stämme" nannte, hatte man doch das historisch jüngere „deutsche Volk" vordatiert![87]) gab es nicht: in Westfranken wurde ein schuldiger Großer, wie im einstigen Gesamtreich, *iudicio Francorum* verurteilt, im Osten hingegen *iudicio Franchorum, Alamannorum, Bauuoariorum, Thuringionum seu Saxonum*:[88] die vier Völker waren die Reichsgrundlage, den Franken blieb nur die Nennung an erster Stelle. Das war die oft von deutschen Historikern vergessene Grundlage eines Reiches, das von ihnen umso öfter das „Deutsche" genannt wird, je seltener es in den Quellen als solches erscheint. Ein Bund von Völkern östlich des Rheins, die einen Staat bildeten, weil sie vom Frankenreich am Ostrand Galliens zusammengezwungen worden waren (vorher gab es fränkisch-sächsische Erbfeindschaft, und noch 895 mußte Eheauflösung zwischen Franken und Sachsen bzw. Baiern mit der Begründung, der Gatte sei Ausländer, verboten werden[89]), mußte zu einem Reich ohne Mittelpunkt und damit ohne Hauptstadt werden. Dies wird hier nachdrücklich in Erinnerung gerufen, weil Mitteis 1933 „Lehnrecht und Staatsgewalt" in bedenklicher Weise mit dem Wort vom „Umweg" der deutschen Staatsentwicklung beschließt, dessen Ende nach sieben Jahrhunderten erreicht sei! Genau dies war die Sprachregelung der damals antretenden neuen Machthaber, für die alles christliche, römische und föderale als Um- und Irrweg der deutschen Geschichte galt.[90]

---

[86] Richtig J. Ehlers, Karolingische Tradition und frühes Nationalbewußtsein in Frankreich, Francia 4, 1977, 213–235, dort 213: „Frankreich ist keine bloße Nachfolgebildung auf dem Boden des karolingischen Imperiums, sondern aus dessen ⟨merowingischem, – so in den folgenden Sätzen erläutert⟩ Zentrum entstanden". Zur primär fränkischen Wahl s. K. F. Werner, Avant les Capétiens, in: L. Hamon, G. Lobrichon (Hgg.), L'Élection du Chef de l'Etat en France de Hugues Capet à nos jours, Paris 1988, 13–23.

[87] K. F. Werner, Deutschland, Lexikon des Mittelalters III, 4, 1984, Sp. 781–789.

[88] Diplom Ludwigs des Kindes n° 23, ed. T. Schieffer, MGH Die Urkunden der deutschen Karolinger, Berlin 1963, 129.

[89] MGH Capitularia, ed. A. Boretius, V. Krause, Bd. 2, Hannover 1890–97, n° 252, 196–249: Concilium Triburiense 895, cap. 39, 235f.: *Quicunque alienigenam, hoc est alienae gentis [!] feminam, verbi gratia Francus mulierem Baioaricam* (Der konkrete Fall, der zur Entscheidung vorlag, war eine Scheidung zwischen einem fränkischen Adligen und einer vornehmen Sächsin, vgl. ebd. 207, ludicia c. 4).

[90] Mitteis, LuS 704.

Doch Heinrich Mitteis hat an anderer, wenngleich versteckterer Stelle darauf hingewiesen, welchen Reichtum Deutschland seiner von der französischen abweichenden historischen Struktur verdankt.[91] Während Frankreich sich heute bemüht, durch neue regionale Instanzen ein politisches Eigenleben mit stärkerer Initiative in „der Provinz" zu wecken, wurde das deutsche föderale Erbe in seiner heutigen Form ein europäisches Modell.[92] Die uns als Umwege vom vermeintlichen Weg deutscher Geschichte hingestellten Phänomene sind nichts anderes als wesentliche Elemente unserer wahren Geschichte. Diese Geschichte hat uns in vielfachen europäischen Verflechtungen zu dem gemacht, was wir sind.

---

[91] H. Mitteis, Rechtspflege und Staatsentwicklung in Deutschland und Frankreich, Archiv des öffentlichen Rechts 40, 1921, 1–21, erneut in Die Rechtsidee (wie Anm. 5) 71–85, dort 83f. (Habilitationsvortrag 1919).

[92] Knapp und vorzüglich dazu Hans Maier, Aspekte des Föderalismus in Deutschland und Frankreich, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart N. F. 35, 1986, 47–55. Dazu seine Bemerkungen aus seiner Bundestagsrede vom 9. 11. 1984, unter dem Titel „Kultur im Bundesstaat" veröffentlicht in H. Maier, Die Deutschen und die Freiheit. Perspektiven der Nachkriegszeit, Stuttgart 1985, 208–216 (dort 208 und 216): „Die deutsche Kultur ist eben kein hierarchisches Gebilde aus Unten und Oben, wo im Lande draußen die Massen in provinzieller Einfalt ‚bei den Harmonikas der Knechte' hocken (Benn), während in den Metropolen einsame Eliten für die Ewigkeit denken und dichten"; „Der Zentralstaat ist immer in Gefahr, mit sich selbst zu schnell im reinen zu sein, er hat nichts neben sich, was ihn in Frage stellen könnte."

ALFRED HAVERKAMP

# Heinrich Mitteis über das Regnum Italiae

Das von mir zu behandelnde Thema kann allzu leicht dazu führen, dem vor hundert Jahren geborenen großen Rechtshistoriker Heinrich Mitteis nicht gerecht zu werden. Diese Gefahr ist schon deshalb gegeben, weil die Geschichte Italiens im Gesamtœuvre dieses germanistischen Rechtshistorikers nur eine periphere Rolle spielte, während mein Thema eine Konzentration auf das hochmittelalterliche Regnum Italiae gebietet. Im Unterschied zu Heinrich Mitteis ist der Referent weder ein Jurist noch ein kompetenter Rechtshistoriker, sondern am ehesten ein ebenfalls traditions- und zeitgebundener Historiker mit einer verfassungs- und sozialgeschichtlichen oder auch gesellschaftshistorischen Ausrichtung, wie sie in der deutschsprachigen Mediävistik im wesentlichen erst seit den fünfziger Jahren schärfere Konturen gewonnen hat. Diese Ausrichtung geht auch auf frühere Ansätze bei Otto Brunner zurück, dem der Jurist Heinrich Mitteis viel Verständnis entgegengebracht hat.[1]

Erinnert sei auch daran, daß das Hauptwerk, in dem sich Mitteis am fundiertesten über das hochmittelalterliche Regnum Italiae geäußert hat, vor nun mehr als einem halben Jahrhundert publiziert worden ist: und dies zu einer Zeit, in der der damals gut vierzigjährige Autor von „Lehnrecht und Staatsgewalt" offenbar noch am Anfang einer eingehenderen Beschäftigung mit der Rechtsgeschichte Italiens stand. Es ist wohl doch bezeichnend, daß unter den relativ zahlreichen Rezensionen aus der Feder von Mitteis erstmals 1937 ein italienischer Titel auftaucht.[2] Offenbar hat sein Interesse an der italienischsprachigen rechtsgeschichtlichen Forschung über Italien erst längere Zeit nach dem Erscheinen von „Lehnrecht und Staatsgewalt" tiefere Wurzeln geschlagen. Dieses hat sich stärker erst auf die vierte Auflage von „Der Staat des hohen Mittelalters" ausgewirkt, die Mitteis bekanntlich kurz vor seinem Tode vorbereitet hat: in einer Zeit, in der der inzwischen zum „socio straniero" der Accademia Nazionale dei Lincei gewählte Gelehrte auch seine kenntnisreiche Abhandlung „Zur Lage der rechtsgeschichtlichen Forschung in Italien" (1952) veröffentlicht hat.[3] Wie darin und ebenfalls in der Neuauflage von „Der Staat des hohen Mittelalters" erkennbar, hätte Heinrich Mitteis bei einer leider nicht mehr erfolgten Überarbeitung von „Lehnrecht und Staatsgewalt" die Eigenständigkeit der rechts- und verfassungsgeschichtlichen Entwicklung in Reichsitalien viel stärker berücksichtigt als in der ersten Auflage von 1933.

---

[1] Zu Otto Brunner vgl. O. G. Oexle, Sozialgeschichte – Begriffsgeschichte – Wissenschaftsgeschichte. Anmerkungen zum Werk Otto Brunners, in: VSWG 71, 1984, 305–341, und die Beiträge in: Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento 13, 1987 (1988), 11–205; Rezensionen von H. Mitteis über die erste und die dritte Auflage von O. Brunner, Land und Herrschaft, in: HZ 163, 1941, 255–281, 471–489, und ZRG GA 64, 1944, 410–418. Zur zurückhaltenden Kritik O. Brunners an H. Mitteis vgl. ders., Moderner Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungsgeschichte, in: MIÖG, Ergänzungsband XIV, 1939, 513–528; darin argumentiert Brunner gegen die Orientierung der älteren Rechts- und Verfassungsgeschichte am modernen Staat mit der nationalsozialistischen Volks- und Staatsideologie, die dieser Forschungsrichtung ihren Gegenwartsbezug genommen habe: „Nicht der Staat, nicht die Kultur sind uns heute Gegenstand der Geschichte, sondern Volk und Reich" (516).

[2] Vgl. das Schriftenverzeichnis in: Die Rechtsidee in der Geschichte. Gesammelte Abhandlungen und Vorträge von Heinrich Mitteis, Weimar 1957, 724–731, Nr. 126, ferner Nr. 133, 135 von 1939.

[3] In: ZRG GA 69, 1952, 203–238, vgl. die Nachrufe von K. S. Bader, in: ZRG GA 70, 1953, IX–XXXII und von O. von Zwiedineck Südenhorst, in: Bayerische Akademie der Wissenschaften, Jahrbuch 1952, München 1953, 150–162.

Die Wegstrecke, die Heinrich Mitteis in den zwei Jahrzehnten zwischen 1933 und 1952 zurückgelegt hat, läßt sich auch an Zitaten veranschaulichen, die nur scheinbar verschiedene Bezugspunkte haben. In der Einleitung von „Lehnrecht und Staatsgewalt" formulierte er noch: „Die Lehnrechte der Rechtsbücher des Mittelalters, vor allem der deutschen, sind die größten Kunstwerke, die der germanische Rechtsgeist im Mittelalter hervorgebracht hat".[4] Und ähnlich umschrieb er sieben Jahre später im Vorwort zu „Der Staat des hohen Mittelalters": „Bei alledem bleibt das Buch" – zu ergänzen: trotz der sachlichen Ausweitung auf das „Ganze der Verfassung" – „ein spezifisch rechtshistorisches, im engeren Sinne ein germanistisches. . . . Sein Leitgedanke ist die Kontinuität der germanischen Verfassungselemente in allen Ländern bis zum Ausgange des hohen Mittelalters, also bis in die Zeit des Ständestaats hinein" – ein Bekenntnis, das im Unterschied zu den folgenden Sätzen auch in die Neuauflage von 1953 übernommen worden ist.[5] Andere programmatische Akzente setzte Mitteis 1952 am Ende der erwähnten Lagebeschreibung der „rechtsgeschichtlichen Forschung in Italien": „Die Italiener sind im Begriffe, den Typus eines germanistisch wie romanistisch gleichermaßen vorgebildeten ‚Mediaevisten' zu schaffen, der uns in Deutschland noch fehlt".[6] Übrigens relativierte er in derselben Studie in einer kurzen Bemerkung die Bedeutung der Lehnsverfassung in Italien; sie sei dort „niemals so allgemein durchgedrungen wie nördlich der Alpen",[7] wie er jetzt wohl in Anlehnung an das inzwischen vorliegende Buch von François Louis Ganshof formulierte.[8] Und auch der größte, Italien betreffende Einschub in der vierten Auflage von „Der Staat des hohen Mittelalters" bezieht sich auf das spezifische Rechtsleben der Städte Reichsitaliens, von denen – so Mitteis wörtlich – „nur" „die Wiedergeburt des römischen Rechts ausgehen konnte" und aus dessen Fortbildung das „‚diritto comune', also ein italienisches Nationalrecht" entstanden sei.[9]

Meine Ausführungen möchte ich in drei Kapiteln ordnen. Erstens will ich etwas genauer auf den Stellenwert des hochmittelalterlichen Regnum Italiae im Werk Heinrich Mitteis' eingehen. Zweitens soll die Rede sein von den Axiomen, Sichtweisen und Methoden in dessen Beschreibung der hochmittelalterlichen Geschichte Reichsitaliens. Drittens will ich ausführlicher über die von Mitteis auf diesem Gebiet erarbeiteten Thesen im Licht der neueren Forschung sprechen, soweit ich diese zu überblicken vermag und soweit sie im vorgegebenen Rahmen berücksichtigt werden kann.

## I.

Zunächst also noch einige Präzisierungen zum Stellenwert des hochmittelalterlichen Regnum Italiae im Mitteis'schen Werk. Dafür sei in Erinnerung gerufen, daß Mitteis' Interesse am

---

[4] H. Mitteis, Lehnrecht und Staatsgewalt. Untersuchungen zur mittelalterlichen Verfassungsgeschichte, Weimar 1933 (Nachdruck 1958), 12.

[5] Ders., Der Staat des hohen Mittelalters. Grundlinien einer vergleichenden Verfassungsgeschichte des Lehnszeitalters, Weimar 1940, VII f. (in der 3. Auflage von 1948 ist der gesamte Abschnitt ausgelassen worden), 4. Aufl., 1953, VIII. In den Neuauflagen von 1948 und 1953 entfallen sind an dieser Stelle die folgenden zeitgeschichtlichen Bezüge von 1940: „Diese Kontinuität macht es möglich, auch die westlichen Randstaaten Europas in die Vergleichung miteinzubeziehen. Solange auch in ihnen das germanische Volksrecht die Dominante bildete, vollzog sich ihre Entwicklung mit der Konstanz eines Naturprozesses in der Linie der Ausformung ihres eigenen Volkstums. Erst später schlugen sie den Weg zum Imperialismus und zur Vorherrschaft über fremde Völker ein und schufen so jene Lage, die heute ins Stadium der Liquidation getreten ist. Je deutlicher wir das Ende dieser Epoche vor Augen sehen, umso gelassener können wir ihre Anfänge der geschichtlichen Betrachtung unterziehen".

[6] Wie Anm. 3, 238.

[7] Ebda., 230.

[8] F. L. Ganshof, Qu'est-ce que la féodalité?, Brüssel 1944 (Deutsche Ausgabe Darmstadt 1961, 66); die zweite Auflage von 1947 hat H. Mitteis besprochen in: ZRG GA 66, 1948, 573–580.

[9] Wie Anm. 3, 229.

Lehnrecht durch sein „Studium der großen politischen Prozesse des Mittelalters" geweckt wurde und ihn zur „Verfassungsgeschichte" – zunächst eher im Sinne der Geschichte des Verfassungsrechts – führte. Wie Mitteis ebenfalls im Vorwort zu „Lehnrecht und Staatsgewalt" darlegte, bildete dabei die Frage den wichtigsten Antrieb, „warum die Prozesse Heinrichs des Löwen in Deutschland, Johanns ohne Land in Frankreich so grundverschiedene Wirkungen ausgeübt" haben.[10] Dadurch war auch der engere Zeithorizont seiner Untersuchung auf die Zeit um 1200 fixiert, von dem er sich durch die Sekundärliteratur bis ins frühe Mittelalter zurückleiten ließ. Sein rechtsvergleichender Ansatz bezog sich dementsprechend hauptsächlich auf die Entwicklung des Lehnrechts im „regnum teutonicum" einerseits und andererseits im Westen – in Frankreich und England. Von dieser Ausgangsfrage her differenzierte er den von Max Weber und Otto Hintze entwickelten Idealtypus des okzidentalen Lehnswesens[11] in einen staatlich zentrifugalen Typus, den er auf Deutschland bezog, und in einen staatlich zentripetalen westlichen, hauptsächlich in England, dann auch in Frankreich realisierten Typus.[12] Die Entwicklung des Lehnrechts in Reichsitalien ordnete er dabei vom Ergebnis her dem zentrifugalen deutschen Typus zu, während er die Befunde im Patrimonium Petri eher dem westlichen und schließlich jene im normannisch-staufischen Reich in Süditalien insgesamt dem anglo-normannischen zentripetalen Typus zuwies.[13]

Demgemäß behandelte Mitteis in beiden Büchern das „regnum teutonicum" und das „regnum Italiae" entweder zusammen oder eng aufeinander folgend. Dabei wies er wohl des öfteren auf Unterschiede zwischen beiden „regna" hin, doch schenkte er diesen in der Regel weniger Beachtung als den scheinbaren oder tatsächlichen Ähnlichkeiten und Gleichartigkeiten. So verwundert es nicht, daß Reichsitalien in den sogenannten „Länderberichten" von „Lehnrecht und Staatsgewalt" viel kürzer behandelt wurde als Frankreich, England und Deutschland; selbst die Darlegungen über die Normandie gerieten noch etwas umfangreicher als jene über Reichsitalien.[14] Im „Staat des hohen Mittelalters" erhielt das „deutsche Reich" auch gegenüber Frankreich und England eine noch dominantere Rolle. Insbesondere in den umfangreicheren Kapiteln, in denen Mitteis seine Darlegungen über die jeweiligen Zeitphasen vergleichend zusammenfaßte, verschwindet Italien gleichsam im Windschatten des „regnum teutonicum" und unter dem gemeinsamen Dach der Reichsherrschaft. Die derart unterschiedlich verteilten Gewichte zwischen dem „regnum teutonicum" und dem „regnum Italiae" stehen in krassem Gegensatz zu den von Mitteis benutzten, im engeren Sinne lehnrechtlichen Quellen, die für den Zeitraum vom 10. bis weit in das 12. Jahrhundert fast ausschließlich in Reichsitalien entstanden sind und sich in erster Linie auf dieses Regnum bezogen.[15]

---

[10] Lehnrecht (wie Anm. 4), VII f., vgl. die Studie von H. Mitteis, Politische Prozesse des frühen Mittelalters in Deutschland und Frankreich, in: Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Hist.-phil. Klasse, 1926/27 und seine Miszelle: Zur staufischen Verfassungsgeschichte, in: ZRG GA 65, 1947, 316–337 mit ausführlicher Würdigung der Studie Carl Erdmanns über den Prozeß Heinrichs des Löwen.

[11] Lehnrecht (wie Anm. 4), 3 f., vgl. seine Rezension von O. Hintze, Wesen und Verbreitung des Feudalismus (1929) in: HZ 142, 1930, 308–313 (jeweils mit kritischer Distanz insbesondere zu M. Weber).

[12] Vgl. ebda., 310: „Im Lehnswesen und im Lehnrecht lagen die verschiedensten Möglichkeiten beschlossen; es konnte sowohl (Deutschland, Italien) zentrifugal als auch (Frankreich, England) zentripetal wirken". Von Hintze übernahm Mitteis auch die Leitbegriffe „Verdinglichung" und „Versachlichung"; diese benutzte er bereits in der Zusammenfassung eines 1929 gehaltenen Vortrags, in dem er „die Ergebnisse" seines 1933 erschienenen Buches „in den Grundzügen" skizzierte. Ders., Lehnrecht und Staatsbildung, in: Forschungen und Fortschritte 7, 1931, 7 f., vgl. ders., Lehnrecht (wie Anm. 4), VII.

[13] Lehnrecht (wie Anm. 4), 385 ff.; vgl. seine Rezension von P. Kehr, Die Belehnung der süditalienischen Normannenfürsten durch die Päpste (1059–1192) (1934), in: ZRG GA 55, 1935, 356–361.

[14] Lehnrecht (wie Anm. 4), 324–356 (Normandie), 385–415 (Italien einschließlich „Kirchenstaat" und Süditalien und Sizilien).

[15] Lehnrecht (wie Anm. 4), 420 sieht zwar die Problematik, das „für Italien bestimmte Lehnsgesetz von 1037 als für

Festzuhalten ist jedoch auch, daß Mitteis im Kapitel 20 „Über die Anfänge des Städtewesens" respektive – wie die Kapitelüberschrift in den Neuauflagen von 1948 und von 1953 lautet – „Die Stadt im Lehnszeitalter" – den „civitates" Reichsitaliens größere Aufmerksamkeit schenkte. Schon 1933 hatte er dem „Lehnrecht" der italienischen Städte einen kleinen Abschnitt gewidmet – wohlwissend, daß er damit verbreiteten Vorstellungen über das mittelalterliche „Bürgertum" nicht folgte.[16] Im erwähnten Kapitel von 1940 kam Mitteis hinsichtlich der Stellung der Städte im Lehnswesen zu einer wichtigen Unterscheidung. Er konstatierte größere Ähnlichkeiten unter den italienischen und den französischen – hauptsächlich südfranzösischen – „civitates" einerseits und den deutschen und englischen Städten andererseits.[17] Damit besaß Mitteis den Ansatz zu einem romanisch-mediterranen Städtetypus. Einen solchen „südeuropäischen, speziell italienischen und südfranzösischen" Städtetypus des Mittelalters hatte übrigens schon Max Weber vorgeformt.[18] Mitteis zitierte zwar in „Lehnrecht und Staatsgewalt" eine Urkunde des Bischofs von Lausanne vom Jahre 1180, in der Lehnsvergaben „secundum jus et consuetudinem teutonice terre" und „secundum jus et consuetudinem romanie terre" festgehalten wurden. Doch blieb dies für seinen Gedankengang ebenso marginal wie die von ihm registrierte Belehnung eines deutschen Adligen mit einer wichtigen piemontesischen Burg durch Barbarossa vom Jahre 1167 „secundum morem Theutonicum".[19] Nur innerhalb einer Anmerkung notierte er kurz, daß im Süden Frankreichs „frühe Einwirkungen des lombardischen Rechts zu konstatieren sind".[20]

Heinrich Mitteis verfolgte diese Spuren also nicht weiter, wenn er auch 1952 beiläufig – wie bereits erwähnt – der Lehnsverfassung in Italien eine geringere Bedeutung beimaß als in den Gebieten nördlich der Alpen. Eine derartige, von den mediterranen, lateinisch-romanischen Kulturlandschaften ausgehende Typenreihe wäre freilich auch der von ihm entwickelten, für seine beiden Bücher bestimmenden Typologie von der staatlich zentripetalen und zentrifugalen Ausformung und Auswirkung des Lehnrechts tatsächlich in die Quere gekommen – und dies nicht nur in regionaler Hinsicht, wäre doch seine grobe Unterscheidung nach Westen und Osten mit jener in Süd und Nord zusammengetroffen. Hätte Mitteis diesen Ansatz weiter verfolgt, dann hätte er für seine rechtshistorische Untersuchung zumindest eine weitere – und wohl auch weiterführende, tiefer in der europäischen Kulturgeschichte verankerte – Typenreihe als heuristisches Instrument einsetzen können. Doch stieß der germanistische Rechtshistoriker so an Grenzen, für deren Überwindung er erst längere Zeit nach 1933 auch aufgrund intimerer eigener Kenntnisse der italienischen – und damit auch der römischen – Rechtsgeschichte aufgeschlossen war und eintrat.

---

Deutschland schlechthin maßgebend anzusehen", doch überspielt er im folgenden diese Bedenken. Bezeichnend für sein methodisches Vorgehen ist die Formulierung: „Das Lehnrecht blickte in Deutschland damals" – gemeint ist die Zeit um 1180 – „schon auf eine lange Geschichte zurück, deren Marksteine die Lehnsgesetze Konrads II., Lothars und Friedrichs I. selbst sind, . . .", ders., Verfassungsgeschichte (wie Anm. 10), 333.

[16] Lehnrecht (wie Anm. 4), 406–408.

[17] Staat (wie Anm. 5), 250, 3. Auflage 260, 4. Auflage 224.

[18] M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie, hg. J. Winckelmann, 2 Halbbände, Köln-Berlin 1964, 1011: „Hier" – d.h. hinsichtlich der „Gesamtstellung der Städte innerhalb der mittelalterlichen politischen und ständischen Verbände" – „am stärksten scheidet sich die typische mittelalterliche Stadt nicht nur von der antiken Stadt, sondern auch innerhalb ihrer selbst in zwei durch flüssige Übergänge verbundene, in ihren reinsten Ausprägungen aber sehr verschiedene Typen, von denen der eine, wesentlich südeuropäische, speziell italienische und südfranzösische, dem Typus der antiken Polis trotz aller Unterschiede dennoch wesentlich näher steht als der andere, vornehmlich nordfranzösische, deutsche und englische [Typus], der trotz aller Unterschiede nebeneinander in dieser Hinsicht gleichartig war".

[19] Lehnrecht (wie Anm. 4), 231, 236.

[20] Ebda., 227, Anm. 83.

## II.

Damit sind bereits Axiome und Sichtweisen angesprochen, die Heinrich Mitteis bei der Beschreibung der hochmittelalterlichen Geschichte Reichsitaliens bestimmt und geleitet haben. Sein wichtigstes Axiom besteht in dem Fortwirken des „germanischen Herrentums" in „Reichsitalien".[21] Mitteis räumte zwar ein, daß „bei Rothari, noch stärker bei seinen Nachfolgern" „römische Sätze auch ins materielle Recht", „hauptsächlich im Privatrecht" eingedrungen seien, doch sei „die Verfassung bis zum Ende des (Langobarden-)Reichs wesenhaft germanisch" geblieben.[22] Ohne nach dem Geltungsbereich des langobardischen Rechts zu fragen, ging Mitteis ferner davon aus, daß das fränkische Lehnrecht in Italien – „durch Übernahme der karolingischen Kapitulariengesetzgebung" und durch „dauerndes Einströmen neuer Bevölkerungselemente, vor allem aus den bevorzugten Schichten, von jenseits der Alpen"[23] – maßgeblich geworden sei und „dort die Verbindung der noch unfertigen langobardischen Vasallität mit dem Benefizium bewirkt" habe.[24] Dabei seien die langobardischen Gefolgsleute – „gasindi" und Freie, die sich ins „obsequium" begeben hätten – „nach Eindringen des fränkischen Rechts den Vasallen gleichgestellt worden". Beim dinglichen Rechtsverhältnis sei hingegen an die aus dem römischen Vulgarrecht stammenden Rechtsformen der Landleihe – wie dem „contractus libellarius" – angeknüpft worden.[25] Freilich – so räumte Mitteis ein – hätten „die Franken nicht alle Eigentümlichkeiten des älteren Rechtszustandes" in Italien beseitigen können. Und deshalb habe das „italienische Lehnssystem den schwerfälligen, gleichsam an der Erde klebenden Zug des langobardischen Rechts" „bis ins späte Mittelalter hinein" „bewahrt"[26]: und zwar „vor allem in den unteren Staffeln der Lehnspyramide, dann aber auch im Lehnrecht der Städte".[27]

Mit der Annahme einer derartigen Kontinuität zentrifugaler Institutionen überwand Mitteis die große Quellenlücke zwischen den karolingischen Kapitularien und dem bekannten Lehnsgesetz Konrads II. von 1037 – immerhin mindestens anderthalb Jahrhunderte – ohne erkennbare methodische Vorbehalte. Doch bewegte er sich aufgrund der schmalen Quellenüberlieferung auch noch für das Jahrhundert zwischen dem vasallenfreundlichen Lehnsgesetz von 1037 und dem 1136 von Lothar III. in Roncaglia erlassenen Verbot an die Vasallen, Lehen ohne Erlaubnis des Lehnsherren zu veräußern, auf schwankendem Boden. Im „Staat des hohen Mittelalters" versuchte er, diese Quellenlücke mit einer antifeudalen, also probürgerlichen Politik der salischen Kaiser zu erklären, womit er sich der nicht nur zu seiner Zeit weit verbreiteten Einschätzung vornehmlich der Politik Heinrichs IV. in Deutschland anschloß. Dieses angebliche politische Verhalten der Salier habe – so folgert Mitteis kaum überzeugend weiter – impliziert, daß in

[21] Staat (wie Anm. 5), 1. Auflage 268, 3. Auflage 279, 4. Auflage 240 (im Abschnitt über „Italien"): „Germanisches Herrentum bricht immer wieder durch; hier geschah der Durchbruch auf Kosten der Neubelebung der Vasallenpflichten. Jedenfalls sind die Libri Feudorum, die man lange für die klassische Formulierung des mittelalterlichen Lehnrechts überhaupt gehalten hat, nur aus den besonderen Verhältnissen ihrer Entstehung richtig zu würdigen . . ." Der erste Satz bezieht sich formal auf die „deutschen Vasallen", die „bei der engen Verbindung beider Länder" (Deutschland und Italien) von den in Reichsitalien wirksamen Tendenzen seit dem 10./11. Jahrhundert beeinflußt worden sein sollen; gemeint sind damit aber auch die Verhältnisse in Reichsitalien.

[22] Ebda., 4. Auflage 28 (vgl. 1. Auflage 24f., 3. Auflage 30).

[23] Lehnrecht (wie Anm. 4), 393f.

[24] Staat (wie Anm. 5), 1. Auflage 108, 3. Auflage 115, 4. Auflage 102.

[25] Lehnrecht (wie Anm. 4), 386f., 388.

[26] Staat (wie Anm. 5), 1. Auflage 188, 3. Auflage 197, 4. Auflage 171.

[27] Lehnrecht (wie Anm. 4), 392: „Es ist dem fränkischen Recht trotz der starken Ausgestaltung der persönlichen Bindung nie ganz gelungen, diesen erdschweren Zug zu überwinden . . . Vor allem in den unteren Staffeln der Lehnspyramide, dann aber auch im Lehnrecht der Städte hat sich eine ganze Schicht langobardischer Rechtsvorstellungen erhalten".

dieser Zeit „wenig für die planmäßige Ausbildung der oberlehnsherrlichen Rechte geschah".[28] Wie problematisch die aus der Schablone der liberalen Historiographie stammende Charakterisierung der kaiserlichen Politik als „antifeudal" zumindest im Hinblick auf Reichsitalien war, dessen wurde sich Mitteis in ersten Ansätzen bewußt. „Gegen die landläufigen Darstellungen" – wie er formulierte – wies er darauf hin, daß „die italienischen Stadtstaaten, bevor sie von der großen kommunalen Bewegung erfaßt wurden, eine Periode durchzumachen hatten, in der sie gleichfalls unter der Herrschaft des Lehnrechts standen".[29]

Mitteis selbst führte an anderer Stelle unreflektiert ein weiteres Argument gegen die Antinomie „feudal-bürgerlich" an. Mit guten, auch noch dem heutigen Forschungsstand entsprechenden Gründen wies er nämlich darauf hin, daß die zentrifugalen Tendenzen im lombardischen Lehnswesen nach dem vasallenfreundlichen Gesetz Konrads II. durch juristische Traktate gefördert worden seien, die um 1100 „den Grundstock der sog. Libri Feudorum" schufen; diese Traktate seien „ganz aus dem Gedankenkreise der ritterlichen Vasallen in den norditalienischen Städten herausgewachsen", so daß er die „Libri Feudorum" insgesamt als „staatspolitisch... von sehr geringem Wert" einstufte.[30] Wenn es also richtig ist, daß die salischen Kaiser auch die Städte Reichsitaliens gefördert haben, so hätten sie die Minderung der „staatspolitisch wertvollen" zentripetalen Kräfte zumindest in Kauf genommen oder aber – und dies wäre der andere Ausweg – das Lehnrecht besaß in Reichsitalien nur eine mindere Bedeutung, auch für die Reichsherrschaft. In „Lehnrecht und Staatsgewalt" war Mitteis zu solchen Konsequenzen noch nicht bereit. Immerhin fand er es „seltsam", daß der „erste klassische Niederschlag der feudistischen Literatur" in dem um die Mitte des 12. Jahrhunderts verfaßten Brief des Mailänder Juristen Obertus de Orto an seinen in Bologna studierenden Sohn „so gänzlich an der staatspolitischen Bedeutung seines Themas vorübergeht".[31]

Wenn aber die Entwicklung des Lehnrechts so stark von den oberitalienischen Städten – konkret von den jeweiligen stadtsässigen Lehnskurien – geprägt worden ist, dann dürfte – so darf gefolgert werden – „das gemeine lombardische Recht" schon früh von lokalen „consuetudines" bestimmt gewesen sein. Dann stellt sich auch die Frage, ob „das gemeine lombardische Recht" – wie Mitteis im Sinne seiner „Dekadenztheorie" annahm – erst um die Zeit des Friedens von Konstanz von 1183 „im Begriffe war, in eine subsidiäre Stellung hinter den einzelnen Ortsrechten zurückzutreten".[32] Jedenfalls gehörte die Bestätigung der städtischen „consuetudines" in mehr oder minder engem Zusammenhang auch mit den diversen Leiherechten und Leiheobjekten zum Kernbestand der frühen königlichen oder auch markgräflichen Privilegien für die Bewohner italienischer Städte. Dies trifft bereits zu für das Diplom der Könige Berengar und Albert von 958 zugunsten „omnibus nostris fidelibus et habitatoribus in civitate" Genua. Etwa hundert Jahre später garantierte Kaiser Heinrich III. im Kampf gegen den Markgrafen von Tuszien-Canossa den „cives videlicet eremanos in Mantua civitate habitantes" sogar jene „consuetudinem bonam et iustam", die irgendeine „civitas nostri imperii" besitze.[33] Das Interesse der

[28] Staat (wie Anm. 5), 1. Auflage 267, 3. Auflage 278, 4. Auflage 239.

[29] Lehnrecht (wie Anm. 4), 406f.: teils mit berechtigter Kritik „an der Tendenz der Geschichtsschreibung im 19. Jahrhundert, die alles Licht auf die Entfaltung des bürgerlichen Selbstbewußtseins fallen ließ, teils mit der unhaltbaren Vermutung, daß die „Zeit" der „kommunalen Bewegung" – „wie später die französische Revolution" – „wohl" „bestrebt war", „nicht nur die Feudalherrschaft selbst, sondern auch ihre Dokumente auszutilgen".

[30] Lehnrecht (wie Anm. 4), 404ff.; Staat (wie Anm. 5), 1. Auflage 268, 3. Auflage 279, 4. Auflage 240.

[31] Lehnrecht (wie Anm. 4), 406, vgl. oben Anm. 7.

[32] Ebda., 235.

[33] Vgl. A. Haverkamp, Die Städte im Herrschafts- und Sozialgefüge Reichsitaliens, in: Stadt und Herrschaft. Römische Kaiserzeit und hohes Mittelalter, Hg. F. Vittinghoff (HZ Beiheft 7), 1982, 149–245, 164, 172ff., 178ff.; R. Bordone, La società cittadina del Regno d'Italia. Formazione e sviluppo delle caratteristiche urbane nelle secoli XI e XIII, Turin 1987, 107ff.

„cives" an derartiger Legitimation ihrer „consuetudines" äußerte sich also schon weit vor der Mitte des 12. Jahrhunderts.

Wenn schon die Könige und Kaiser in so großzügiger Weise die städtischen „consuetudines" bestätigten, wer sollte dann als Garant des „gemeinen lombardischen Rechts" auftreten? Wie Mitteis selbst einräumte, gestalteten die städtischen Juristen das Lehnsgesetz Konrads II. noch weiter im Interesse der vornehmlich stadtsässigen Lehnsleute, wie dies auch noch in der neueren Forschung angenommen wird.[34] Daß etwa die Feudisten der Rechtsschule von Pavia bis zur Mitte des 12. Jahrhunderts eine solche Einheitlichkeit des lombardischen Lehnrechts gewährleisten konnten, ist mehr als fragwürdig.

Wie beispielsweise die Kommune Piacenza mit dem erwähnten Lehnsgesetz Lothars III. von 1136 umging oder es überging, zeigt ein Vertrag, den die Konsuln derselben Stadt im Jahre 1147 mit Inhabern von Rechten über ein strategisch wichtiges „castrum" schlossen.[35] Lothar III. hatte in der „constitutio" von 1136 den „milites" die Veräußerung von „beneficia" ohne Zustimmung ihrer „seniores" verboten und auch andere Machenschaften untersagt, durch die der Nutzen der Lehen für das „imperium" (vor allem hinsichtlich der Reichsheerfahrt) und für die Lehnsherren gemindert werden konnte.[36] Dennoch ließen sich die Konsuln von Piacenza 1147 die Rechte an der Burg „libellario nomine" „usque imperpetuum" gegen einen Jahreszins von 12 Denaren übertragen und investierten damit anschließend die Inhaber „per feudum et per beneficium". Nach Auffassung der Konsuln war diese Rechtskonstruktion, mit der die Kommune also über einen Libellarvertrag zum Lehnsherrn wurde, „secundum usum regni", wie gleich zweimal in demselben Vertrag versichert wurde:[37] vielleicht in dem Bewußtsein, daß sie damit zumindest gegen den „tenor" der kaiserlichen „constitutio" von 1136 verstießen.

Lassen sich also gute Gründe dafür anführen, daß die gemeinsame Basis des Lehnrechts in Reichsitalien schon viel früher, als dies Mitteis angenommen hat, durch Gewohnheitsrechte zumindest unterhöhlt war, so wird damit auch der Ableitung des Lehnrechts südlich der Alpen aus dem fränkisch-karolingischen Rechtsbereich gleichsam der Boden entzogen. Vielmehr erscheint es dann um so eher möglich, daß das Lehnswesen in Reichsitalien während des hohen Mittelalters aus den autochthonen, vornehmlich von städtischen Zentren bestimmten Wurzeln erwachsen ist. Um so weniger ist es dann möglich, das Lehnswesen in Deutschland und in Reichsitalien in nachkarolingischer Zeit einem Typus zuzuordnen, wie dies Mitteis getan hat.

## III.

Gegen diese Zuweisung wandte sich mit anderen als den von mir vorgetragenen Argumenten auch die neuere Forschung. Diese hat sich nach dem Erscheinen von „Lehnrecht und Staatsge-

---

[34] Vgl. G. Dilcher, Art. „Libri Feudorum", in: HRG II, Sp. 1995–2001, oben mit Anm. 30.

[35] Il Registrum Magnum del Comune di Piacenza, ed. E. Falconi, R. Peveri, I, Piacenza 1984, Nr. 61f., 122–127; vgl. P. Brancoli-Busdraghi, La formazione storica del feudo lombardo come diritto reale, Mailand 1965, 149.

[36] MG DD Lo III, Nr. 105, 168–170.

[37] Wie Anm. 35: „Hec est concordia inter Placentinos et illos de Curticellis: filii Scarpe et filii Petri debent facere datum communi Placentie, quale secundum usum reg⟨n⟩i, quod nos tenemus, facere possunt ... Ea ratione, ut ammodo et usque in sempiternum predicti communis Placentie sit, secundum usum regni, quod nos Placentini tenemus, esse potest". Es könnte aufschlußreich sein, diese Formel näher zu untersuchen. Im Zusammenhang von Lehnsurkunden erscheint sie schon 1058, s. A. L. Trombetti Budriesi, Prime richerche sul vocabolario feudale italiano, in: Atti della Accademia delle scienze dell'Istituto di Bologna, classe di scienze morali, Rendiconti 62, 1973/74, fasc. II, Bologna 1974, 277–401, 383f.: „Et si hoc advenerit, quod iam dictus Paganellus secundum usum regni clarire poterit, quod predictum beneficium iuste suum sit, ...."; vgl. ferner zu 1077 und 1185 A. Castagnetti, Società et politica a Ferrara dall'età postcarolingia alla signoria estense (sec. X–XIII), Bologna 1985, Nr. 5, 273f., Nr. 12, 282f.

walt" erst seit den sechziger Jahren intensiver mit dem Lehnrecht in Reichsitalien befaßt. Den italienischen Historikern wurde das Mitteis'sche Œuvre durch eine 1962 erschienene Übersetzung von „Der Staat des hohen Mittelalters" leichter zugänglich gemacht.[38] Für eine vertiefte Auseinandersetzung mit seinen Grundthesen war dieses Buch jedoch wenig geeignet. Sie wurde erst 1964 mit einem längeren Artikel von Giovanni Tabacco eingeleitet. Dieser hervorragende Kenner der deutschsprachigen Rechts-, Verfassungs- und Sozialgeschichtsforschung des Mittelalters analysierte darin sorgsam die Grundannahmen und die Methoden des deutschen Rechtshistorikers; er kritisierte vor allem die Mitteis'sche These von der „germanischen Treue", die damit zusammenhängende Unterscheidung von „Lehnswesen" und „Feudalismus", die Überschätzung der Bedeutung des Lehnrechts und das darauf aufbauende vergleichende Verfahren, das viel zu sehr die Unterschiede zwischen den Ländern vernachlässige.[39] Enger in den Bahnen der Rechts- und Institutionsgeschichte blieb das 1965 erschienene Buch von Piero Brancoli-Busdraghi;[40] er ging ähnlich vor wie Mitteis im dritten Hauptteil von „Lehnrecht und Staatsgewalt", der von den deutschsprachigen Historikern am schärfsten kritisiert worden war.[41] Vornehmlich aufgrund des Fehlens von „hominium" bzw. „Mannschaft" und des – im Vergleich zum „klassischen" Lehnrecht – geringen Stellenwerts der Dienstpflichten der Vasallen sah Brancoli Busdraghi im lombardischen Lehnrecht „un'autonoma creazione del mondo giuridico-politico lombardo". Statt der von Mitteis angenommenen Kontinuität betonte Brancoli-Busdraghi die Ausformung des lombardischen Lehnrechts als eine typische Schöpfung „del mondo comunale italiano" des 11. und 12. Jahrhunderts. Das lombardische Lehnswesen stand demnach also nicht nur in keinerlei Gegensatz zur städtisch-bürgerlichen Welt, sondern ging aus diesem städtischen Milieu erst hervor, das im Unterschied zu den Kulturräumen nördlich der Alpen von einer Hierarchie unter Freien bestimmt war.[42]

Diese rechts- und institutionsgeschichtliche Sichtweise erweiterte Hagen Keller in seiner 1979 publizierten, in den Grundlinien schon 1971 konzipierten Habilitationsschrift über „Adelsherrschaft und städtische Gesellschaft in Oberitalien". Darin wird die Erforschung des Adels im Sinne Gerd Tellenbachs und seiner Schule kombiniert mit der Untersuchung städtischer oder doch stadtorientierter Gesellschaften, wofür Cinzio Violante insbesondere für die lombardische

---

[38] Le strutture giuridiche e politiche dell'età feudale, Brescia 1962.

[39] G. Tabacco, L'ordinamento feudale del potere nel pensiero di Heinrich Mitteis, in: Annali della Fondazione Italiana per la storia amministrativa, I, Mailand 1964, 83–113. Für weitere einschlägige Studien desselben Autors im Berichtszeitraum vgl. A. Haverkamp, Ober- und Mittelitalien, in: Italien im Mittelalter. Neuerscheinungen von 1959–1975. Berichte von A. Haverkamp und H. Enzensberger (HZ Sonderheft 7), München 1980, 6–297 (nach Register); ferner G. Tabacco, Il Feudalismo, in: Storia delle idee politiche, economiche e sociali, II, 2, Turin 1983, 55–115 (mit Überblick über den neueren Forschungsstand); vgl. unten Anm. 40.

[40] La formazione (wie Anm. 35); vgl. die Kritik von G. Tabacco, Fief et seigneurie dans l'Italie communale. L'évolution d'un thème historiographique, in: Le Moyen Age 75, 1969, 5–37, 203–218, 209ff.; ders., Gli orientamenti feudali dell'impero in Italia, in: Structures féodales et féodalisme dans L'Occident méditerranéen (X^e–XIIII^e siècles) (Collection de l'École française de Rome 44), 1980, 219–240, 224ff.

[41] Darauf geht Mitteis im Vorwort zur ersten Auflage vom „Staat" (wie Anm. 5) insgesamt zustimmend ein mit Verweis auf die Rezensionen bzw. Miszellen von Brunner, Verfassungsbegriff (wie Anm. 1); O. von Zwiedineck-Südenhorst, Rechtsbildung, Staatsgewalt und Wirtschaft. Historisch-soziologische Überlegungen zu Mitteis' Wertung des Lehnrechts, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 143, 1936, 3–44; ders., Lehnrecht und Staatsgewalt. Finanzwissenschaftliche Bemerkungen zu dem Buch von H. Mitteis, in: Finanzarchiv NF 4, 1937, 155–163; W. Kienast, Lehnrecht und Staatsgewalt im Mittelalter. Studien zu dem Mitteis'schen Werk, in: HZ 158, 1938, 3–51, u. a.: „Den Leser beschleicht freilich auf diesen anregenden und fruchtbaren Seiten wieder das Gefühl, das Lehnrecht werde als selbständige, nach ihrem eigenen inneren Gesetz fortwirkende Kraft aufgefaßt, zu wenig als bloßer Ausfluß der politischen Geschichte". Zu dieser Problematik äußerte sich Mitteis differenzierend zur selben Zeit in der Abhandlung: Rechtsgeschichte und Machtgeschichte, in: Wirtschaft und Kultur, Festschrift A. Dopsch, Wien 1938, 547–580.

[42] Brancoli-Busdraghi, La formazione (wie Anm. 35), 197f. (zusammenfassend).

Metropole Mailand, die auch im Zentrum dieser und anderer Arbeiten Kellers steht, methodisch vorbildlich geworden ist und neue Grundlagen geschaffen hat. Im Unterschied zu Brancoli-Busdraghi setzt sich Keller nicht näher mit Mitteis auseinander, sondern füllt die Zeit zwischen den von dem Rechtshistoriker gesetzten Eckdaten von den Karolingern bis zum Lehnsgesetz Konrads II. von 1037 mit einem neue Einsichten vermittelnden Überblick über die Adels- und Verfassungsgeschichte aus, so daß die knappen Ausführungen Mitteis' einen neuen Stellenwert erhalten. Keller geht mit Mitteis und der weiteren Literatur zwar davon aus, daß das „Lehnswesen" „von den Karolingern in Italien eingeführt" worden sei.[43] Er zeigt jedoch auf, daß es dort schon im Verlaufe des 9. Jahrhunderts wesentliche Veränderungen erfahren hat, indem „Männer, die bisher zur Gruppe der nobiles oder der vassi regis gehörten und eigene Vasallen hatten", „Lehnsleute der Bischöfe und der mächtigeren Grafen" wurden.[44] Zudem ergaben sich seit der Wende zum 10. Jahrhundert auch in anderer Hinsicht gravierende Unterschiede zwischen dem „regnum Italiae" und den „nordalpinen Reichen". Anstatt einer Machtkonzentration in wenigen Händen und der Ausbildung von Dukaten vollzog sich südlich der Alpen ein rapider Machtverlust der „karolingischen Reichsaristokratie" und eine „Neuformierung des gräflichen Adels", wobei der Wirkungsbereich sowohl der Bischöfe als auch der Grafen viel stärker auf die Städte konzentriert oder doch auf sie ausgerichtet war.[45] Hinzu kam für die Bischöfe der Zwang, die ihnen vom Königtum verliehenen Rechte mit Hilfe des grundherrlichen Adels durchzusetzen, der unter für ihn günstigen Bedingungen in die bischöfliche Vasallität eintrat. Hingegen verschafften sich die mächtigen geistlichen und weltlichen Herren in der Rechtsform von Großpachtverträgen die Verfügungsgewalt über einen großen Teil des Kirchenguts, das sie vielfach an ihre Vasallen weitergaben.[46]

Es kann also weder von einer kontinuierlichen Entwicklung des Lehnswesens in Italien seit der Karolingerzeit die Rede sein noch von gleichartigen Tendenzen in Italien und Deutschland. Auf dem Hintergrund der spezifischen Verhältnisse in Reichsitalien kann Keller ferner aufzeigen, daß mit dem Lehnsgesetz Konrads II. keineswegs – wie Mitteis dies meinte[47] – nur die „Heranziehung der unteren Schichten der Reichsvasallen an den Staat durch Sicherung ihres Rechtsbestandes" beabsichtigt wurde; vielmehr begünstigte es ebenfalls die Gruppe von „milites", die Lehen aus Reichs- oder Kirchengut innehatten und zu denen auch Markgrafen und Grafen gehörten.[48] Nach Keller „gab" Konrad II. „mit dem Lehnsgesetz den Weg für die Konsolidierung der Adelsherrschaften frei".[49]

Weitere Beiträge zu der von Mitteis behandelten Problematik erwuchsen aus der strukturgeschichtlich orientierten Regionalgeschichte der „Annales-Schule". Hervorzuheben sind Pierre Toubert[50] und seine Schüler Gérard Rippe[51] und François Menant.[52] Wenn auch manchmal unter

---

[43] H. Keller, Adelsherrschaft und städtische Gesellschaft in Oberitalien (9.–12. Jahrhundert), Tübingen 1979, 104. Mitteis, Lehnrecht (wie Anm. 4) geht davon aus, „daß das langobardische Recht kein eigentliches Lehnssystem hervorgebracht hat, vielmehr nur als Wegbereiter des fränkischen Lehnrechts diente", „das durch Übernahme der karolingischen Kapitulariengesetzgebung" in Italien eingedrungen sei (386, 393).

[44] Ebda., 318.

[45] Ebda., 325ff.

[46] Ebda., 332ff.

[47] Lehnrecht (wie Anm. 4), 399.

[48] Keller, Adelsherrschaft (wie Anm. 43), 286ff.

[49] Ebda., 356ff. (Zitat: 359).

[50] Grundlegend: P. Toubert, Les structures du Latium médiéval. Le Latium méridional et la Sabine du IXe siècle à la fin du XIIe siècle, 2 Bde., Rom 1973; vgl. die ausführliche Besprechung von H. Hoffmann, Der Kirchenstaat im hohen Mittelalter, in: QFitA 57, 1977, 1–47; ferner mehrere Beiträge in P. Toubert, Etudes sur l'Italie médiévale (IXe–XIVe siècles), London 1976.

Vernachlässigung überregionaler Zusammenhänge, wie dies auch bei landesgeschichtlichen Untersuchungen im deutschsprachigen Bereich nicht selten der Fall ist, ermöglichte diese Kombination von Struktur- und Regionalgeschichte auch durch eine striktere Berücksichtigung wirtschaftlicher Faktoren neue Einsichten über die Funktion des Lehnrechts und über seine regional unterschiedliche Ausprägung innerhalb des „regnum Italiae". Hatte Mitteis auf der Grundlage von Karl Jordan[53] „die Geschichte des Lehnrechts im Kirchenstaat" hauptsächlich als Folge eines „Verpflanzungsversuchs" lehnrechtlicher Institutionen aus Frankreich unter den Initiativen Silvesters II. und Gregors VII. zu erklären versucht[54], so konnte Toubert überzeugend nachweisen, daß die Päpste erst seit der Mitte des 12. Jahrhunderts das Lehnrecht im „Kirchenstaat" systematischer eingesetzt haben. Dies geschah unter Übernahme der erst seit etwa 1060 vereinzelt von den großen geistlichen, aber auch laikalen Herrschaftsinhabern angewandten lehnrechtlichen Formen. Das Lehnswesen wurde demnach in der weiteren Umgebung von Rom unter Anpassung an die dort bisher vorherrschenden Leiheformen im engen Zusammenhang vornehmlich aus militärischen Bedürfnissen entwickelt, die sich ihrerseits aus den turbulenten politischen Vorgängen in dieser Landschaft während der Zeit der Kirchenreform ergaben.[55]

François Menant hat sich seit etwa anderthalb Jahrzehnten intensiv mit der lombardischen Landschaft um Bergamo, Brescia und Cremona – also der sich östlich an das engere Untersuchungsgebiet Kellers anschließenden Region – für die Zeit vom 10. bis 13. Jahrhundert befaßt und darüber neben Einzelstudien vor kurzem seine Thèse d'Etat vorgelegt. Nach seinen Befunden hat sich dort das Lehnswesen erst seit den Jahrzehnten um die Jahrtausendwende durchgesetzt. Ohne die Existenz von Vasallen der Könige und dann auch der Grafen und Bischöfe in karolingischer Zeit leugnen zu wollen, möchte er doch das 9. und 10. Jahrhundert aus seinem Blickwinkel eher als „präfeudal" bezeichnen.[56] Der entscheidende, für die folgenden Jahrhunderte prägende Durchbruch sei erst seit etwa 980 erfolgt, als die Bischöfe in seinem Untersuchungsgebiet konsequent danach trachteten, die Stadtherrschaft durchzusetzen, und dafür die Unterstützung vornehmlich von Adligen suchten. Nach Menant bildete das Lehnsgesetz Konrads II. von 1037 nicht, wie Mitteis meinte, die Basis für die zentrifugale Ausrichtung des Lehnrechts. Vielmehr war es die Grundlage für die Ausbreitung und Verfestigung des Lehnswesens, was mit den Thesen Kellers nicht in Widerspruch steht. Die seit 1037 fixierte Rechtslage und die weitere Auslegung und Ausformung dieses Gesetzes in den städtischen Lehnskurien

---

[51] G. Rippe, Feudum sine fidelitate. Formes féodales et structures sociales dans la région de Padoue à l'époque de la première commune (1131–1236), in: Mélanges de l'Ecole française de Rome 87, 1975, 187–239; ders., Commune urbaine et féodalité en Italie du Nord. L'exemple de Padoue (X^e siécle–1237), ebda. 91, 1979, 659–697; ders., L'évêque de Padoue et son réseau des clientèles en ville et dans le contado (IX^e siècle–1237), in: Structures féodales (wie Anm. 40), 413–428; ders., Dans le Padouan des X^e–XI^e siècles: évêques, vavasseurs, „cives", in: Cahiers de civilisation médiévale 27, 1984, 141–150.

[52] Aus der Vielzahl von Einzelstudien: F. Menant, Entre Milan et Bergame: une famille de l'aristocratie rurale au XII^e siècle, in: Mélanges de l'Ecole française de Rome 88, 1976, 425–499; ders., Les écuyers („scutiferi"), vassaux paysans d'Italie du Nord au XII^e siècle, in: Structures féodales (wie Anm. 40), 285–297; ders., Aspetti delle relazioni feudo-vasallatiche nelle città lombarde dell'XI secolo: l'esempio cremonese, in: L'evoluzione delle città italiane nell'XI secolo, Hgg. R. Bordone, J. Jarnut, Bologna 1988, 223–239, und vor allem die noch nicht publizierte Thèse d'Etat, die mir Herr Kollege Menant dankenswerterweise zugänglich machte: Campagnes lombardes du Moyen Age: l'économie et la société rurales dans la région de Bergame, de Crémone et de Brescia du X^e au XIII^e siècle (Typoskript: Université de Paris-I, 1988).

[53] K. Jordan, Das Eindringen des Lehnswesens in das Rechtsleben der römischen Kurie, in: AUF 12, 1931, 13–110 (Neudruck mit einem Nachtrag, Darmstadt 1971).

[54] Lehnrecht (wie Anm. 4), 408–410.

[55] Toubert, Structures (wie Anm. 50), 1080.

[56] Menant, Aspetti (wie Anm. 52), 226.

machte das Lehnrecht für die Vasallen akzeptabler. Für die Lehnsherrren ergab sich aus der Anwendung des Feudalrechts immerhin der Vorteil, die Vasallen so besser kontrollieren zu können als mit den herkömmlichen Vertragsformen der Emphyteuse, des Libellarvertrags oder der Prekarie und von ihnen zumindest die Erneuerung des Rechtsverhältnisses beim Mannfall zu verlangen.[57]

Hatte Mitteis noch angenommen, daß die italienischen Städte seit der Ausbildung der Kommunen das Lehnswesen schließlich doch überwunden hätten, so konnte Menant zumindest plausibel machen, daß das Lehnrecht in der so stark von städtischen Zentren bestimmten Lombardei seit dieser Zeit, der „età comunale", erst seinen Siegeszug antrat.[58] Bis zur Mitte des 12. Jahrhunderts lassen sich freilich genauere Aussagen nur schwer treffen, da bis dahin die Lehnsverträge trotz der ansonsten in dieser Zentrallandschaft Reichsitaliens weit fortgeschrittenen Schriftlichkeit fast ausnahmslos nur mündlich abgeschlossen wurden.[59] Wie neuere Untersuchungen von Andrea Castagnetti erkennen lassen, ist ohnehin in der weiteren Romagna mit einer Sonderentwicklung zu rechnen. Hier wurden schon seit den frühesten Belegen aus der zweiten Hälfte des 11. Jahrhunderts auch „feuda sine omni condicione", also ohne wesentliche Gegenleistungen verliehen.[60]

Seit der Mitte des 12. Jahrhunderts erhielt das Lehnswesen in Reichsitalien wohl insgesamt neue Antriebe und Entfaltungsmöglichkeiten, zu denen auch die Reichsherrschaft Friedrich Barbarossas beitrug.[61] Ähnlich wie zuvor Toubert in der Umgebung Roms konnte Menant in seinem lombardischen Untersuchungsraum beobachten, daß charakteristische Belehnungsrituale erst nach der Mitte des 12. Jahrhunderts üblicher wurden, wenn diese auch äußerst zurückhaltend ausgestaltet waren. Nunmehr wurden mehr als zuvor Gegenleistungen für die Lehen formuliert.[62] Eine Präzisierung der Dienstpflichten konnte jedoch langfristig zumeist nur gegenüber den nichtadligen Vasallen geltend gemacht werden. Seit dem Anfang des 12. Jahrhunderts einsetzend, auf breiterer Front jedoch erst seit der Jahrhundertmitte wurde ein nicht geringer Teil der ländlich-bäuerlichen Bevölkerung – in einigen Orten nachweisbar zehn bis zwanzig Prozent – in das Lehnswesen einbezogen. Gegenüber dieser Bevölkerungsgruppe setzten die geistlichen und weltlichen Lehnsherren für die Überlassung von weit überwiegend landwirtschaftlichen Nutzungsrechten rigorose Dienstverpflichtungen – darunter auch Waffendienst zu Pferde – durch. Von diesen Vasallen des untersten Ranges, den „valvasini", forderten sie auch die Leistung des Homagium, das zumindest bis zur Mitte des 12. Jahrhunderts in der Lombardei, aber auch in anderen Regionen Reichsitaliens nicht üblich war. Die Mannschaft wurde gegen Ende des 12. Jahrhunderts nur noch von diesen bäuerlichen Vasallen geleistet. Selbst in der wirtschaftlich hochentwickelten und gerade seit dem 12. Jahrhundert besonders dynamischen Lombardei gewann also das Lehnrecht im Herrschafts- und Sozialgefüge dieser ausgeprägten Städtelandschaft seit demselben Jahrhundert in sozialer Hinsicht eine größere Breiten-

---

[57] Menant, Campagnes lombardes (wie Anm. 52).

[58] Tabacco, Fief (wie Anm. 40), 213, führt 1969 unter „problèmes qui restent en discussion" an erster Stelle auf: „L'étude du plein développement seigneurial et féodal dans le regnum Italiae exige d'être abordée désormais comme un problème spécifique de l'époque des communes, et non plus comme un sujet qui lui sert d'introduction et qui ne représenterait qu'une structure particulière dont la féodalité des XII^e et XIII^e siècles serait un résidu".

[59] Menant, Campagnes lombardes (wie Anm. 52).

[60] Castagnetti, Società (wie Anm. 37), 222ff.

[61] Vgl. G. Giordanengo, Le droit féodal dans les pays de droit écrit. L'exemple de la Provence et du Dauphiné, XII^e–début XIV^e siécle, Rom 1988, 66 (für die Zeit Friedrichs I.): „Les interventions impériales et leur retentissement se lisent donc à plusieurs niveaux. Avant tout actes politiques, ces concessions établissent des situations juridiques destinées à durer plus ou moins longtemps, et, enfin, rapellent forcément quelques règles de droit féodal, qui sont les seuls textes de genre normatif qu'on puisse citer au XII^e siècle . . ."

[62] Menant, Campagnes lombardes (wie Anm. 52).

wirkung. Zugleich wurde ein hoher Anteil des wirtschaftlichen Zuwachses in Form von Zehnten, Zöllen und weiteren Handels- und Verkehrsabgaben zu Lehnrecht verliehen.[63]

Auf dem Hintergrund dieser regionalgeschichtlichen Befunde erscheint es nicht mehr angemessen, mit Heinrich Mitteis von einer „Überwindung des Feudalismus durch die Kommunen" zu sprechen.[64] Wie mittlerweile klarer erkannt wurde, bedienten sich die Stadtgemeinden seit dem Beginn der kommunalen Verfassung im ausgehenden 11. Jahrhundert selbst des Lehnrechts sowohl als kollektive Lehnsträger als auch als Lehnsherren bei der Festigung ihrer Herrschaftspositionen besonders im Umland. Allem Anschein nach hat bereits Kaiser Heinrich V. um 1120 zumindest in Erwägung gezogen, dem „populus" von Piacenza im Rahmen eines bündnisähnlichen Vertrages wichtige Zollrechte „in benefitium" zu verleihen.[65] Noch deutlicher erkennbar werden Ansätze zu einer lehnrechtlichen Ordnung der Beziehungen zu den italienischen Kommunen seit dem Beginn der Regierung Barbarossas. Systematischer geschah dies seit dem berühmten Hoftag von Roncaglia vom November 1158.[66] Schon Mitteis hat erkannt, wenn auch nicht weiter ausgeführt, daß die Reichsbischöfe und Reichsäbte auch Reichsitaliens seit dem Wormser Konkordat von 1122 als Reichsvasallen galten. Für diese rechtliche Umformung der Reichskirchenherrschaft schuf Barbarossa mit seiner Regalienpolitik in Reichsitalien einen weiteren Rahmen, für den ebenfalls mit den Gesetzen von Roncaglia eine festere Rechtsgrundlage geschaffen wurde.[67]

Auf diese Weise galt das vom Kaiser auf demselben Hoftag von Roncaglia zum Teil neu formulierte Lehnrecht grundsätzlich für alle Herrschaftsträger im Regnum Italiae, so daß auch die Kommunen trotz ihrer andersartigen Verfassung prinzipiell mit den älteren „feudalen" Gewalten gleichgestellt waren. Hervorzuheben ist ferner, daß das Lehnrecht in Reichsitalien mit den römisch-rechtlich geprägten oder doch stark beeinflußten Gesetzen von Roncaglia ein neues Fundament erhielt. Dies äußerte sich auch darin, daß sowohl das dort erlassene Lehnsgesetz als auch der ebenfalls in Roncaglia verkündete Landfriede, in den auch lehnrechtlich bedeutsame Normen aufgenommen wurden, fester Bestandteil der Libri Feudorum wurden.[68] Gemäß dieser Rechtslage, die in der wohl nur römisch-rechtlich herleitbaren „lex Omnis",[69] aber auch im letzten Abschnitt des erwähnten Landfriedens ihren rationalsten und radikalsten Ausdruck fand, gab es außer dem Kaiser keine autonome Herrschaftsgewalt, sondern nur vom Kaiser delegierte Herrschaftsinhaber. Damit verlor ebenfalls der Unterschied von Allod und Reichslehen an Schärfe, da auch jede Herrschaftsausübung auf Allod nur aufgrund delegierter Regalien legitim war.[70]

Unter Wahrung dieser Maxime waren für den kaiserlichen Hof Zugeständnisse hinsichtlich einzelner Bestimmungen des Lehnsgesetzes nicht essentiell. Tatsächlich sind derartige Zugeständnisse schon wenige Monate nach dem Hoftag von Roncaglia nachzuweisen und auch später mehrfach insbesondere gegenüber Stadtkommunen geschehen, wobei sie sich überwiegend auf

---

[63] Ebda.

[64] Lehnrecht (wie Anm. 4), 407.

[65] Haverkamp, Städte (wie Anm. 33), 184ff., 199ff.

[66] A. Haverkamp, Herrschaftsformen der Frühstaufer in Reichsitalien, 2 Teilbände, Stuttgart 1970/71, 313ff. Meine Ausführungen über das Lehnswesen in Reichsitalien waren in diesem Buch wohl noch zu stark den Thesen Mitteis' verpflichtet.

[67] Mitteis, Lehnrecht (wie Anm. 4), 423ff.; Haverkamp, Herrschaftsformen (wie Anm. 66), 436ff.

[68] Vgl. MG DD F. I, 2, Nr. 241f.; 32–36.

[69] MG DD F. I, 2, Nr. 238, 29f.; vgl. D. Willoweit, Rezeption und Staatsbildung im Mittelalter, in: Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, Hg. D. Simon, Frankfurt a. M. 1987, 19–44 (Ius commune, Sonderhefte. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 30).

[70] Haverkamp, Herrschaftsformen (wie Anm. 66), 98f.

die Rechtsgültigkeit von Libellarverträgen oder auch gekaufter Lehen bezogen. Zudem gab das Gesetzeswerk von Roncaglia dem kaiserlichen Hof die dann auch oft genutzte Möglichkeit, bei der lehnrechtlichen Neuordnung sich an den real existierenden Besitz- und Nutzungsverhältnissen zu orientieren und dabei die früheren Rechtstitel der adligen und geistlichen Lehnsherren nicht zuletzt zugunsten von Stadtadligen oder auch anderen Stadtbewohnern zu umgehen.[71]

Mit neuen Normen – wie dem in Roncaglia ebenfalls eingeschärften Treuevorbehalt für den Kaiser[72] – und mit verschiedenen, insgesamt höchst flexiblen Methoden versuchten die Frühstaufer, die Treue- und Dienstpflichten der so äußerst verschiedenartigen Vasallen abzusichern. Faktisch geschah dies durch Anpassung an die vorgegebenen Rechtsformen, aber auch an die vorliegenden wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und zumeist auch an die machtpolitischen Verhältnisse. Nur beispielhaft sei auf die Regalienzinse, die auch von Lehnsträgern gefordert wurden, und auf Geld- und Rentenlehen aufmerksam gemacht. Bei dieser Anpassung spielten neben den zumeist aus der Konsulararistokratie großer Städte stammenden Hofrichtern andere Angehörige städtischer Führungsgruppen, unter denen offenbar viele kaiserliche Lehnsträger waren oder wurden, eine hervorragende Rolle.[73] Auf diesen verschiedenen Wegen wirkte das Lehnrecht im Regnum Italiae in frühstaufischer Zeit viel umfassender und insgesamt auch zentripetaler als jemals zuvor. Dabei gingen viele Neuanstöße von der Reichsherrschaft Barbarossas aus und von der auf diese Weise erhöhten Wirksamkeit des römischen Rechts, über das übrigens schon der italienische Verfasser des Lehnsgesetzes Lothars III. von 1136 genaue Kenntnisse hatte.[74]

Die Auswirkungen des kaiserlichen Lehnrechts und der frühstaufischen Lehnspolitik auf die Herrschaftsträger in Reichsitalien – nicht zuletzt auf die größeren Stadtkommunen – ergaben sich nicht nur aus der Übernahme der Lehnsgesetze und anderer lehnrechtlich relevanter Gesetze in die Libri Feudorum und ihrer Einbeziehung auch in das Studium des römischen Rechts. Mindestens ebenso wichtig waren die engen Wechselbeziehungen zwischen der frühstaufischen Reichsherrschaft und den italienischen Herrschaftsinhabern. Diese Wechselbeziehungen bestanden trotz der Konfrontationen, die freilich oft überschätzt werden, und verdichteten sich – wie kürzlich Renato Bordone verdeutlicht hat – in wesentlichen Bereichen zu einer „Symbiose". Darin profitierten die diversen italienischen Herrschaftsträger paradoxerweise langfristig von der umfassenden und fundamentalen rechtlichen Absicherung der kaiserlichen Stellung und zugleich von den erhöhten kaiserlichen Ansprüchen. Denn durch die Herleitung ihrer eigenen Herrschaft vom Kaiser erhielten viele der Gewalten Reichsitaliens erstmals eine unbestreitbare höchste Legitimation. Auf dieser Basis konnten sie auch über das Lehnrecht größere Leistungen fordern.[75] Dies gelang ihnen freilich zumeist nur – wie dies auch die Untersuchungen von Menant gezeigt haben – gegenüber ihren schwachen Vasallen, die die geringen Dienste der mächtigeren Vasallen wettmachen mußten.

## IV.

Wenden wir uns nach diesem Überblick über die Mitteis'schen Thesen im Lichte neuerer Forschungen abschließend nochmals seiner Typologie zu, so könnte man versucht sein, diese

[71] Ebda., 364ff.

[72] Ebda., 329ff.

[73] Ebda., 530ff.; ders., Städte (wie Anm. 33), 226f.

[74] MG DD Lo III, Nr. 105, 168–170, registriert auch von Mitteis, Lehnrecht (wie Anm. 4), 403, Anm. 477.

[75] R. Bordone, L'influenza culturale e istituzionale della dominazione di Federico Barbarossa nel regno d'Italia (Vortrag, gehalten auf der Herbsttagung des Konstanzer Arbeitskreises für mittelalterliche Geschichte e. V.), erscheint in: Friedrich I. Barbarossa. Handlungsspielräume und Wirkungsweisen des staufischen Kaisers, Hg. A. Haverkamp (Vorträge und Forschungen, Bd. 40).

geradezu auf den Kopf zu stellen. Ansätze zu diesem radikalen Gegenentwurf lassen sich über die bisherigen Ausführungen hinaus in Diskussionen finden, wie sie 1978 auf einem Kongreß über „Feudalstrukturen und Feudalismus im westlichen Mittelmeerraum" geführt wurden.[76] Auf noch einigermaßen sicherem Boden befinden wir uns mit der Annahme, daß das Lehnrecht und Lehnswesen im Regnum Italiae eben nicht – sit venia verbo – der Blinddarm des als klassisch postulierten karolingischen Lehnswesens zwischen Loire und Rhein war und ebensowenig – wenn auch noch dieses Bild gestattet ist – der schwache, seit seiner Jugend dahinsiechende Bruder seines etwas stärkeren deutschen Zwillings aus der fränkisch-karolingischen Ehe. Daß diese „Genealogie" nicht mehr aufrecht zu erhalten ist, dürfte nur mit neuen Argumenten zu bestreiten sein. In diesem Sinne plädiert auch Walther Kienast, einer der frühen Kritiker von Mitteis' „Lehnrecht und Staatsgewalt", in seinem posthum erschienenen Werk im Hinblick auf den Midi und die meridionale Feudalität mit der wohl nur rhetorisch gemeinten Frage: „Könnte man sich deren Entwicklung nicht ganz selbständig, ohne den fränkischen Anstoß vorstellen?" „Es gibt keine Vasallen im Midi. Das ist der große Unterschied zwischen Nord und Süd, auf den alles ankommt. . . . Es ist ein weltgeschichtlicher Gegensatz".[77]

Kaum bezweifelbar erscheint es mir auch, daß das lombardische Lehnrecht und Lehnswesen fest in die westliche Mittelmeerkultur eingebettet war, womit ja auch die klassischen Ausführungen von François Louis Ganshof vereinbar sind.[78] Schwieriger ist es – und bis jetzt meines Wissens auch nicht systematisch versucht –, den Standort Reichsitaliens in diesem mediterranen Umfeld genauer zu bestimmen, zumal dabei die Reichsherrschaft – und hier vermeide ich sehr bewußt die auch in diesem Zusammenhang verfängliche nähere Bestimmung „deutsch" – bei dieser Standortbestimmung zu beachten ist. Dabei wären auch die Auswirkungen des lombardischen Lehnrechts auf den nordalpinen Raum zu bedenken.

Insgesamt scheint mir die Zeit noch nicht reif, daß ein neuer „Mitteis" mit neuen Methoden eine vergleichende Typologie des europäischen Lehnswesens mit Aussicht auf längerfristigen Erfolg entwickeln kann. Dafür fehlt es zumal in Reichsitalien noch an weiteren landesgeschichtlich orientierten Untersuchungen. Wenn deren Bearbeiter zugleich über ein so weites Blickfeld verfügten, wie es Heinrich Mitteis auszeichnete, sähe man bald sehr viel weiter als der große Rechtshistoriker. Auch wenn die neueren Forschungen über das hochmittelalterliche Italien ganz andere, vielfach sogar entgegengesetzte Richtungen eingeschlagen haben, hat es sich für sie doch gelohnt, sich auf die Schultern des germanistischen Rechtshistorikers zu stellen. So sahen sie weiter, und es war für sie leichter erkennbar, daß der Weg, den Mitteis gegangen ist, in die Irre führte. In diesem fruchtbaren Irrtum war und ist Mitteis nicht allein. Er befindet sich im Kreise jener großen Wissenschaftler, die ihre Nachfolger zum weiteren Nachdenken zwangen. Bis jetzt ist Heinrich Mitteis in seinem Mut zur europäischen Weitsicht auf dem Gebiet des Lehnrechts nicht übertroffen worden.

---

[76] Vgl. Structures féodales (wie Anm. 40) mit dem „discours inaugural" von P. Toubert.

[77] W. Kienast, Die fränkische Vasallität von den Hausmeiern bis zu Ludwig dem Kind und Karl dem Einfältigen, Hg. P. Herde, Frankfurt a. M. 1990, 135; vgl. oben Anm. 41.

[78] Wie oben Anm. 8; in der deutschen Ausgabe: Was ist das Lehnswesen?, Darmstadt 1961, 66f.

PAUL R. HYAMS

# Heinrich Mitteis and the Constitutional History of Medieval England

The sense of pride occasioned by the invitation to participate in the honouring of a great European historian is tempered by my awareness of the restrictions in my own scholarly equipment by comparison to his. First, where Heinrich Mitteis moved with ease and grace through primary and secondary materials composed in a whole range of languages, I am comfortable in far fewer and notably uncomfortable in Mitteis' own German. And secondly, I find real difficulty in generating any substantial enthusiasm for that constitutional study which lay at the centre of Mitteis' career interests. The sense-of-unworthiness topos, familiar to all readers of medieval chronicles, is entirely appropriate here. It is also my clearest qualification to appear in this volume as a representative of my countrymen.

I do not believe that Mitteis exercised any very profound influence on English historiography at all. This is no discredit to a great scholar. The jejune linguistic incapacity of most cultured Englishmen in the country's pre-European age severely restricted the influence of any foreign historians not translated into English. German works may have suffered worst, for reasons both of the perceived difficulties of language and because of political memory too. Academic historians were perhaps distinguished most by their acute awareness of this shameful fact, which by delaying translations, actually further delayed full reception of particularly German ideas and innovations.

Mitteis' works were, therefore, slow to enter the mainstream of English constitutional history.[1] One chapter from *Lehnrecht und Staatsgewalt* (1933) was soon included by Geoffrey Barraclough, a prominent exception to the above generalisations, in his very widely used collection of translated German essays, *Medieval Germany* (1938). Through Barraclough Mitteis made a strong impression on the picture of medieval German constitutional development taught in England[2] but had little effect on the study of purely English constitutional history. One of the foreign scholars to whom Mitteis had sent a copy of *Lehnrecht* was A. L. Poole, author of *Henry the Lion* (1912) and other pieces on Germany. Poole's polite letter of thanks, dated 23 July 1935, described the book as „exceedingly valuable for my studies". He must have meant his German researches, for little trace of Mitteis is apparent in Poole's two much-read general books on Medieval England.[3] The fact that *Der Staat im hohen Mittelalter* was first published in wartime

---

[1] I failed to locate the expected English reviews of the first edition of Der Staat im hohen Mittelalter. The characteristically English tone of mixed approbation and conceptual puzzlement in F. M. Powicke's review of Lehnrecht und Staatsgewalt in English Historical Review 51, 1936, 127–9, and the very sympathetic quasi-obituary of H. S. Offler (so often the reviewer of choice for German-language works on every aspect of the middle ages), reviewing the selected papers of Die Rechtsidee in der Geschichte again in English Historical Review 74, 1959, 289–92, are both worthy of note.

[2] Very largely through G. Barraclough, The Origins of Modern Germany, London 1946, which draws quite heavily on Mitteis' various works for the medieval chapters; this remained the standard textbook into my student days.

[3] This letter is preserved in the Leopold-Wenger Institut, Munich. The relevant books of Poole are Obligations of Society in the XII and XIII Centuries, 1946, and From Domesday Book to Magna Carta, 1st edn. 1951; 2nd. edn. 1955. The first was admittedly a set of lectures composed in the difficult conditions of wartime. But the second, one of the most distinguished and successful volumes of the old Oxford History of England, for years the „standard" multi-volume history, had ample opportunity to utilize and broadcast the insights of Mitteis and other European scholars.

significantly diminished its chance of early reception. It was not available to the mass of English readers until the 4th and final edition of 1953 was translated into English in 1975. I shall concentrate my remarks on this expensive and belated translation.[4]

The impact was muted for two reasons. By 1975, English historians were finally beginning to discover Europe for themselves. Historiographers of the future may place the turning point, not entirely coincidentally, in the early 1960s, at around the time of the abortive negotiations of Heath and Macmillan to join the Common Market. Meanwhile, the weight of the profession's scholarly interest was moving away from the concern with straight constitutional development that animated Mitteis as it had in various senses dominated English historical curricula through the ages of Stubbs and Tout. Here again, I am perhaps more nearly representative than I may seem, with my quasi-anthropological interests redolent of their 1960s origins pulling me firmly away from constitutional studies. This paper, therefore, offers me the opportunity to meditate on the sacrifices entailed by these choices of direction.

My impression is that the gulf between these traditions has continued to widen since Mitteis' death. My own scepticism with the utility of the very concept of feudalism is no longer quite as unusual as it once was.[5] Certainly Mitteis' account of „feudal law" struck my student self as very strange and alien. The hypothesis of an analytical distinction between feudal or folk law and state or royal law is, on reflection neither impossible to support nor without value in the understanding of medieval England. Reading Mitteis might have hastened the very recent discovery of the crucial role of lordship in the twelfth-century birth of the Common Law.[6] It would equally have encouraged thought about the relationship between „custom" and new law, which has animated much recent research. On both topics, Mitteis' hints are in the right direction. But one can easily see why they were not picked up. The whole tone of his account of the Angevin legal reforms, which now seems heavily marred by error, is totally alien to an English tradition which depicts all competing laws progressively subsumed into the King's Common Law.

The truth of the matter is that the comparative method, of which Mitteis was so distinguished an exponent, long had few genuine supporters in England. This English insularity can draw no justification from the seas surrounding Britain since that island takes in considerably more than the medieval kingdom of England. It has impeded the real constitutional challenge, of distinguishing the features of the English development that are genuinely atypical to the main European currents in order to explain them. For this purpose, the benefits of a comparative approach seem beyond argument, as was already appreciated by the young Helen Cam, for example in 1912.[7] Of course, *comparatisme* has to be done well; the challenge of mastering each end of the comparison, different sources, different traditions of study, is a severe and demanding one. It was all too easy to brand flawed work as characteristic of a flawed method. My Cornell

---

[4] H. F. Orton (transl.), The State in the Middle Ages: a Comparative Constitutional History of Feudal Europe, Amsterdam and Oxford 1975. Note the shift in the translated title. All page references in the text below are to this volume.

[5] The American scholar E. A. R. Brown, with The Tyranny of a Construct: Feudalism and Historians of Medieval Europe, American Historical Review 79, 1974, 1063–88, was possibly the first to voice outright scepticism in print.

[6] D. W. Sutherland, The Assize of Novel Disseisin, Oxford 1973. S. F. C. Milsom, The Legal Framework of English Feudalism, 1976, developed the „heretical" objections to the classic synthesis of Maitland (who really did know his Rechtsgeschichte) first expressed in his introduction to the 1968 reissue of F. Pollock and F. W. Maitland, The History of English Law Before the Time of Edward I, 1st edn. 1895–8. Neither of these outstanding authors showed either knowledge of or interest in the work of Mitteis and other German historians.

[7] H. Cam, Local Government in Francia and England: a comparison of the local administration and jurisdiction of the Carolingian Empire with that of the West Saxon Kingdom, London 1912.

predecessor, Carl Stephenson, may serve as proof-illustration here. Already a foreigner, trained by another one, Pirenne, his whole approach to English history was speedily swept aside when Tait was able to demonstrate some few but egregious errors in his argument on town origins. His efforts were, no doubt, unsound in their conclusions and perhaps superficial in some of their *comparatiste* assumptions. Yet any re-reading today reveals that a number of his rejected insights anticipated some of the topographical and other inquiries that are after a long hiatus once again rejuvenating medieval urban history.[8] English historians of that era displayed no visible enthusiasm for the integration of England into some common European schema, perhaps for fear that this would diminish the cherished aura of the Mother of Parliaments and the Empire she had nourished.

With that Empire's demise came change. I select two names to represent a new generation that came to fruition in the 1960s. The deep sense in which England was for so long in the middle ages an arm of Francophone-dominated Europe came naturally to John Le Patourel, a Channel Islander born closer to France geographically than to England. He worked out his view on the fourteenth century in the reinterpretation of the Hundred Years War, then moved towards the end of his life very fruitfully into the Norman period.[9] Sir Richard Southern has spent the bulk of his career studying the intellectual history of medieval Christendom, a community of minds and writings that patently knows no frontiers. His essay on „England's First Entry to Europe" originally appeared in 1962, its title patently inspired by the Common Market negotiations.[9a] His was perhaps the first influential voice to promote to a basic premise the prime fact that twelfth-century England was only part of a cross-Channel political grouping and seldom the first priority of its often foreign-born kings. His thrust was that the kingdom's precocious administrative centralisation was born of weakness, not to say desperation, in the competition with Continental rivals, that its overall purpose was to facilitate the diversion of English resources to pursue aspirations abroad. What had been generally accepted as something to boast about, England in the van, now emerged looking more like an object for commiseration.

The notion of a home *Reich* beggared or neglected in favour of foreign adventures might well have caught Mitteis' imagination. He spotlights Henry II's imperial ambitions in a way almost totally unconsidered in the English literature. Le Patourel's more muted conception of an „Angevin empire" (with lower-case „e") conflicts with a consistent German desire to portray the Angevins as the richest royal house in twelfth-century Europe, a view for which Continental chronicles in particular still lend some plausibility.[10] There is still room here for fruitful interpretative contact between Mitteis' tradition and the received English views.

---

[8] C. Stephenson, Borough and Town: a study of urban origins in England, Cambridge, Mass. 1933, swiftly reviewed by Tait, English Historical Review 48, 1933, 642–8. Cap. VIII „The Growth of the Borough" deserves respectful juxtaposition with Historic Towns, ed. M. D. Lobel (3 vols, to date, Oxford 1969–89). See also J. Tait, The Medieval English Borough, Manchester 1936 and S. Reynolds, An Introduction to the History of English Medieval Towns, Oxford 1977, esp. chap. 2. The essays in Stephenson's Medieval Institutions: Selected Essays, Ithaca, NY 1954, retain the power to stimulate new questions generated by an inquiry of truly European dimensions; see especially „The Origin and Significance of Feudalism", 205–33 (from 1941) which, coincidentally, uses Mitteis' Lehnrecht.

[9] His Feudal Empires: Norman and Plantagenet, London & Ronceverte 1984, usefully collects his essays. But see also his The Norman Empire, Oxford 1975.

[9a] R. W. Southern, Medieval Humanism and other Studies, Oxford 1970, c. 8.

[10] See on this J. Gillingham, Richard the Lionheart, London 1978, cap. 13 and sources there cited (for Angevin wealth) and J. C. Holt, The Loss of Normandy and Royal Finance, in Gillingham and Holt (eds.), War and Government in the Middle Ages: Essays in honour of J. O. Prestwich, Woodbridge, Suffolk 1984, 92–105 (against). H. E. Mayer, Henry II of England and the Holy Land, English Historical Review 97, 1982, 721–39, illustrates for this context some of the consequences of acceptance of the chroniclers' hearsay record.

These are themselves neither unilinear nor unchanging. Since Le Patourel, arguments about post-Conquest English political history have tended to revolve about that premise of a single cross-Channel Anglo-French aristocracy operating within a more-or-less unitary political environment. Indeed, the fresh wind from across the Channel has invigorated a whole swathe of writing on twelfth-century England far beyond the strictly political and constitutional spheres.[11] The range of comparison, insofar as genuine comparison is in question, rather than a mere salutary widening of horizons, is still restricted. It deals little with Germany, let alone Mediterranean Europe south of the Alps. French history provides the main point of reference, no doubt with good reason. The Angevins were for much of the twelfth and early thirteenth centuries vassals, neighbours and great rivals to the Capetian monarchy. Seen with the usual hindsight, they occupied a large portion of the territory of modern France that had still to be cleared of „foreign" influence before the Capetians could establish a France to rule.

My compulsory reading of Mitteis has proved a more congenial and improving exercise than I had expected. His observations on English affairs frequently opened up fresh perspectives for me. The range of his reading is impressive. He seems admirably *au fait* with available source material and the lines of interpretation current when he wrote. He thus shares many of his English contemporaries' characteristics. Swirling in the air around a number of his judgements, there is a whiff of Stubbs' *Select Charters,*[12] which my scholarly generation is the last to appreciate from its own classroom experience. Mitteis appears to have mastered the tradition of Stubbs and Tout as almost none of today's graduates from British universities will. We feel (with some justice) that we have moved on from the questions and verities of that older generation. There is therefore no call to pass them on to our students. I am all the more taken with the continuing power of Mitteis' perceptions, conditioned in the first instance though they undoubtedly were by his understanding of German history, to provoke fresh questions for future inquiry.

To pursue all the hares my reading of Mitteis has started would be out of place on the present occasion. Far better to concentrate my shot on a brace of worthy birds from the blasted heath of Feudalism. This was, it has to be said, the one major exception to the sad failure of the recent historiography of constitutional development in medieval England to investigate what medieval Englishmen and their rulers learned from outside about the ordering of their world. Past scholarly generations revelled in the fun of a puzzle which they recognized to require an outside solution. In the rest of this paper, I examine some of Mitteis' most characteristic utterances on Feudalism and the State to assess their continuing cogency for today's students. I must again confess my sympathy goes with the doubts of many Anglophone sceptics about the heuristic value of models of Feudalism. No two writers quite agree on their operational definition of feudalism. This is less serious in practice than one might expect. Most Anglophone historians place much less weight on the concept when they are actually engaged in research than in their introductory classes and the prefaces to their textbooks. Only rarely do theoretical definitions of feudalism lead historians into error, though it does happen. Most English language usage of „feudal", „feudalism" and their derivatives either refer to the Frankish (or quite often French) origins of the patterns of social and cultural behaviour most practised or advocated in medieval Europe; or the words treat more directly the prevalent forms of lordship and their wider

[11] I may perhaps be forgiven for drawing attention to my own The Common Law and the French Connection, Anglo-Norman Studies 4, 1982, 77–92.

[12] W. Stubbs (ed.), Select Charters and other Illustrations of English Constitutional History from the Earliest Times to the Reign of Edward the First (9th edn. revised H. W. C. Davis, Oxford 1921, but many times reprinted with minor corrections thereafter). My undergraduate copy is a 1957 reprint. Rumour at the time of a new edition on the way was never fulfilled, testimony of the difficulty of the task. Most who went through the „Stubbs Charters" will admit they gained from the experience.

importance in medieval society. I prefer, as a Yorkshireman, to recognize this, to eliminate the intermediary, usually obscurantist feudal language, and to say „French" or „seignorial" when that is what I mean. This translation process, little though Mitteis would have approved of it, nevertheless leaves intact substantial lessons to be gained from the reading of his work.

At the end of the book, Mitteis declares the major theme of constitutional history up to about 1300 to be „the development of feudalism". Then came a shift to the „growth of corporate organizations, representative bodies and bureaucratic institutions" (p. 393). The underlying judgement holds that the distribution and administration of power throughout the period covered turned on the arrangement of personal relations; the nascent state is only one of a number of *Personenverbände*. Mitteis asserts here the primacy of personal links over institutional machinery; he talks of „a network of personal associations forming the constitutional framework" (p. 5). What really matters, he argues, is how this works in practice and how it is argued through Law, which is for the German people at least, in his opinion, the „very fabric (of) organized society" (p. 19). This is an approach I personally find congenial and will happily refashion to my own purposes. Most of the significant relationships are vertical, involving lordship in one form or another. The central point will therefore be the highly distinctive forms in which men crafted these vertical relationships.

Comparisons within medieval Europe to demonstrate the similarities between custom over western Christendom are all very well as far as they go. It is the extra-European comparisons that are most significant, for they reveal in the last resort few close parallels. Here lies the sad lesson of the quest for non-European feudalisms, that the exercise is fundamentally Eurocentric. We might better redeploy our energies from the search for comforting resemblances to distil the distinctive essence of the Medieval West's social organization in the hope of understanding a bit better that long dominance of the West which is only now coming to its close. By what unusual devices did its constituent parts retain cohesion and flexibility? The most influential synthesis, which emerged in ninth-century Francia, at a known time in a specific geographical setting and in political circumstances that are also in principle discoverable with some precision, is indisputably an important part of the answer.

The results of such an inquiry would affect the historical understanding of England's past as much as that of Continental Europe. It will involve the materials in homage rituals, oaths of fealty (or loyalty[13]), rules about benefices and vassalage, in sum all the conventional topics of feudalism. Mitteis, I think, saw all this, including two corollaries as relevant to England as elsewhere. First, he attributed to this Frankish model of lordship a primacy over other possible patterns.[14] Secondly, since these Frankish forms were patently not native to the British Isles, he indicated the establishment of the date and manner of their introduction as among the constitutional historian's most important tasks. Mitteis then followed the received English opinion of his day. The Norman Conquest of 1066 swept England into the „mainstream of European life" (p. 200). This was a genuine and bloody conquest, which established what remained for a while a „colonial" régime (p. 22). This useful formulation, resisted by Mitteis' English contemporaries, has now entered the mainstream.[15] Mitteis deduced from it that England could, like

[13] I should much prefer the contemporary associations of „loyalty" oath for the oath which followed homage, despite its latin terminology of faith („fidelitas" etc) and the weight of established practice. This helps to avoid both any exclusive association with lordship and its premature institutionalization. See below for similar if not identical oaths in their Carolingian royal context.

[14] Historians have not always appreciated the variety of other dominance patterns still used in the high middle ages. I indicate some of these in my Warranty and Good Lordship in Twelfth-Century England, Law and History Review 5, 1987, esp. 447–9 and n. 32.

[15] J. Le Patourel, The Norman Colonization of Britain, in: I Normanni e la loro espansione in Europa nell'alto medioevo (Centro Italiano di Studi sull'alto medioevo, Settimana xvi, 1968), Spoleto 1969, 409–38 was again the leader.

Sicily, import feudal systems shorn of their usual centrifugal tendencies. Thus „unencumbered by tradition, they were built up on logical, systematic lines" and „avoided the overgrowth of custom and the unresolved contradictions characteristic of countries where feudalism had slowly taken shape" (pp. 22, 226). This judgement well displays Mitteis' sense of the medieval German past, one incontrovertibly influenced by his sad awareness of the impending fate of the medieval Empire. The many cross-references between the English and German chapters also suggest to me genuine feeling for the Germany of his own lifetime. Those who have known political chaos personally seldom relish its perpetuation or return. He emphasized in appreciative terms the salutary hierarchical nature of English feudalism, with the conquering king and ultimate owner of all on top of the pyramid.

The *Leitmotiv* in his discussions was the Salisbury Oath of 1086, when all the landholding men of any account bowed down to William and became his men.[16] He saw this as the proclamation of a paramount lord drawing on eleventh-century French notions of liege lordship. It afforded the king the right to appeal behind rebelling tenants-in-chief to their under-vassals who now, through their „fealty", had become the king's men too. A revived Carolingian-style loyalty oath, he might have said, concentrated loyalty on the king. For Mitteis, this institution above all encouraged and strengthened that central authority which English government already possessed in the twelfth century, but which the Empire never succeeded in grasping. He equally admired the downwards organization of English adjudicative structures within the king's Common Law, a lattice solution that retained royal initiative and avoided the kind of devolution to vassals that happened in Germany and Italy (p. 227).

Today when fashionable cant holds that Small is Beautiful, and the less government the citizen experiences the better off he is likely to be, one is much less inclined to subscribe to Mitteis' high admiration for centralized government. Most modern research has equally undermined the tenurial and social clarity Mitteis thought he saw. We now eschew talk of feudal pyramids even in our textbooks. Obviously we need more complex images, such as multi-dimensional molecular bonds in a socio-cultural chemical soup, but these will be as likely to confuse as to enlighten. The tenurial web, to return to a safer metaphor, included, for example, fairly frequent patronage grants of under-tenancies to magnates of higher status than their land-lords.[17] Close social relationships are apparent between at least some individuals at diverse levels of the supposed hierarchy. Convincing evidence from the first generations of Norman England for autonomous noble honors, on the other hand, is conspicuously absent. Anglo-Norman gentry could plead similar customs in a variety of courts, both public (i. e. royal) and private, to which they owed their suit.

For these reasons among others, I cannot follow Mitteis in his solution to the puzzle. But an alternative scenario does exist to meet in some measure all criteria, native, Europeanist, even Germanist. Mitteis and his contemporaries dismissed the government of the later Anglo-Saxon kings, partly because of their view of 1066, partly from their perceptions of the effects of the Viking Invasions. Anglo-Saxon „fluid & rudimentary institutions" cried out for Norman „remoulding" „into a close-knit homogenous system" (p. 226). Yet he had himself termed the tenth century a „brilliant period" for English government and assembled adequate justificatory evidence. He noted the „territorialization of English law" and approvingly identified Cnut as first to see the various English legal customs as a single corpus of law. When Wulfstan made Cnut say in the prologue to his second code that its contents were directed at „eall Englaland",

---

[16] So The Anglo-Saxon Chronicle, s. a. 1086.

[17] S. Harvey, The Knight and the Knight's Fee in England, Past & Present 49, 1970, 3–43 gives examples.

this was, to my knowledge, the first such clear territorial reference.[18] Mitteis made the right connections. The centrality of both the reorganization of local government and the new depictions of royal authority, with their all-important requirement of loyalty, are now widely accepted in much the way he indicated, though naturally with important differences.[19] It was not yet obvious when Mitteis wrote that from his straws others might build in solid brick. The arguments for large-scale borrowings from Francia over a substantial period in almost every corner of English life from art history to the forms of police and administrative institutions are now ubiquitous and compelling. We thus reach the gentle paradox of a „Carolingian England" still alive and well in the early eleventh century, at a time when Carolingian institutions within the old imperial territories were in decay or under siege. Much that an older generation of scholars attributed to post-Conquest Norman England may in fact have been received before 1000 and pressed into practical application. One might even claim that the birth of England's much-lauded constitution ought to be placed in Charlemagne's court at Aachen, a European solution which Mitteis would, one feels, have applauded.

The current revisionism makes sweeping claims for the existence of a Late Old English State based on a powerful, sophisticated and carefully thought-out central political organization. Its arguments place much weight on a native invention, the writ. Mitteis said little about writs, and nothing at all before the twelfth century. This is understandable in view of the pitifully small number from before the Conquest that have survived even as copies. That twelfth-century kings used them for communications between their itinerant court and the governed, for information and undoubtedly too to make their desires and commands known can be abundantly documented from contemporary originals and copies. Mitteis fully appreciated the importance of those contacts between king and subject, both specific and general. What would he have concluded, one wonders, had he believed that there had once been many more writs in the century *before* 1066? James Campbell has indeed now argued that our stray pieces of evidence of royal supervision of justice in shire courts might be the visible tip of a whole centralized administrative system.[20] By implication, then, the Old English state already possessed a Common Law in all but name and pretensions. If so, Mitteis must have substantially underestimated the proportion of the credit (if that be the right term!) for the English state of the high middle ages that we may ascribe to Anglo-Saxon rather than Norman „genius". The reasons for William's gamble of 1066 become much easier to understand. He wanted to become a *king,* for the English Crown offered much more than a mere opportunity to exercise liege lordship. The point is that the role of an Old English king *qua* king, personifying *publica potestas* of the kind conveyed by coronation *ordines* of the Carolingian type known to have been used in England,

---

[18] Territorialization remains, however, a tricky concept hard to pin down with precision. Current trends in English historiography are moving away from the former emphasis of the personality of law in medieval Europe to see territorial rule much earlier. Even the genitive plurals that appear to denote tribal groups in the Tribal Hidage could well have a territorial intention. See further G. Garnett, Franci et Angli: The Legal Distinctions between Peoples after the Conquest, Anglo-Norman Studies 8, 1986, 109–37; also Ian Wood, Disputes in late fifth- and sixth-century Gaul: some problems, and Janet L. Nelson, Dispute settlement in Carolingian West Francia, in: W. Davies and P. Fouracre (eds.), The settlement of Disputes in Early Medieval Europe, Cambridge 1986, 7–22, esp. 20–1, 45–64, esp. 60.

[19] J. Campbell, E. John and C. P. Wormald, The Anglo-Saxons, Oxford 1984, caps. 6–10 is the most authoritative recent survey. Among the differences, one may note the dating of the governmental reorganization and, interestingly, the Frankish origin of the mutual promises from king (Coronation oath) and subject (loyalty, ie „fealty", requirement in the *Leges*). It is perhaps not coincidental that Patrick Wormald, one of those most responsible for this shift of interpretation, is the best read of all the younger English historians in German *Rechtsgeschichte,* Mitteis included.

[20] J. Campbell, The Significance of the Anglo-Norman State in the Administrative History of Western Europe, Francia 9, 1980 for 1977, 117–34, reprinted in his important collection of Essays in Anglo-Saxon History, London and Ronceverte W.-VA 1986.

was real and serious. No doubt, the resultant aura was by the twelfth century a waning asset, as authority came to rely more on laws and control over men and wealth; in the eleventh century, however, lesser men quailed before such kings.

Not all of today's historians would go so far; I have reservations of my own.[21] Mitteis would have had his own comments to make. Let us conclude by pursuing his feudal vision into a rather later set-piece of English constitutional history, and examine briefly his understanding of Magna Carta, the event or document often described as „the cornerstone of English liberties". For Mitteis and his contemporaries, this charter constituted one lapidary monument in a rather formal line of constitutional stepping-stones leading to liberty, yet hewed out of the political events of John's reign. The Magna Carta rebellion was John's eventual „penalty for outraging the moral code of feudal society". The barons sought to render parts of this code into writing, since „feudal law was the only possible antidote to arbitrary government" (pp. 298–9). They acted merely to gain protection for themselves from John's unrestrained will; any gain for the wider community was coincidental. Yet, „by some clauses . . . the barons, though unwittingly, in the long run, benefited the community as a whole" (p. 302), a familiar utilitarian paradox most comprehensible on the premise of a centrifugal feudalism run by selfish feudal barons.

But the barons of 1215 were patently not the selfish fools of historical legend. There is no reason to assess their average intelligence as inferior to that of the much-criticized Angevin royal family. The best of them ran their earldoms and honours as mini-states quite capable of learning efficient administrative techniques from royal government and elsewhere. Few if any believed in the feasibility of full autonomy; there is no English basis for a twelfth-century states-rights theory. They knew their fortunes were closely linked to the king's and to each other. Thus all were personally involved to some degree in royal government, which they still knew from the inside. Who should know it better than the king's rightful companions? Certainly not the brood of illegitimate advisers that appeared to surround John, which is why they had to go.[22] Many of the Great Charter's individual clauses and some of its silences testify to a basically sensible baronial understanding of royal government and its power to benefit or harm them.[23] From the 1190s on, various baronial groupings are visibly striving to improve royal government to their own ends rather than to nullify it in blind opposition as Mitteis sometimes implies. Examples of purely negative opposition can no doubt be found. The pursuit of intelligent self-interest by the improvement of royal government nevertheless set the standards, as is evident from the demonstrable and successful efforts made in the two decades after 1215 to turn a polemical partisan programme into a workable code of practice.[24]

In today's perspective this begs some questions and seizes only half the problem. Magna Carta was drafted in the style of a charter grant from lord to vassal by royal scribes well used to this kind of document. It used the language of lordship designedly in order to rein in an Angevin king who loved to roll out simultaneously the royal rhetoric of public authority and the dictates of private will.[25] Only through the lordship analogy were the men of 1215 able to conceptualize the rights of a subject against his king.

---

[21] I shall express some of them in a forthcoming study on „Feud in Medieval England".

[22] Magna Carta, cl. 50.

[23] I have examined the roots of cls. 2–9 in my Observations on the Charter as a Source for the History of the Early English Common Law (forthcoming, to appear in the proceedings of the Anglo-Soviet Symposium on Legal History, held at the Institute of State and Law, Moscow, April 1988).

[24] J. C. Holt, Magna Carta and the Origins of Statute Law, 1972, in his Magna Carta and Medieval Government, London and Ronceverte W.-VA 1985; J. R. Maddicott, Magna Carta and the Local Community, Past & Present 102, 1984, 26–65.

[25] J. E. A. Jolliffe, Angevin Kingship, London 1955, Part I remains the classic assemblage of these texts. Oral tradition

Magna Carta is best read as a declaration on the style of good lordship, royal and private, with arguments drawn from established custom more or less updated to fit the legal conditions of the day. It represents Mitteis' conception of Law as expressing baronial „public opinion". Lord and vassal ought to treat each other honourably according to reason, as in „rationabile relevium". In some chivalric golden age of the past, it had been enough simply to assert this reasonableness. This no longer sufficed. It was always hard, even with outside assistance, to constrain a Bad Lord to behave reasonably. With an anointed king one could do little. Yet the peers had learnt from that very king and his justices the case for specific, known external regulation. If this held for vassals seen as subjects, why, men wondered, should it not also hold for their no longer sacral king? The difficulty of enforcement was at once apparent. *Quis custodiet custodes?* Since English justice was in the first instance the king's, as even Magna Carta self-evidently proclaims, who could justice an errant king? An oath like that sworn at Runneymede ought to bind a king like any other man. But would any king agree to swear an oath that curtailed his own freedom of action? And, having so agreed under pressure, would he not claim thereafter that duress invalidated any concessions? The great late medieval constitutional problem can be simply stated: how to force the king to want to be a Good Lord?

Writings, however carefully drafted, have never achieved this and perhaps never can. Nevertheless, experienced men of high intelligence continued to seek the perfect formulation to fix the proper constitutional balance, the single document that would finally end the need for all such charters and ordinances. The everlasting round of threat and counterthreat, deal and compromise, procedural and administrative innovation that fills the gaps between *crises* is much more tedious to research and document. In the tedious, often painful business of generating political arrangements likely to prove both stable and generally acceptable, slick jumps are few and far between, as our Eastern European neighbours may be about to discover for themselves. Our generation finds some difficulty in sharing Mitteis' faith in the ultimate triumph for good of Law and Justice. Yet, at the critical junctures contemporary perceptions of the hardnosed realities kept Englishmen to their drafting, and their products did gradually – though far from inevitably – improve the mix between intellectual thought and mundane practicality by which men may learn to live in a greater degree of liberty.

From these documentary stepping-stones, today's historians can capture the operative ideas, provide that, in doing so, they do not forget the perpetual energy of the swirling stream. Perhaps a Mitteis, alive in the 1990s would now gear his efforts more towards political narrative. He might well direct our attention back to the stuff of practical politics, to learn in narrative detail how men of political significance sought to render superfluous our „constitutional document", now by wresting good government out of the king and his ministers, now by participating in it.

Mitteis „had clear and memorable views, and – the mark of a great historian – they were expressed with . . . subtlety . . . The clarity remains in the memory, but the nuances are there to be returned to".[26] For me a major selling-point of his brand of legal history was its relatively intense involvement with the working out of legal ideas through actual relationships of real men and women. This cannot always be said of the exponents of *Rechtsgeschichte!*[27] I cannot share the

---

holds that the author's original intention was a study on King John, until the appearance of S. Painter, The Reign of King John, Baltimore Md. 1949.

[26] Timothy Reuter, reviewing the 1975 translation of The State in the Middle Ages in History n. s. 62, 1977, 95–6.

[27] Both Powicke and Offler remark on this in the reviews cited above. Offler, op. cit., 290 quotes Mitteis' characterization of the subject matter of legal history as „not only the investigation of legal institutions as such, but also their workings in the world of things, the reciprocal influences of Law and Life" (translation mine).

underlying enthusiasm for feudal law and his optimism concerning constitutional and legal ideas. For me, the creative invention has passed from this style of investigation, at least as regards English constitutional history. To say this is, in part, to note the recent dearth of scholars able to bring to the field something like Mitteis' own learning and cultural stature. Perhaps the inspiration of the potentially massive changes in the European political and constitutional balance currently underway may attract back comparable analysts to reassess constitutional developments out of a sense of their intrinsic historical importance – and not because of a requirement to teach first-year courses.

I do now understand a little better how constitutional history can pose the great conservative questions (conservative in the best sense) on political life: on the waxing and waning of freedom and how best to conserve it, how to maximize men's sense of full participation in the political process and the consequences of failure to do so, and above all the challenge of maintaining an acceptable texture of Law and Order in a manner acceptable to those sections of society with a political voice. The quest for the medieval origins of the still distinctive and valuable western political tradition leads to precociously centralized England as well as to the deplorably fragmented Empire. A new generation of English scholars seeking to understand and assess the English realities can do much worse than to rediscover Mitteis. They may find in his work positive indications of what the older literature still has to offer, in a form arguably fresher and more suggestive – because so patently from outside the tradition – than that of comparable English authorities. Perhaps too the moment has finally come for the bonus of that all-important perspective from Continental Europe and beyond.

KARL OTTO SCHERNER

# Heinrich Mitteis' privatrechtsgeschichtliche Forschungen und seine Konzeption des Deutschen Privatrechts

## I.

Heinrich Mitteis und das Deutsche Privatrecht – es liegt nahe, im Gedenken an den großen Germanisten dieses Thema zu wählen. Das rechtfertigt sich allein schon aus der Tatsache, daß von ihm 1950 ein „Kurz-Lehrbuch" mit dem Titel „Deutsches Privatrecht"[1] erschienen ist, und erst recht, weil es seitdem das letzte dieses Titels überhaupt geblieben ist.[2] Natürlich müssen wir uns mit ihm beschäftigen und dem, was der Autor beabsichtigte. Aber auch wenn es dieses Buch nicht gegeben hätte wäre ein Vortrag zu diesem Thema gerechtfertigt. Denn was man unter deutschem Privatrecht auch immer verstehen mag, geltendes oder auch nicht mehr geltendes, oder wie man früher sagte, älteres Recht, Mitteis hat Respektables vorgelegt. Im Bereich des geltenden Rechts sei hier nur das Familienrecht und hier wiederum nur sein 1923 erschienenes Lehrbuch zu erwähnen.[3]

## II.

Weit umfangreicher sind seine Untersuchungen zum mittelalterlichen Privatrecht. Sie bildeten einen wesentlichen, wenn auch weniger bekannten Teil des Mitteisschen Lebenswerkes. Schon das ist Grund genug, sie näher in Augenschein zu nehmen. Sie geben darüber hinaus aber auch Anlaß, über unsere eigene Arbeit auf diesem Sektor nachzudenken.

Es handelt sich hier – sieht man von den im weiteren Sinn auch hierher gehörigen prozeßrechtsgeschichtlichen Untersuchungen ab – im wesentlichen um drei Arbeiten, die zeitlich weit auseinanderliegen, einmal seine 1913 erschienene Dissertation mit dem Titel „Rechtsfolgen des Leistungsverzugs beim Kaufvertrag nach niederländischen Quellen des Mittelalters",[4] dann sein 60seitiger Beitrag zur Heymann-Festschrift 1931 „Zum Schuld- und Handelsrecht der Kreuzfahrerstaaten"[5] und schließlich der in der Savignyzeitschrift 1943 erschienene, 78 Seiten

---

[1] Deutsches Privatrecht, Ein Studienbuch, München und Berlin 1950.

[2] Das verdienstvolle, den derzeitigen Forschungsstand berücksichtigende Buch von Ursula Floßmann, Österreichische Privatrechtsgeschichte, Wien-New York 1983 (hierzu meine Rezension ZNR 1987, 88f.) ist zwar auch eine Institutionengeschichte, beschränkt sich jedoch, wie der Titel schon zum Ausdruck bringt, auf die österreichische Entwicklung. Die Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung, 4. Aufl., o.J., Wien, Köln, Graz (1985), von Gerhard Wesenberg – Günter Wesener ist zwar als institutionengeschichtlicher Überblick unentbehrlich, berücksichtigt aber nicht das mittelalterliche autochthone Recht.

[3] Bürgerliches Recht. Familienrecht, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Berlin 1923. Vgl. im übrigen das Schrifttumsverzeichnis, in: Die Rechtsidee in der Geschichte. Gesammelte Abhandlungen und Vorträge, Weimar 1957, 724ff.

[4] Rechtsfolgen des Leistungsverzugs beim Kaufvertrag nach niederländischen Quellen des Mittelalters. Ein Beitrag zur Geschichte des Handelsrechts. Mit einem Urkundenanhang (Deutschrechtliche Beiträge VIII, 2, 108ff.), Heidelberg 1913.

[5] Zum Schuld- und Handelsrecht der Kreuzfahrerstaaten. Beiträge zum Wirtschaftsrecht, in: Beiträge zum Wirt-

umfassende Aufsatz über „Die germanischen Grundlagen des französischen Rechts",[6] der sich zu einem wesentlichen Teil auch mit Privatrechtsgeschichte befaßt.

Die Mitteisschen Arbeiten zur Privatrechtsgeschichte sind einzeln oder zusammengenommen von ihrem sachlichen Ergebnis her (schon wegen ihrer thematischen Disparität) sicher nicht vergleichbar mit dem von ihm errichteten lehn- und verfassungsrechtlichen Gebäude, aber sie sind, um beim Bild zu bleiben, noch heute wichtige Bausteine und Entwürfe – wobei betont werden muß, daß ein Einzelner innerhalb des weiten Feldes der Privatrechtsgeschichte eigentlich nie mehr als das liefern kann. Sie sind darüber hinaus aber wichtig wegen ihrer Themenwahl, wegen ihrer Position innerhalb des Forschungsfeldes der Germanistik sowie der Zwecksetzung, die ihnen der Verfasser selbst zuweist.

Zentraler Gegenstand der Dissertation ist die Herausbildung eines Rücktrittsrechts des Verkäufers wegen Zahlungsverzugs des Käufers nach niederländischen Quellen des 13. und vor allem des 14. Jahrhunderts.[7] Es handelt sich um ein kaufmännisches Rücktrittsrecht, zum ersten Mal erkennbar in einem Kaufmannsprivileg gegen Ende des 13. Jahrhunderts, daher der Untertitel „Ein Beitrag zur Geschichte des Handelsrechts". Mitteis weist nach, daß es aufgrund dieses Rücktrittsrechts zu Deckungsgeschäften kam, bei denen der Verkäufer den Mehrerlös behalten durfte, bei Mindererlös der Käufer jedoch die Differenz zum Kaufpreis zahlen mußte. Damit war die Zahlungspflicht in die Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung umgewandelt. Den Endpunkt dieser, ganz aus den niederländischen Quellen herausgearbeiteten Entwicklungslinie sieht Mitteis um die Wende vom 16. zum 17. Jahrhundert.[8] Die Arbeit geht am Schluß noch auf die zweite hier mögliche Konstellation beim Käuferverzug ein, nämlich bei schon erfolgter Übergabe der Ware. Hier zeigt er, wie der Verkäufer über die Rückforderung der Ware bis in den Käuferkonkurs hinein zu seinem Recht kam.[9]

Allein schon die Tatsache, daß die Arbeit in die „Deutschrechtlichen Beiträge" Konrad Beyerles aufgenommen worden ist, macht ihre damalige Einschätzung deutlich, und auch innerhalb dieser Reihe kann sich, jedenfalls was die Gründlichkeit der Quellenverwertung dieses genannten Hauptteils angeht, die Mitteissche Dissertation sehen lassen. Die ausführliche Rezension, die sie in der Savigny-Zeitschrift noch im gleichen Jahr erfuhr,[10] war wohlwollend positiv. Sie schloß mit dem Satz, die Arbeit zeige „den Verfasser nicht bloß als eifrigen Quellensammler, sondern als denkenden Juristen, der sich bemüht, für alle Erscheinungen historische und dogmatische Erklärungen zu finden, der weit auszublicken sucht, und von dem die Wissenschaft des deutschen Rechts noch reiche Förderung erwarten darf".[11] Der Rezensent war kein geringerer als Ernst Heymann, von dem, ebenfalls 1913, in der Enneccerus-Festschrift ein Beitrag zum „Verschulden beim Erfüllungsverzug" erschienen war.[12]

In ihrer zentralen Aussage, der Nachzeichnung der Herausbildung des Rücktrittrechts bis hin zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung beim Käuferverzug, bezogen auf einen engen Quellenbereich, einen bestimmten Zeitabschnitt und hier wiederum auf einen bestimmten Geschäfts-

---

schaftsrecht. Festgabe für Ernst Heymann, Marburg 1931, 229ff. Auch abgedruckt in: Die Rechtsidee in der Geschichte, 134ff.

[6] ZRG GA 63, 1943, 137ff.

[7] Rechtsfolgen des Leistungsverzugs, 176–193. Vorher behandelt Mitteis das Verzugsrecht der Lex Salica und seine Nachwirkungen im Mittelalter (S. 129–175).

[8] a. a. O., 194ff.

[9] a. a. O., 209ff.

[10] ZRG GA 64, 1913, 651ff. (Ernst Heymann).

[11] a. a. O., 657.

[12] Das Verschulden beim Erfüllungsverzug. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Obligationsrechts (Arb. z. Handels-, Gewerbe- u. Landwirtschaftsrecht 18), Marburg 1913. (SA. aus: Festgaben Enneccerus.)

bereich, nämlich den Handel, gehört die Mitteissche Dissertation nach wie vor zu den wenigen einschlägigen und zugleich voll verwertbaren Arbeiten, ja sie zählt hier neben dem doch beträchtlichen jüngeren „Lübischen Kaufmannsrecht" Wilhelm Ebels[13] zu den besten dieser Gattung. Ihrer Zeit voraus war sie darin, daß sie auf die wirtschaftlichen Bedingungen des Kreditkaufs im Untersuchungszeitraum ebenso wie auf den verfassungs- und ständegeschichtlichen Hintergrund der benutzten Quellen eingeht.[14]

Bei dem Alter der Arbeit darf es aber nicht verwundern, daß wir hier auch Partien finden, die sich überlebt haben. Diese gehören fast ausnahmslos dem Bereich der wissenschaftstheoretischen Rechtfertigung, der Hypothesenbildung wie des Geschichtsbildes überhaupt an, so die Entwicklungshypothese, daß das Rücktrittsrecht wegen Verzugs im ADHGB und damit auch ein Teil des geltenden Rechts auf die damalige Entwicklung zurückzuführen sei: „nirgends darf die Rechtsgeschichte sich glücklicher schätzen, als wo sie das geltende Recht zum Zielpunkt nehmen und in ihm noch lebenskräftige Gestaltungen auf ihr historisches Werden hin prüfen kann."[15] Über diesen Satz kann man heute, aber konnte man auch wohl schon damals streiten. Und man spürt Karl Siegfried Bader, der sich im Nachruf auf Mitteis ebenfalls an diesem Satz gestoßen hat, förmlich die Erleichterung an, wenn er anschließend sagt, „ein Satz, den der spätere Mitteis in dieser Form wohl kaum mehr niedergeschrieben hätte" und ein Ausrufezeichen anfügt.[16]

Daß man heute die Entwicklungshypothese selbst für widerlegt, zumindest nicht für beweisbar hält, ist hier weniger wichtig. Wichtig ist dagegen, aus welchem Grund. Mitteis hat das römisch-gemeine Recht völlig außer Betracht gelassen, oder, genauer gesagt, hier nichts erwartet. Umgekehrt möchte er beweisen, ob nicht doch – entgegen anderen Behauptungen – „aus dem vorhandenen Quellenmaterial Grundsätze entwickelt werden können, welche die Schöpferkraft des deutschen Rechts auch auf diesem Gebiet" (er meint „das Schuldrecht in der Wissenschaft des deutschen Privatrechts") „ins hellste Licht setzen".[17] Als Konzept erschien das übrigens damals gar nicht so unrealistisch. Die Pionierleistungen eines Karl von Amira oder Heinrich Brunner, noch in frischer Erinnerung, konnten auf unterschiedliche Weise die Überzeugung von einer eigenständigen Schöpferkraft des deutschen Rechts suggerieren, ganz abgesehen von den Aktivitäten Otto von Gierkes.

Die Konsequenz für Mitteis war – und auch hier stand er damals nicht allein, er konnte sich auf Heinrich Brunner berufen[18] – den historischen Untergrund des spätmittelalterlichen Verzugsrechts in dem der Lex Salica zu suchen, auf das er dann in seinem ersten Kapitel auch ausführlich eingeht. Der ersten Entwicklungshypothese, die einen Sprung von drei Jahrhunderten verkraften muß, wird eine zweite, die mindestens vier Jahrhunderte überspringt, hinzugefügt.

So ist es für den jungen Mitteis fast schon ein Pech, daß sein Rezensent Ernst Heymann hieß, denn dieser hatte – bei allem Lob – angedeutet, was man noch hätte besser machen können. Aus seiner immensen Quellenkenntnis heraus – von den Volksrechten über das römisch-gemeine Recht bis zum mittelalterlichen europäischen Handelsrecht – war Heymann nicht nur im Hinblick auf die Eigenständigkeit der niederländischen Entwicklung skeptisch, er wies auch auf die Entwicklung des römischrechtlichen duplum als Verzugsbuße hin, ebenso wie auf ähnliche Erscheinungen im Pisaner Handelsrecht des 12. Jahrhunderts.

---

[13] Lübisches Kaufmannsrecht, Göttingen o. J.
[14] Rechtsfolgen des Leistungsverzugs, 117ff., 123.
[15] a. a. O., 116.
[16] ZRG GA 70, 1953, VIIIff.
[17] Rechtsfolgen des Leistungsverzugs, 117.
[18] a. a. O., 127 Anm. 1.

Wie das auf den Kritisierten gewirkt hat, werden wir wohl nie erfahren. Jedenfalls war es die 1931 erschienene Festschrift für Ernst Heymann, in der Mitteis' nächste privatrechtsgeschichtliche Arbeit erschien: „Zum Schuld- und Handelsrecht der Kreuzfahrerstaaten". Von der Sache her liegt dieses Gebiet sehr nahe an dem seiner Dissertation. In einer Festschrift für Ernst Heymann lag es außerdem nahe, sich mit dem Schuldrecht zu befassen, das der Geehrte mehrfach zum Gegenstand seiner rechtshistorischen Forschungen gemacht hatte.

Gleichwohl ist das Thema, an allgemeinen – auch noch heutigen – Maßstäben gemessen, im positiven Sinn exklusiv, nicht aber für den inzwischen schon anerkannten Kenner europäischer Verfassungsgeschichte: Die Gründung neuer Staaten auf orientalischem Boden hätte abendländische Staatsvorstellungen in jene Zonen übertragen. „Alle Nationen Europas haben teil an dieser Aufbauarbeit, Deutsche und Skandinavier, Franzosen und Engländer, Spanier und Italiener".[19] Wenn das französische Kontingent das größte gewesen sei, so liege dies vielleicht auch an der Entwicklung des französischen Lehnrechts, durch das zahllose Kadetten[20] aus adligen Familien nahezu entrechtet und zur Auswanderung beinahe gezwungen worden seien.[21]

Es sind die gleichen Quellen, die der Verfassungshistoriker Mitteis schon kennt, vor allem die aus dem französischen Rechtskreis, und hier die Assisen von Jerusalem, die Anfang des 13. Jahrhunderts entstanden sind, aber teilweise viel älteres Recht enthalten, und auf deren rechtsgeschichtlichen Wert schon Heinrich Brunner hingewiesen hatte. In all das führt Mitteis den Leser gründlich ein und verschafft ihm einen Einblick in die vorwiegend französische, aber auch deutsche, italienische und griechische Literatur zu diesem Quellenkreis.

Bei den im einzelnen behandelten Instituten und Problemen geht es um den Vertragsschluß, und dort um den Realvertrag, den Arrhalvertrag, den gerichtlichen Abschluß. Sodann geht er auf diverse Vertragstypen, Fragen aus dem Kaufrecht, der Forderungsabtretung, der Aufrechnung, der Miete, dem Dienstvertrag, dem Gesellschaftsrecht, insbesondere der für die Seefahrt so wichtigen Kommenda, aber auch auf Bankgeschäfte und Einzelfragen aus dem Seerecht ein. Aber damit nicht genug: Bürgschaft, Pfandrecht, also das Recht der Sicherheiten, Gesamtschuld, die Stellung der Frau im Bürgschaftsrecht, die Schuldhaft als weitere Garantie, die Sachverfolgung abhanden gekommener Sachen, im Sachenrecht Pfändung fremder Sachen sowie das Lösungsrecht.

Der Aufsatz ist mehr als nur ein Überblick über den Komplex der Markt- und Fernhandelsgeschäfte in den Kreuzfahrerstaaten. Er ist ein privatgeschichtliches Seitenstück zu den Passagen, die Mitteis in seinem zwei Jahre später erschienenen „Lehnrecht" der Verfassung der Kreuzfahrerstaaten gewidmet hat.[22] Er stellt nicht nur unter Berücksichtigung der einschlägigen Literatur immer wieder Vergleiche mit dem zeitgenössischen französischen Recht an, sondern gelegentlich auch mit anderen europäischen Rechten. Bisherige Forschungsergebnisse, die die Assisen nicht berücksichtigt haben, werden – wie im Gesellschaftsrecht – auf diese angewandt.[23] Wo das aber schon geschehen ist, werden sie – wenn nötig – auch korrigiert. Neue Erkenntnisse finden sich im Bereich des Seerechts.[24] Im Bürgschaftsrecht werden die damals noch jungen Thesen Franz Beyerles zur Entwicklung dieses Instituts bestätigt, gleichzeitig die französische Literatur

---

[19] Zum Schuld- und Handelsrecht der Kreuzfahrerstaaten, 229.

[20] frz. cadet = der Zweitgeborene.

[21] Als den zweiten, wichtigeren Grund nennt er die Tatsache, daß die Kreuzfahrerstaaten eine Fülle von Rechtsaufzeichnungen geschaffen hätten, aus denen sich Erkenntnisse für die Geschichte des bürgerlichen und Handelsrechts gewinnen ließen, a. a. O., 230.

[22] Lehnrecht und Staatsgewalt. Untersuchungen zur mittelalterlichen Verfassungsgeschichte, ND Darmstadt 1972, 247 ff.

[23] Zum Schuld- und Handelsrecht der Kreuzfahrerstaaten, 269.

[24] a. a. O., 270 ff.

korrigiert.[25] Immer wieder beweist hier Mitteis das notwendige wirtschaftliche und soziale Einfühlungsvermögen, so etwa, wenn er die Stellung der Frau im Bürgschaftsrecht erklärt oder die Notwendigkeit einer Abweichung von der römischen Lex Rhodia de iactu begründet.[26] Bei der Suche nach normativen Verwandtschaften wird also auch das römische wie überhaupt das antike Recht mit einbezogen. An einer anderen Stelle konstatiert Mitteis, daß ein Assisenkapitel „eine unbeholfene expositio über die Institutionen- und Digestentitel de societate" und ein anderes eine vulgäre Paraphrase ist.[27] Ja mehr noch. Er hält den Hinweis für angebracht, daß es damals auch in Frankreich Rechtsschulen gegeben hat, weswegen es interessant sei, „welche juristische Literatur die Kreuzfahrer sozusagen im Marschgepäck mit sich führten". Daneben sei mit einem latenten, praktisch viel wichtigeren Einfluß des fortlebenden römischen Rechts auch auf die scheinbar originellen Teile des Rechtsbuchs zu rechnen.[28] Einem von Max Conrat geführten Beweis des Einflusses des Brachylogus auf die Assissen fügt er noch einen weiteren hinzu.[29]

Das alles hebt sich fundamental von dem Geschichtsverständnis ab, das Mitteis' privatrechtsgeschichtlicher Erstlingsarbeit zugrunde liegt, und das durch die Vorstellung einer gleichsam unbefleckten und keines strengen Beweises bedürftigen Traditionslinie fränkisch-mittelalterlich geprägt zu sein scheint und alles andere keines Blickes würdigt. Das spricht für eine Weiterentwicklung, denn immerhin liegen zwischen der ersten und der zweiten Arbeit fast zwei Jahrzehnte. Aber schon 1914, nur ein Jahr nach dem Erscheinen seiner Doktorarbeit, hatte Mitteis in seinem Aufsatz „Beaumanoir und die geistliche Gerichtsbarkeit. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Prozeßrechts"[30] – er ist aus einem kirchenrechtlichen Seminar von Ulrich Stutz hervorgegangen – einleitend geschrieben: „Das Wesen des Rechtsgangs im Mittelalter kann nicht vom Standpunkte nur eines Quellenkreises aus, etwa des germanischen oder romanisch-kanonischen, richtig erfaßt werden. Gerade die Verschmelzung der Rechtsgedanken verschiedener Zeiten und Völker macht die Bedeutung des mittelalterlichen Prozeßrechts aus, und nur das Zusammensehen seiner mannigfaltigen Strebungen zu einem Gesamtbilde läßt es dem Forscher in lebensvoller Einheit neu erstehen."[31] Das bei der Beschäftigung mit spätmittelalterlichem niederländischen Handelsrecht befolgte Dogma der ausschließlich fränkisch-germanischen Herkunft war hier, beim mittelalterlichen römisch-kanonischen Prozeß, offensichtlich unbrauchbar. Mitteis erklärt sich das – altertümlich – mit dem „Wesen des Rechtsgangs im Mittelalter", hat sich damit aber einen Ausweg offengehalten.

Bei dieser Sicht der Dinge bleibt er auch, wenn er in seinen 1921 erschienenen „Studien zur Geschichte des Versäumnisurteils, besonders im französischen Recht"[32] von einem „europäischen Zivilprozeßrecht" spricht, das in mehreren „Quellenkreisen" in Erscheinung tritt, nur, daß er hier unter „Quellenkreisen" schon Deutschland, Frankreich, England, Italien versteht.[33] Und sein 1927 veröffentlichter Heidelberger Akademievortrag „Politische Prozesse des frühen Mittelalters in Deutschland" knüpft nicht nur in der Sache an diese beiden prozeßrechtsgeschichtlichen Untersuchungen an, sondern er macht den Traditionspluralismus geradezu zur wissenschaftstheoretischen Grundvoraussetzung, allerdings auch wieder bezogen auf einen be-

---

[25] a. a. O., 274ff., 278.
[26] a. a. O., 272, 280.
[27] a. a. O., 268.
[28] a. a. O., 240.
[29] a. a. O., 242f. Auf das kanonische Recht wird ebenso verwiesen, so etwa 241.
[30] ZRG KA 4, 1914, 263ff. Auch abgedruckt in: Die Rechtsidee in der Geschichte, 1ff.
[31] Beaumanoir und die geistliche Gerichtsbarkeit, 263.
[32] ZRG GA 42, 1921, 137ff.
[33] a. a. O., 177.

stimmten Rechtsbereich, dieses Mal das Lehnrecht: „Denn das Lehnrecht ist ein internationales, besser ein übernationales Rechtsgebilde im vollsten Sinne des Wortes. So wird hier nur eine Vergleichung auf breiter Basis vorwärtshelfen, . . . denn die Vergleichung wird wesentlich dazu führen, die Einzigartigkeit der historischen Erscheinung in ihrer Tragweite erkennen zu lassen.[34]

Als einen solchen von Natur aus einem Traditionspluralismus offenen, diesen geradezu fordernden Rechtsbereich sieht Mitteis nun auch das Handelsrecht, hier das Schuld- und Handelsrecht der Kreuzfahrerstaaten an, wenn er eingangs betont, daß alle Nationen Europas beteiligt waren.[35] Und wenn er auch am Ende der Abhandlung zu dem Ergebnis gelangt, daß das Kreuzfahrerrecht von den Tochterrechten des fränkischen Rechts dem französischen am nächsten steht,[36] dann ist dieses Urteil eben nur durch solche überregionalen Quellenrecherchen möglich gewesen. Zugleich lehrt für ihn „das Assisenrecht ein Stück Universalgeschichte des Handelsrechts im Mittelmeergebiet.[37] Damit bekennt sich Mitteis, jedenfalls für den Bereich der Handelsrechtsgeschichte, zu einer Konzeption, die ihm in seiner ersten Arbeit noch fremd gewesen war, als er noch den Beweis für „die Schöpferkraft des deutschen Rechts" hatte liefern wollen.

„Universalgeschichte des Handelsrechts", so hatte Levin Goldschmidt sein 1891 in dritter Auflage erschienenes, leider Torso gebliebenes Werk überschrieben, in dem er die übernationale Handelsrechtsgeschichte einschließlich des romanischen Mittelalters behandelt. Goldschmidt ist einer der bekanntesten, aber nicht der erste Vertreter einer etwas abseits, abseits auch von dem Streit zwischen Germanisten und Romanisten stehenden Richtung der Rechtsgeschichte, die sich keineswegs nur aus Rechtshistorikern rekrutierte, und zu der Autoren wie Wilhelm Endemann,[38] Gustav Lastig,[39] Heinrich Brunner mit einigen Arbeiten,[40] auch Max Weber,[41] Willy Silberschmidt,[42] Max Pappenheim,[43] Adolf Schaube[44] und schließlich Ernst Heymann gehören. Sie kannten keine Berührungsängste gegenüber fremden Quellenkreisen. Für sie alle gilt, was Paul Rehme einmal gesagt hat: „Wie der Handel kosmopolitische Natur hat, so haben an der Ausbildung des für ihn bei einem bestimmten Volke geltenden Sonderrechts auch andere Völker

---

[34] Politische Prozesse des früheren Mittelalters in Deutschland und Frankreich, Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Phil. hist. Klasse, Jg. 1926/27 Anh. 3, Heidelberg 1927. ND Darmstadt 1974 (hieraus auch zitiert), 118, Mitteis bezieht sich hier auf Georg v. Below, Der deutsche Staat des Mittelalters (Ein Grundriß der deutschen Verfassungsgeschichte), Leipzig 1914, 333, 2. Aufl. 1925, auch XXV.

[35] Zum Schuld- und Handelsrecht der Kreuzfahrerstaaten, 229.

[36] a. a. O., 289.

[37] a. a. O., 289.

[38] Studien in der romanisch-kanonistischen Wirthschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des 17. Jahrhunderts, Bd. 1, Berlin 1874, Bd. 2, Berlin 1883; Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 4 Bände, Leipzig 1881–1885.

[39] U. a. Entwicklungswege und Quellen des Handelsrechts, Stuttgart 1877; Die Accomendatio, die Grundform der heutigen Kommanditgesellschaften in ihrer Gestaltung vom 13. bis zum 19. Jahrhundert und benachbarte Rechtsinstitute, Halle 1907; Florentiner Handelsregister des Mittelalters, Halle 1883.

[40] U. a. Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, Bd. 1, Die Privaturkunden Italiens. Das angelsächsische Landbuch. Die fränkische Privaturkunde. Berlin 1880.

[41] Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter. Nach südeuropäischen Quellen, Stuttgart 1889.

[42] U. a. Die Commenda in ihrer frühesten Entwicklung bis zum XII. Jahrhundert. Ein Beitrag zur Geschichte der Commandit- und der stillen Gesellschaft, Würzburg 1884.

[43] U. a. Zur Entstehungsgeschichte der Bodmerei, in: ZHR 40, 1892, 378 ff.; Die geschichtliche Entwicklung des Seehandels und seines Rechts mit besonderer Berücksichtigung des Arbeitsvertrags, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 103, 2. Abt. 1903, 127 ff.

[44] U. a. Das Konsulat des Meeres in Genua, in: ZHR 32, 1886, 490 ff.; Handelsgeschichte der romanischen Völker des Mittelmeergebietes bis zum Ende der Kreuzzüge, München, Berlin 1906.

mitgewirkt. Auf keinem anderen Gebiete des Rechtes haben allgemein so früh, so oft und so nachhaltig Entlehnungen (Rezeptionen) stattgefunden wie hier".[45]

Heinrich Mitteis muß seit seinem „Schuld- und Handelsrecht der Kreuzfahrerstaaten" zu dieser Gruppe der Rechtsmediävisten gezählt werden. „Deutsche" Privatrechtsgeschichte im herkömmlichen Sinn kann man das nicht mehr nennen, und auch Mitteis selbst hätte das nicht getan. In seiner Abhandlung zu den „Politischen Prozessen", in denen er sein künftiges Lehnrechtskonzept entwirft, macht er „die Überführung des Lehnrechts in die Materien des deutschen Privatrechts" dafür verantwortlich, daß es lange Zeit verkannt wurde. Damit meinte er nicht nur die Provinzialität der Quellen, sondern auch die des Interpretationsschemas.[46]

Die dritte Arbeit, der Aufsatz „Die germanischen Grundlagen des französischen Rechts,[47] behandelt spezifisch privatrechtsgeschichtliche Thematik zwar nur zu einem knappen Drittel,[48] enthält aber darüber hinaus wesentliche Aussagen über die Aufgaben des Fachs selbst, insbesondere auch über das, was Mitteis unter Deutschem Privatrecht versteht, obwohl sich der Aufsatz nicht mit deutscher, sondern mit französischer Rechtsgeschichte befaßt und dies in dreifacher Hinsicht. Ein erster Abschnitt behandelt die „Rechtsbildung im allgemeinen", der zweite den „germanistischen Gehalt der wichtigsten Institute des Volksrechts" und der dritte die „germanische Kontinuität auf dem Gebiete des Verfassungslebens.[41] Uns interessieren hier nur die beiden ersten.

Der erste Abschnitt ist eine auf die wesentlichen Stationen beschränkte Darstellung der französischen Rechtsentwicklung von der fränkischen Zeit bis zum 19. Jahrhundert, genauer gesagt eine Quellengeschichte. Für unseren heutigen Geschmack hat sie einen etwas lehrhaften Charakter; sie wendet sich an einen Leser, dem die französische Rechtsgeschichte unbekannt ist, ohne in Oberflächlichkeit zu verfallen. Ein besonderer, sich durch den ganzen Abschnitt ziehender Gesichtspunkt ist der des Verhältnisses des einheimischen französischen Rechts zum römischen Recht, wobei immer wieder auf analoge oder andersartige Lösungen in der deutschen Rechtsentwicklung hingewiesen wird.

Im zweiten Abschnitt befaßt sich Mitteis mit einer Auswahl, wie er es selbst nennt, aus dem Gesamtgebiet des Privatrechts. Aus dem Familienrecht wählt er den Muntgedanken, die Hausgewalt aus. Dabei geht es nicht nur um die Ausprägung dieses Gedankens in der französischen Rechtsgeschichte, sondern auch um Alternativen, die auf den Einfluß des Christentums oder auf typisch bürgerliches Denken zurückgehen. Diese und andere Fragen, wie etwa der Familienrat, werden bis zum Code civil verfolgt.[50]

Im Bereich des Erbrechts lenkt Mitteis die Aufmerksamkeit unter anderem auf das französische System der réserve zugunsten der Blutserben. Bemerkenswert ist dabei, daß damals die französische Lehre noch an der Herleitung aus dem römischen Recht festgehalten hat.[51] Auf den germanischen Gedanken „le mort saisit le vif" führt Mitteis das ipso iure-Einrücken des Erben in den Nachlaß und den Besitz daran zurück.[52] Er weist auch darauf hin, daß das germanische

---

[45] Paul Rehme, Geschichte des Handelsrechts, in: Handbuch des Handelsrechts, hrsg. von v. Ehrenberg, 1. Bd., Leipzig 1913, 28ff., 29f. unter Berufung auf Lastig und Goldschmidt.

[46] Politische Prozesse, 117f.

[47] ZRG GA 63, 1943, 137ff.

[48] a. a. O., 178–202.

[49] a. a. O., 150.

[50] a. a. O., 179ff.

[51] Mit diesem Problem hat sich Mitteis schon in der Rezension von J. de Laplanche, La réserve coutumière dans l'ancien droit français, Paris 1925, ZRG GA 49, 1929, 654ff., 659ff. befaßt.

[52] Die germanischen Grundlagen des französischen Rechts, 187ff.

Parentelensystem schon von Heinrich Brunner in normannischen Quellen aufgefunden worden ist.[53]

Aus dem Gebiet des Vermögens- und Verkehrsrechts erwähnt Mitteis unter anderem, daß sich frühere Regalien neben dem zivilrechtlichen Eigentumssystem erhalten hätten, wie das Bergrecht und das Wasserrecht, ebenso wie in der deutschen Rechtsgeschichte.[54] Das französische Transkriptionssystem,[55] wonach neben dem Kauf als Vertrag, der zugleich das Eigentum überträgt, die Transkription gefordert wird, wird – ein ansprechender Gedanke – als den Funktionen von sala und investitura im mittelalterlichen Recht näherstehend als irgendein anderes modernes System angesehen. Schließlich weist Mitteis darauf hin, daß der germanistische Gehalt des Schuldrechts im Bereich der französischen Rechtsgeschichte noch nicht ausreichend untersucht sei.[56]

Warum hat sich Mitteis mit einem so ungewöhnlichen Thema befaßt? Über französische Rechtsgeschichte zu schreiben, hat ihm keine Mühe bereitet. Seit seinem Beaumanoir hatte sie ihn nicht mehr losgelassen. In der germanistischen Abteilung der Savigny-Zeitschrift war er seit den zwanziger Jahren der Dauerrezensent französischer rechtshistorischer Literatur.[57] Warum aber jetzt noch die Frage nach den germanischen Grundlagen, die besser in eine frühe Periode seines Schaffens gepaßt hätte? Mitteis begründet das ausführlich. Er sieht zwei Seiten, „eine zeitbedingte, auf die rechtspolitische Forderung des Augenblicks bezogene, und zugleich eine zeitlose Seite als Problem der wissenschaftlichen Forschung."[58] Den ersten Aspekt können wir vernachlässigen, da er von der damaligen politischen Lage – man schrieb das Jahr 1943 – ausging, in der, wie es unter anderem heißt, „Frankreich in ein ganz neues Verhältnis zum Großdeutschen Reich gebracht und eine bis vor kurzem für undenkbar gehaltene Interessengemeinschaft beider Nationen geschaffen hat". Immerhin: heute gibt es diese Interessengemeinschaft tatsächlich und die im gleichen Atemzug von Mitteis geforderte „Rechtsangleichung zwischen beiden Ländern und Völkern" ist nicht mehr aufzuhalten. Mitteis hoffte, mit dem Nachweis germanischer Grundlagen, gemeinsamer Grundlagen also, die Akzeptanz gegenüber der Übernahme auch französischer Lösungen in das deutsche Recht zu erleichtern.[59]

Die Kontinuitätsvorstellung, von der er hier expressis verbis ausgeht, ist für ihn zugleich die zweite, wie er es nennt, „zeitlose Seite als Problem der wissenschaftlichen Forschung".[60] Wer hier eine nähere Begründung erwartet, wird jedoch enttäuscht. Der weitaus größte Teil der folgenden Ausführungen besteht aus einem Überblick über die Beschäftigung der deutschen Literatur mit der französischen Rechtsgeschichte schlechthin sowie mit der Frage der germanischen Wurzeln des französischen Rechts im besonderen. Fündig wird Mitteis eigentlich nur bei einer kleinen Gruppe von Autoren, wie Schaeffner, Warnkönig, Lorenz von Stein, Heinrich Zoepfl, fast ausnahmslos also mit Publikationen aus den frühen vierziger Jahren des vorigen Jahrhunderts.[61] Ihnen ließen sich noch jene hinzugesellen, die sich in der vormärzlichen Diskussion um Schwur- und Friedensgerichte, also in den gleichen Jahren, auf außerdeutsche, englische

---

[53] a. a. O., 191.

[54] a. a. O., 194f.

[55] a. a. O., 195ff.

[56] a. a. O., 200ff.

[57] Ein Überblick in: Die Rechtsidee in der Geschichte, 726ff.

[58] Die germanischen Grundlagen des französischen Rechts, 137.

[59] Die Bewertung des nationalen Arguments in der Rechtsgeschichte der damaligen Zeit bei Marcel Senn, Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel. Ein Beitrag zur Wissenschaftstheorie und Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte, Zürich o. J. (1982), 47ff., erscheint allein schon deshalb einseitig.

[60] Die germanischen Grundlagen des französischen Rechts, 140.

[61] a. a. O., 141f.

und französische Vorbilder berufen, die dieselbe gemeinsame mittelalterliche Wurzel aufweisen, also politisch-romantische Reminiszenzen. Die übrige Zunft der Germanisten stand abseits. Das ist nicht verwunderlich, da ihr damals kaum daran liegen konnte, das spezifisch Deutsche ausgerechnet dadurch zu beweisen, daß es dasselbe auch einmal in Frankreich gegeben hat. So bleibt ihm nur die Nennung von Ausnahmeerscheinungen wie Heinrich Brunner[62] und Karl von Amira,[63] für die die nationalen Grenzen nie eine Rolle gespielt haben, oder die des Universaljuristen Josef Kohler,[64] der sich, wenn nötig, die historische Aufklärung selbst verschafft hat. Sie alle forderten die Beschäftigung mit der französischen Rechtsgeschichte, sei es, um das fränkische Recht besser zu verstehen, wie bei Brunner, oder wie bei v. Amira und Kohler, weil es sich beim französischen Recht um einen Zweig des germanischen handelt.

Noch weniger wird Mitteis bei der französischen Literatur fündig,[65] die damals germanisch-fränkische Wurzeln ignoriert oder gar geleugnet und allenfalls das Eigenständig-Gallische betont hat.[66] Er kritisiert die von der französischen Rechtsgeschichte seit der Revolution befolgte Methode, „die französische Rechtsentwicklung als eine durchaus autogene, streng nationale, rassisch nicht differenzierbare, in einheitlicher Linie verlaufende darzustellen".[67] „Dieses Prinzip der historischen Individuation, der Behandlung der Rechtsgeschichte nach politisch-dynamischen Gesichtspunkten" sei zwar dort begründet, wo es sich um „Rechtsinstitute in der eigentlich politischen Sphäre handelt".[68] Sie sei dort jedoch ungeeigent, wo „die Materie eine gewisse Stabilität, ein Beharrungsvermögen in sich selbst" trage wie etwa in der Familienverfassung, der Erbordnung oder dem Bodenrecht, die den „Schwankungen der politischen Dynamik" nur wenig ausgesetzt seien, weil sie der „Volksverfassung", nicht der „Staatsverfassung" angehörten.[69] Hier sei – nach wie vor – das „organisch-biogenetische Denken" der historischen Rechtsschule unentbehrlich.[70] Beide Sehweisen hätten ihr Recht und ihre Gefahr; die Gefahr bestehe vor allem in ihrer einseitigen, unterschiedslosen Verwendung.[71]

Diese Sätze sind das Kernstück der ganzen Abhandlung. Die Offenheit gegenüber unterschiedlichen Erklärungsmustern, die Mitteis hier fordert, ist eine Forderung an jede Rechtsgeschichte, auch an die deutsche.[72] Diese soll und darf national sein, ihr Interesse auf Phänomene richten, die an das Werden der eigenen Nation und Staatlichkeit gekettet sind, sie darf und soll aber auch diese Grenzen überschreiten. Diese Grenzüberschreitung ist es, die den französischen Historiker nicht nur zur keltischen, sondern auch zur fränkisch-germanischen Vergangenheit im Sinn der Kontinuität führen muß. Für den deutschen bedeutet dies freilich auch, das ist zugleich

---

[62] a. a. O., 143.

[63] a. a. O., 144.

[64] a. a. O., 145 Anm. 28.

[65] a. a. O., 145 ff.

[66] Heute ist das längst nicht mehr so. Vgl. nur Paul Ourliac, J. de Malafosse, Histoire du Droit privé, 3 Bde., 2 ed. Paris 1969 ff. wo das „ancien droit" die „époque franque" mitumfaßt. Die Verwertung der nichtfranzösischen Literatur ist beeindruckend.

[67] Die germanischen Grundlagen des französischen Rechts, 148.

[68] a. a. O., 149. Da hier eine Verknüpfung mit politischen Ereignissen und Bestrebungen vorliege, könnten diese nicht außer Betracht bleiben, weil es Rechtstatsachen seien. Daher müsse sich hier die Rechtsgeschichte Methoden und Ergebnisse der allgemeinen Geschichte zunutze machen, 149. Mitteis gibt den Angriffen Otto Brunners und Walter Schlesingers auf die Verfassungsgeschichte insoweit recht. 150, bes. Fn. 41.

[69] a. a. O., 149.

[70] a. a. O., 148.

[71] a. a. O., 149.

[72] Dies wird auch daran deutlich, daß diese wissenschaftstheoretische Einstellung eine Entgegnung auf die Attacken der Schule Otto Brunners gegen die Rechtsgeschichte ist, a. a. O., 149 f.

eine subtile Form des Mitteisschen Widerstands gegen die Monotonie der nationalsozialistischen Ideologie, daß er nicht nur die Kontinuität zum Germanischen zu beachten hat, sondern jede.

Deutlicher konnte dies Mitteis in dem Berliner Akademievortrag vom 23. Januar 1947[73] aussprechen, in dem er die Beschränkung der Germanistik auf die germanische Kontinuität als einseitig, ja verführerisch verurteilt[74] und zugleich fordert, daß „wir den Blick erheben über die nationalen Grenzen hinaus zur Gesamtschau des Rechtsgebäudes, das die mit uns in einer Kulturgemeinschaft verbundenen Nationen errichtet haben.[75]

## III.

Vor diesem Hintergrund des Mitteisschen privatrechtsgeschichtlichen Schaffens ist das seit 1950 erschienene „Deutsche Privatrecht" zu sehen, auch wenn der Autor mit einem solchen Titel ein besonderes, ja eigenartiges Thema anschlägt. Äußerlich rechtfertigt er zwar die besondere Abfassung damit, daß er das Privatrecht in der ein Jahr zuvor erschienenen „Deutschen Rechtsgeschichte" ausgespart habe.[76] Tatsächlich steht, was ihm auch bewußt war, die systematische Zusammenfassung eines historischen Rechtsstoffs unter dem Gesamttitel „Deutsches Privatrecht" in einer besonderen wissenschaftsgeschichtlichen Tradition.[77]

Lehrbücher, auch rechtshistorische, werden mit anderen Maßstäben gemessen als Monographien oder Aufsätze. Zwar gilt auch hier das Gebot der historischen Wahrheit, soweit es um die Einzelaussagen geht, aber diese können schon nicht so präzise sein, weil sie dem ebenso richtigen und beim Lehrbuch nötigen Prinzip der sogenannten „didaktischen Reduktion", der wohlwollenden Vereinfachung folgen müssen. Diese kann gelungen sein, und schließlich ist auch der Erfolg ein Kriterium, das sich ein Lehrbuch gefallen lassen muß. Das alles soll hier außer Betracht bleiben. Bei einem Lehrbuch mit dem Titel „Deutsches Privatrecht" genügt es vollauf, sich auf die Betrachtung seiner Konzeption zu beschränken. Es geht um die Rechtfertigung, weshalb ein Teilbereich des historischen Rechtsstoffs, nämlich das Privatrecht, separat und, obendrein, noch systematisch gegliedert dargestellt wird. Dies muß bei einem Lehrbuch nicht unbedingt nur sachlich, sondern kann auch pädagogisch begründet sein.

Inhaltlich gliedert sich das Buch neben dem historischen Überblick in einen kurzen Abschnitt über Grundbegriffe, dann Personenrecht einschließlich des Familienrechts, Vermögensrecht, das Sachen- und Schuldrecht umfaßt, und schließlich Erbrecht, also ein System, das den Pandektensystemen des 19. Jahrhunderts ähnelt, aber auch durch seine Anreicherung mit einem Allgemeinen Teil einerseits den Systemen des ausgehenden 18. Jahrhunderts und andererseits dem BGB vergleichbar ist. Auch inhaltlich geht es fast ausschließlich um Privatrecht im heutigen Sinn, öffentliches Recht kommt fast nicht vor. Die einzelnen Kapitel, wie zum Beispiel „Das Rechtsgeschäft", „Eheliches Güterrecht", „Abgeleiteter Eigentumserwerb" knüpfen terminologisch und inhaltlich an unser heutiges Zivilrechtssystem an. Ihr Aufbau folgt zwar keinem festen Schema, aber fast immer beginnen sie mit der Definition des Kernbegriffs, der dann ein Überblick über die historische Entwicklung von der fränkischen Zeit bis zum geltenden

---

[73] Die Rechtsgeschichte und das Problem der historischen Kontinuität (Abhandlungen der Deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin), 1947, Phil.-hist. Klasse Nr. 1, Berlin 1947.

[74] a. a. O., 11ff.

[75] a. a. O., 14.

[76] Eine kurze Würdigung im Rahmen des Mitteisschen Gesamtwerks bei Götz Landwehr, Heinrich Mitteis, in: Juristen im Portrait. Festschrift zum 225-jährigen Jubiläum des Verlags C. H. Beck, München 1988, 572ff., 580f.

[77] Vorzüglich immer noch Hans Thieme „Deutsches Privatrecht", in: HRG I, Sp. 702ff. Seit dem Zweiten Weltkrieg ist die wissenschaftsgeschichtliche Literatur zum Deutschen Privatrecht explosionsartig angewachsen.

Recht folgt. Oft ist dessen Lösung vorangestellt. Häufig wird auch kurz auf die Lösung des französischen und englischen Rechts hingewiesen, u. U. auch auf Einzelheiten aus der französischen und englischen Rechtsgeschichte des jeweiligen Instituts. Die Einflüsse des römisch-gemeinen Rechts werden vor allem in dessen neuzeitlicher Wirkung berücksichtigt. Das Schwergewicht liegt jedoch auf den deutschrechtlichen Elementen, und diesen gilt auch unübersehbar die Sympathie des Autors. Daß das Ganze schwungvoll dargestellt, glänzend geschrieben ist und oft elegante Formulierungen gelungen sind, ist bei einem Autor wie Mitteis schon selbstverständlich.

Die Konzeption wird ausführlich dargelegt.[78] Als erste Aufgabe, „Hauptzweck" nennt Mitteis die Darstellung der Geschichte des Privatrechts vom Ausgang der Antike bis zur Gegenwart. Dabei soll das deutsche Recht „im Vordergrund" stehen. Der Hintergrund: das Lehrbuch soll „auch die germanischen Grundlagen der europäischen Rechtsentwicklung" miteinbeziehen. Da das Recht eine Kulturerscheinung sei, sei seine Entwicklung nur im Kontext der Gesamtgeschichte verständlich. Mitteis verweist auf den besonderen Bildungswert der Einsicht in die Großleistungen der europäischen Nationen beim Aufbau ihres Privatrechts.

Der zweite Zweck des Lehrbuchs bezieht sich auf das geltende Recht. Privatrechtsgeschichte soll zugleich eine „deutsche Rechtslehre" sein. Das historische Denken kläre und fördere nicht nur die Bildung der Rechtsbegriffe, sondern lehre sie als Ausdruck sozialer und ethischer Werte verstehen. Die Rechtsgeschichte führe auch weiter zur Rechtspolitik. Neues könne sinnvoll nur aus organischer Fortbildung überlieferter Elemente entstehen. Und schließlich fordere die Rechtsgeschichte als Ergänzung die Rechtsvergleichung, weil die europäischen Nationen ihr Recht in lebendiger Wechselwirkung entfaltet hätten.

Um Mitteis' eigenen Beitrag zu dieser Konzeption ermitteln zu können, ist es notwendig, sie mit der seiner Zeitgenossen zu vergleichen.

Hans Schlosser hat sich in einer 1979 erschienenen anregenden Studie mit dem Titel „Das ‚wissenschaftliche Prinzip' der germanistischen Privatrechtssysteme"[79] auch mit den Privatrechtssystemen seit der Jahrhundertwende bis hin zu dem Mitteisschen Buch beschäftigt. Dabei charakterisiert er dieses als „die neueste, wenn auch nicht unbedingt zugleich modernste Darstellung des Deutschen Privatrechts". In dem hier näher in Augenschein zu nehmenden ersten Kapitel seien „es auch dieses Mal wieder altvertraute Programme und Topoi von inzwischen verbrauchter Wirkungskraft und verschlissener Aktualität", „so etwa die rechtspolitische Idee von einer erst zu erstellenden universellen ‚deutschen Rechtslehre', die Belehrung über den Wert historischen Denkens als Prophylaxe gegenüber blinder Begriffsjurisprudenz, die Ermahnung zu sozialer und ethischer Betrachtung der Rechtsbegriffe sowie schließlich der Ausblick auf die historische Privatrechtsvergleichung als Vorbedingung einer künftigen Rechtseinheit, dieses Mal der Kontinente".[80] Schlosser reiht hier Mitteis in eine seiner Ansicht nach weitgehend homogene Gruppe von Autoren ein, die „am Vorabend des BGB" mit Otto von Gierke beginnt und deren Bemühen darin bestanden haben soll, „den Weg in die rechtspolitische Bedeutungslosigkeit der antiquarisierenden Rechtsgeschichte in seiner Richtung doch noch zu verändern".[81] Schlosser geht es in erster Linie um eine Bewertung, wobei für ihn zwei Maßstäbe gelten, einmal das „wissenschaftliche Prinzip" des gemeinen deutschen Privatrechts vor allem bei Carl

---

[78] Deutsches Privatrecht, 1ff.

[79] In: Beiträge zur Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für Hermann Conrad, hrsg. v. G. Kleinheyer und Paul Mikat, Paderborn, München, Wien, Zürich 1979, 491ff.

[80] a. a. O., 511f.

[81] a. a. O., 508.

Friedrich Gerber,[82] zum anderen die These von der Untauglichkeit der deutschrechtlichen Quellen für eine Sytemgewinnung,[83] die er durch seine Untersuchung als bewiesen erachtet.

Abgesehen davon, daß für ein derartiges Urteil die Beschränkung auf eine programmatische Einleitung von zwei Seiten bedenklich erscheint, sind die Schlußfolgerungen Schlossers für die Frage, wie das Mitteissche Buch in seine unmittelbare Umgebung einzuordnen ist, weniger aussagekräftig, zumal in seiner Studie nur ein Aspekt, der, den Mitteis als zweiten Zweck bezeichnet, beachtet wird.

In der unmittelbaren Umgebung des Mitteisschen Kurzlehrbuchs gibt es, soweit es um das Deutsche Privatrecht einerseits und die unmittelbare Nachkriegszeit andererseits geht, eigentlich nur ein Vergleichsobjekt, die „Grundzüge des deutschen Privatrechts" von Hans Planitz, erschienen 1949 in 3. Auflage.[84] Und nun die Überraschung: Mitteis' Konzeption erscheint auf den ersten Blick nur als eine andere Formulierung der Planitzschen Einleitung. Auch Planitz will die Grundgedanken des germanischen Privatrechts in den Mittelpunkt stellen, gleichzeitig aber für die Kenntnis der dem „gleichen Mutterschoß des germanischen Rechts entstammenden europäischen Rechte" den Grund legen. Auch ihm geht es um den historischen Nachweis der Bildung der deutschen Rechtsbegriffe. Auch er versteht das Recht als Kulturerscheinung und will die Rechtsgeschichte als Bestandteil der nationalen Entwicklung sehen. Das deutsche Privatrecht solle durch die Einbeziehung der ausländischen Rechte auch der Rechtsvergleichung dienen und damit zugleich die Kenntnis des eigenen Rechts vertiefen. Und schließlich: das deutsche Privatrecht diene auch der Rechtspolitik.[85]

Auch wenn die Darlegung bei Mitteis stärker gegliedert ist und vor allem die Doppelfunktion einerseits historisch – andererseits dogmatisch-pädagogisch deutlicher macht, sich auch bei näherem Hinsehen in einzelnen Punkten von der Planitz' abhebt – darauf ist noch einzugehen –, bleibt es jedoch bei einer beträchtlichen Identität. Verfolgt man dieser Spur weiter, so stellt man fest, daß Planitz bereits in einer 1. Auflage 1925[86] wortwörtlich die gleiche Konzeption vertreten hat. Aber auch dies hatte ihr Umfeld und ihre Vorgeschichte.

Die – jedenfalls hier – offenkundige enge Verbindung der Germanistik der frühen fünfziger mit der der zwanziger Jahre macht es nicht nur nötig, sich mit dieser näher zu befassen; sie erinnert zugleich daran, daß das Deutsche Privatrecht auf eine wissenschaftsgeschichtliche Tradition zurückblickt, über die wir, soweit es ihre Anfänge im achtzehnten Jahrhundert und ihre Weiterentwicklung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts betrifft, mehr wissen als über ihr späteres Aussehen.[87] Für unseren Zusammenhang ist davon wichtig, daß das Ius privatum germanicum ursprünglich eine, so kann man sagen, dogmatische, keine historische Fachrichtung war. Ziel war die Ermittlung eines gemeinen deutschen Privatrechts, das ebenso wie das römisch-gemeine Recht die subsidiäre Anwendung als positives Recht beanspruchte. Historisch war allein – aber nicht immer – die Methode der Quellenermittlung, besser: des Normenbewei-

---

[82] a. a. O., 495 ff., 506.

[83] a. a. O., 504.

[84] Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 3. umgearb. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949. Von den „Institutionen des Deutschen Privatrechts" K. Haffs ist nach dem Zweiten Weltkrieg nur der 2. Bd. in 2. Aufl. erschienen, vgl. unten Fn. 121.

[85] a. a. O., 1 f.

[86] Grundzüge des Deutschen Privatrechts. Nebst Quellenanhang, Berlin 1925.

[87] Wegweisend vor allem K. Luig, Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht, in: Jus Commune I, 1967, 195 ff., ds., Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert, in: Jus Commune III, 1970, 78 ff. einerseits und K. Kroeschell, Zielsetzung und Arbeitsweise der Wissenschaft vom gemeinen deutschen Privatrecht, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jh., hrsg. v. H. Coing und W. Wilhelm I, 1974, 249 ff., andererseits.

ses. Eine wirkliche Konkurrenzsituation zwischen den beiden Gemeinrechtssystemen hat weder im 18. noch im 19. Jahrhundert bestanden; sie haben sich ergänzt.[88] Während das klassische bürgerliche Recht dem römisch-gemeinen Recht vorbehalten war,[89] war praktisch alles übrige, wie etwa das Handels-, Gewerbe- oder Bergrecht die Domäne des Deutschen Privatrechts.[90] Wissenschaftlich betrieben wurde es vom gleichen Personenkreis, der auch die Deutsche Rechtsgeschichte vertrat, den Germanisten. Neue Bereiche, wie etwa das Fabrikenrecht, haben anfangs nur hier ihre systematische Heimstatt gefunden.[91] Wenn sich im 19. Jahrhundert die Rechtsprechung nicht einhellig zu einer Anerkennung der Sätze des Deutschen Privatrechts als positives Recht bekannt hat, dann muß dies deshalb nicht, wie Mitteis andeutet,[92] auf die Dominanz der Pandektistik zurückzuführen sein, sondern ist – einfacher – mit einer funktionierenden Justiz erklärbar.

Mit der Kodifikationswelle, die seit der Bismarckschen Reichsgründung anrollt, änderte sich das. Seit dem Inkrafttreten des BGB, so stellt Rudolf Hübner in seinen 1908 erstmals erschienenen „Grundzügen des Deutschen Privatrechts" erleichtert fest, „brauchen wir uns heute nicht mehr abzumühen, die Positivität des deutschen Privatrechts zu begründen ... Unser bürgerliches Recht ist das heutige positive deutsche Privatrecht und die Wissenschaft des bürgerlichen Rechts unsere heutige gemeinrechtliche positiv-dogmatische Wissenschaft". Die Wissenschaft des Deutschen Privatrechts habe demgegenüber eine propädeutische Aufgabe, nämlich „die deutschrechtliche Einleitung in unser bürgerliches Recht". Demzufolge sei die Aufgabe der Wissenschaft des Deutschen Privatrechts eine rein geschichtliche.[93] Daß die Rechtsgeschichte nur noch propädeutischen Charakter hat, hatte schon die Studienreform des Jahres 1897 im Vorgriff auf die neue Kodifikation ausdrücklich betont.[94] Für Hübner war das die Befreiung von einer Last.

Ganz anders reagiert – zunächst jedenfalls – Otto von Gierke. Er unternimmt es von 1895 an, trotz des fast schon fertigen Bürgerlichen Gesetzbuchs diesem das System eines lebendigen deutschen Privatrechts entgegenzustellen. Dabei geht es ihm nicht nur darum, dessen deutschrechtliche Wurzeln hervorzuheben, sondern: „Der Kampf für deutsches Recht kann und wird nicht ruhen, solange es ein deutsches Volk gibt. Hat das Corpus juris das deutsche Recht nicht zu ertödten vermocht, so wird auch ein bürgerliches Gesetzbuch es nicht tödtlich verwunden können. ... Aufgabe der germanistischen Rechtswissenschaft wird somit durch kein wie immer beschaffenes Zukunftsrecht erledigt werden. ... Und niemals wird sie aufhören dürfen, daran zu arbeiten, daß unser Recht, wo es nicht deutsch ist, deutsch werde."[95] Auch für Gierke ist die Aufgabe, die Positivität des deutschen Rechts zu begründen, weggefallen, aber er bleibt auch

---

[88] Die noch von Mitteis, Die Rechtsgeschichte und das Problem der historischen Kontinuität, 9, geteilte ältere Ansicht (Nachweise ebenda) wird heute nicht mehr vertreten.

[89] Für das Familien- und Erbrecht gilt das freilich nur sehr eingeschränkt.

[90] Karl Friedrich Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehensrechts, 5. Ausgabe, Göttingen 1845, §§ 267ff. und 386ff.; C. J. A. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Seerechts, 1. Band, 7. Auflage, Regensburg 1847, § 200ff., 2. Band, §§ 502–576; Justus Friedrich Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 3. Auflage, Göttingen 1801, §§ 161ff.; Romeo Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts, Bonn 1832, 1. Abteilung, §§ 229ff., 2. Abteilung, §§ 626ff.

[91] Georg Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 3. Band, Berlin 1855, § 211 („Von den Fabriken"); C. J. A. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Seerechts, 2. Band, 7. Auflage, Regensburg 1847, § 534 („Fabriken").

[92] Die Rechtsgeschichte und das Problem der historischen Kontinuität, 10.

[93] Rudolf Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Leipzig 1912, 34.

[94] Hierzu E. Heymann, Rechtslehre und Rechtsgeschichte, in: Festgabe für O. Liebmann, Berlin 1920, 297ff., 301.

[95] Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, 1. Bd., Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, VIf.

angesichts des neuen Rechts bei der Forderung, das deutsche Privatrecht durchzusetzen. Das System des deutschen Privatrechts ist für ihn die Begründung eines rechtspolitischen Programms. In seinen „Grundzügen des deutschen Privatrechts“[96] hält sich Gierke angesichts des inzwischen in Kraft getretenen BGB schon mehr zurück. Dem deutschen Privatrecht liege „nunmehr die bescheidenere, jedoch höchst bedeutungsvolle Aufgabe ob, die germanischen Grundbestandteile unseres bürgerlichen Rechts aufzuzeigen, sie auf ihre geschichtlichen Grundlagen zurückzuführen und die in ihnen lebendigen nationalen Rechtsgedanken zu entfalten.[97] Immerhin: der „reiche deutschrechtliche Gehalt“ des geltenden bürgerlichen Rechts soll „unverkümmert in das Leben eingeführt und sein Verwachsen mit dem deutschen Volksgeist gesichert werden.[98]

Als die Germanisten nach dem Ende des Ersten Weltkrieges daran gingen, sich mit diesen widerstreitenden Konzeptionen auseinanderzusetzen – es handelte sich auch darum, die Vorlesung „Deutsches Privatrecht“ mit geeignetem Lehrmaterial zu bedienen –, befand sich das Fach Rechtsgeschichte in einer ernsten Krise. Man sah sich von Gegnern umringt, die vor allem den rechtsgeschichtlichen Unterricht einschränken, wenn nicht gar abschaffen wollten. Maßgebliche Fachvertreter wie Ernst Heymann[99] und Rudolf Hübner[100] führten beredte Klage darüber. Zu älteren Gegnern, von denen der Freirechtler Ernst Fuchs namhaft gemacht wird (Heymann),[101] gesellten sich jetzt, seit dem Zusammenbruch des Kaiserreichs, solche anderer Provenienz, vom Format eines Hugo Sinzheimer, der die rechtshistorische Ausbildung als „die große Krankheit“ diagnostizierte,[102] oder eines Gustav Radbruch, der als Justizminister eine Reduzierung der Rechtsgeschichte im akademischen Unterricht guthieß.[103] Das Ausmaß der damaligen Ungewißheit wird daran deutlich, daß die Frage des „Werts und der Bedeutung“ der rechtsgeschichtlichen Universitätsausbildung, wie Hübner sagt, „unendlich oft in Büchern und Broschüren, in der Presse und in Denkschriften, auf amtlichen Konferenzen, in den Ministerien und in den Parlamenten, auf Richter-, Anwalts-, Beamten-, Sachverständigentagen“ behandelt wurde.[104] Das Problem war nicht auf das Deutsche Reich beschränkt.[105]

Die Rechtsgeschichte befand sich, jedenfalls als akademisches Lehrfach, in der Defensive und stand unter einem Rechtfertigungsdruck,[106] der mit innerer Unsicherheit, also wissenschaftstheoretischen Kontroversen oder gar einem Insuffizienzgefühl nichts zu tun hatte.[107] So aufklärungsbedürftig uns heute die damalige Lage des Fachs erscheint,[108] so sicher ist jedenfalls, daß man der Meinung war, die Daseinsberechtigung sowohl der Vorlesung als auch des Forschungsgegenstands „Deutsches Privatrecht“ als Teil der germanistischen Disziplin darlegen zu müssen.

Heinrich Mitteis hat sich schon 1920 in einer kurzen Notiz[109] dazu geäußert. Anknüpfend an

---

[96] In F. v. Holtzendorff-J. Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, 6. Aufl., Bd. 1, Leipzig, Berlin 1904, 431ff.

[97] a. a. O., 434.

[98] Ebenda.

[99] Rechtslehre und Rechtsgeschichte, 297ff.

[100] Wert und Bedeutung der Vorlesung über deutsche Rechtsgeschichte. Akademische Antrittsrede, Leipzig/Erlangen o. J. (1922), 10ff.

[101] Rechtslehre und Rechtsgeschichte, 297.

[102] Hübner, Wert und Bedeutung, 10.

[103] a. a. O., 11.

[104] a. a. O., 8.

[105] Paul Mutzner, Vom Wert der Rechtsgeschichte. Akademische Antrittsrede, Zürich 1919.

[106] So auch Marcel Senn (wie Anm. 59), 46.

[107] Senn, a. a. O., sieht hier wohl einen Zusammenhang.

[108] Die Arbeit von Senn konzentriert sich mehr auf die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg.

[109] Zur Zukunft des „Deutschen Privatrechts“, in: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1920, Sp. 283f.

die Frage, wie der junge Jurist am besten „in das wirtschaftliche und soziale Denken unserer Zeit" eingeführt werden könne, schlägt er den Ausbau der Vorlesung über deutsches Privatrecht vor. Da große Teile des modernen Rechts außerhalb des BGB stünden und im juristischen Lehrplan nicht vertreten seien, erfahre der Studierende in der Regel so gut wie nichts vom sozialen Arbeitsrecht, von den Fortschritten des Industrierechts, vom Versicherungsrecht, dem Urheber- und Patentrecht, der Bodenreform oder dem Kreditwesen. Durch Hinzunahme des Wechsel- und Wertpapierrechts sowie des Genossenschaftsrechts könne zugleich die Handelsrechtsvorlesung entlastet werden. Der Industrie und dem Handel sei dieses Versagen der juristischen Ausbildung „gegenüber den brennendsten Forderungen des Tages" völlig unverständlich. Umgekehrt sei die Verweisung in Spezialvorlesungen nicht zu empfehlen. Der Weg zur Besserung sei in der Ausgestaltung der oft ungerecht beurteilten Vorlesung über Deutsches Privatrecht zu einem „System des modernen deutschen Privatrechts" zu finden. Damit würde der bisher – so meint er – überwiegend historischen Vorlesung „eine ganz neue Aufgabe von grundlegendster Wichtigkeit gestellt". Wie nirgends fände sich hier Gelegenheit, auf die Zusammenhänge zwischen Wirtschaft und Recht hinzuweisen, in das rechts- und wirtschaftspolitische Verständnis der Gegenwart einzuführen. Die historische Grundlegung dürfte dann freilich unter keinen Umständen fallen gelassen werden. Sie sei am natürlichsten mit der deutschen Rechtsgeschichte zu verbinden.

Mitteis wollte damit – im Gegensatz zu Hübner und Gierke – eine Tradition fortsetzen, die bis zu den Anfängen der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht zurückreicht. In der Tat: Setzt man das BGB an die Stelle des bürgerlichrechtlichen Kernbereichs des römisch-gemeinen Rechts und schlägt das übrige Privatrecht dem deutschen Privatrecht zu, so wäre das historisch begründet und auch didaktisch grundsätzlich vertretbar. Ganz ähnlich argumentierte im gleichen Jahr Ernst Heymann, der eine vierstündige Vorlesung über „Deutsches Privatrecht" nicht für ausreichend hielt, weil dort auch die Grundlagen des Bergrechts, Wasserrechts, Jagdrechts, des ländlichen Güterrechts und des Siedlungswesens einbezogen werden müßten,[110] weswegen es sich hier ebenso wie beim römischen Privatrecht eigentlich um keine historische, sondern eine dogmatisch-propädeutische Vorlesung handele.[111]

Aber solche Vorschläge waren wohl angesichts des damals immer mehr anschwellenden Stoffs und der damit notwendigen Spezialisierung nicht mehr durchführbar, vielleicht auch, weil die Germanisten nicht bereit waren, eine solche dogmatische Aufgabe zu übernehmen, wenn sie sich nicht ohnehin, wie etwa Julius von Gierke, ganz für das geltende Recht, insbesondere das Handelsrecht, entschieden hatten. Jedenfalls: die meisten von ihnen, denen es um das Selbstverständnis des Fachs ging, waren anderer Meinung. Claudius Freiherr von Schwerin, Ernst Freiherr von Schwind, Hans Schreuer, Karl Haff und schließlich auch Hans Planitz, sie alle entschieden sich für ein Deutsches Privatrecht, das gerade nicht identisch mit dem geltenden Privatrecht ist. Es blieb für sie eine Domäne der historischen Germanistik, allerdings mit ganz unterschiedlichem Anspruch. Auf sie einzugehen ist zum besseren Verständnis der Planitzschen und damit der späteren Mitteisschen Position notwendig. Wir müssen uns dabei auf die programmatischen Äußerungen dieser Autoren in den Vorworten und Einleitungen ihrer Lehrbücher beschränken.[112]

---

[110] Rechtslehre und Rechtsgeschichte, 305.

[111] a. a. O., 307.

[112] Angesichts der spärlichen wissenschaftstheoretischen Äußerungen zur Rechtsgeschichte aus jener Zeit (eine Zusammenstellung bei Senn, XIf.) sind diese Vorworte und Einleitungen für den Teilbereich des Deutschen Privatrechts nahezu die einzige einschlägige Quelle. Die Vorbehalte Senns, a. a. O. (41) gegen solche Einleitungen kann man nur teilen, wenn man sie für unaufrichtig hält.

Am deutlichsten knüpfen die 1919 erschienenen „Grundzüge des deutschen Privatrechts“[113] Claudius von Schwerins an die Positionen der Jahrhundertwende an. Von den seiner Ansicht nach möglichen „Begriffen“ des deutschen Privatrechts – „das vor 1900 in Deutschland geltende Privatrecht“, „der Teil dieses Rechtsstoffs, der aus deutschrechtlichen Wurzeln entsprungen ist und sich daher als die Weiterbildung von Rechtssätzen darstellt, die vor der im ausgehenden Mittelalter erfolgten Rezeption des römischen Rechts in Deutschland gegolten haben“ oder „das zur Zeit in Deutschland geltende Privatrecht“ – sei keiner heutzutage als Grundlage des akademischen Unterrichts über deutsches Privatrecht ohne wesentliche Änderung verwendbar. Das geltende Privatrecht werde in anderen Vorlesungen behandelt und die Kenntnis des vor 1900 geltenden Privatrechts verliere an praktischer Bedeutung. Die Lehre vom deutschen Privatrecht müsse von der Tatsache ausgehen, „daß ihr Stoff heute geschichtlich ist im Sinne des Vergangenen“. Daraus ergebe sich, daß das deutsche Privatrecht als Gegenstand des akademischen Unterrichts „nur dann von Wert sein“ könne, „wenn es mit dem geltenden Recht in Beziehung gesetzt“ werde und in dieses „von der deutschrechtlichen Seite her“ einführe. Der Anteil des deutschen Rechts könne am ehesten dadurch aufgezeigt werden, daß dieses auf seinem „Höhepunkt“ also in seiner mittelalterlichen Ausgestaltung darzustellen sei – und von da aus bis zur Gegenwart.

Damit schließt sich v. Schwerin zwar grundsätzlich Hübner an, aber was bei diesem noch bloßer propädeutischer Wert einer historischen Variante des deutschen Privatrechts war, wird hier überspitzt zum einzigen Wert gemacht und damit – jedenfalls für einen Teil des herkömmlichen Lehrstoffs – der Germanistik eine dienende Rolle zugewiesen. Eine solche Reduktion hat Hübner in einer späteren Auflage seiner „Grundzüge“ ausdrücklich verworfen: „Die Tätigkeit des Rechtshistorikers bedarf keiner Entschuldigung oder Rechtfertigung aus dem geltenden Recht“.[114] Wie weit diese dienende Rolle für v. Schwerin gehen soll, wird alsbald deutlich, wenn er bei der für die Germanistik so gewichtigen Frage der Trennbarkeit von öffentlichem und privatem Recht betont, daß daraus resultierende Bedenken eben wegen der einführenden Funktion des deutschen Privatrechts hintanzustellen seien. Was Stoff des deutschen Privatrechts sei, werde durch die heutige Definition des Privatrechts durch Gesetzgebung und Wissenschaft „vorgeschrieben“.[115]

Ähnlich, wenn auch mit mehr Zurückhaltung, argumentiert v. Schwind: Bis zur Rezeption sei eine Trennung von öffentlichem und privatem Recht überhaupt unmöglich, ebensowenig wie es ein einheitliches deutsches Privatrecht je gegeben habe. Wenn er sich trotzdem zu einem Vorlesungsgrundriß mit diesem Titel entschließe, dann – wie er bekennt – zu pädagogischen Zwecken.[116]

Anders Hans Schreuer. Auch sein 1921 erschienenes „Deutsches Privatrecht“[117] versteht sich, wie schon der Untertitel verrät, als „Einführung in das geltende bürgerliche Recht“. Aber in einem anderen Sinn: die Wissenschaft des deutschen Privatrechts sei „nicht Rechtsgeschichte, die den Gesamtverlauf der Rechtsentwicklung zu schildern hat, sondern sog. ‚Dogmatik‘ des geltenden Rechts; besser Systematik, welche das lebende Recht des Tages nach seinen inneren Zusammenhängen in systematischem, logischem Aufbau darzustellen hat“. Da wie alle Kultur auch das Privatrecht im Fluß der Geschichte stehe, könne die Gegenwart nur verstehen, wer die

---

[113] Grundzüge des deutschen Privatrechts, Berlin und Leipzig 1919.

[114] Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl., Leipzig 1930, 44f.

[115] a. a. O., 2f.

[116] Deutsches Privatrecht. Ein Grundriß zu Vorlesungen und ein Lehrbuch für Studierende, Wien und Leipzig 1921, 2ff.

[117] Deutsches Privatrecht. Einführung in das geltende bürgerliche Recht mit rechtsvergleichenden Ausblicken, Stuttgart 1921.

Entwicklung überschaue, und nur so könne man sich auch ein Werturteil bilden, „um zukunftbauend einzugreifen". Die wissenschaftliche Pflege des deutschen Privatrechts erfordere daher „eine lebendige Vertiefung der Dogmatik durch historische Perspektive, eine durch geschichtliche Erfahrung geklärte Kritik und daraufhin die Aufstellung eines Programms für die Fortbildung des Rechts (Rechtspolitik)".[118] Die Rechtsgeschichte ist zwar auch nur Mittel zum Zweck, aber dieser ist erweitert und zielt auf Kritik des geltenden Rechts wie auf dessen Fortbildung. Hier wird die Gierkesche Position aufgenommen, auch in der Frontstellung gegenüber dem römischen Recht, wobei als Gewährsmann für das Urteil, im römischen Recht stecke eine „soziale Gefahr", Ludwig Mitteis bemüht wird.[119] Daß Schreuer, wie im Untertitel vermerkt, „rechtsvergleichende Ausblicke" bietet, steht mit der Aussage „unser lebendiges Recht ist deutsch" nicht in Widerspruch. Nur im Vergleich mit dem Auslandsrecht könne „die überwältigende Macht unserer germanischen Rechtsideen zum Bewußtsein gebracht werden".[120]

Fast die gleiche Grundposition nahm einige Jahre später Karl Haff mit seinen 1927 erschienenen „Institutionen des Deutschen Privatrechts auf rechtsvergleichender und soziologischer Grundlage zugleich Einführung in das bürgerliche Recht"[121] ein, nur daß er eine breitere, modernere Fundierung versuchte. Die von ihm beabsichtigte „soziologische" Betrachtung des deutschen Privatrechts soll die „Wirkungen germanisch-deutscher Rechtsgedanken auf das geltende Zivilrecht" unterstreichen und zeigen, „wie in der deutschen, schweizerischen, österreichischen und französischen Gesellschaft die germanischen Rechtsformen trotz fremder Einflüsse sich noch im modernen Zivilrechte zäh und keimvoll erhalten haben". Die „Volkspsyche" habe in diesen Ländern an den „schon von den Vorfahren erprobten Ordnungen festgehalten und eine merkwürdige Abneigung gegenüber den nicht auf Heimatboden gewachsenen, in ihrer Tragweite nicht zu ermessenden Rechtsnormen des römischen Kulturkreises an den Tag gelegt".[122] Aus der „Einstellung auf die Gegenwart und Zukunft germanischer Rechtsbildung" ergebe sich, daß nur „diejenigen Gebilde, welche bleibende Wirkungskraft für die gegenwärtige Gesellschaft besitzen", als „Hauptgegenstand eines modern gerichteten germanisch-deutschen Privatrechts anzuerkennen" seien. Alles andere, eben die „einmalig auftauchenden und wieder verschwindenden Rechtsformen" gehörten in die Rechtsgeschichte. Daher müsse auch „eine eingehendere... Privatrechtsgeschichte, wie sie in den mehr historisch aufgebauten Lehrbüchern" Andreas Heuslers und Rudolf Hübners zu finden sei, „wenn auch ungern, vermieden werden".[123] Die Arbeit des Germanisten unter dem Etikett „Deutsches Privatrecht" ist für Haff keine historische, sondern eine „empirische Betrachtung des Rechtslebens",[124] die er der empirischen Rechtssoziologie zuordnet. Es geht ihm zugleich um die rechtspsychologische Aufdekkung von „Erfahrungstypen deutschen Rechtslebens",[125] beides Ansätze, die in dem seitdem vergangenen halben Jahrhundert zu Unrecht nicht beachtet worden sind, hier aber nicht weiter verfolgt werden können. Und in der Rechtsvergleichung sieht Haff in erster Linie eine für dieses Vorhaben unentbehrliche Methode, die ermögliche, aus der Masse des Stoffs das Wesentliche herauszuschälen.[126]

---

[118] a. a. O., 1.

[119] a. a. O., Vorwort VI.

[120] a. a. O., Vorwort Vf.

[121] Bd. 1. Personen- und Sachenrecht, Stuttgart 1927. Bd. 2 Familienrecht. Zugleich ein Beitrag zur dt.-nord. Rechtsangleichung, 1. Auflage, Stuttgart 1934; 2. Auflage: Familienrecht einschließlich des Ehegesetzes vom 20. II. 1946, Stuttgart 1947.

[122] a. a. O., Bd. 1, Vorwort VII.

[123] a. a. O., Bd. 1, Vorwort VII.

[124] a. a. O., Bd. 1, 6.

[125] a. a. O., Bd. 1, 7.

[126] a. a. O., Bd. 1, Vorwort VII, 4f.

Schon bei oberflächlicher Betrachtung zeigt sich, daß sich in den zwanziger Jahren die alte Kontroverse, ob man das Deutsche Privatrecht als bloßen Ausschnitt der Rechtsgeschichte ansieht, oder ob man damit mehr oder gar etwas anderes beabsichtigt, nicht nur erhalten, sondern sogar zugespitzt hat. Die für alle diese Lehrbücher geltende stärkere Betonung des Pädagogischen bewegt sich zwischen bloßer Propädeutik (v. Schwerin, v. Schwind) und ehrgeizigeren, aktuelle Tendenzen aufgreifenden Zielsetzungen (Schreuer, Haff). Die neuerdings ins Blickfeld gerückte Wirkung Otto von Gierkes auf die rechtspolitische Vorstellungswelt der Juristen der Weimarer Republik[127] zog auch manche seiner engeren Fachgenossen in ihren Bann, wenn diese seine Ideologie des Deutschen Privatrechts zum rechtspolitischen Programm stilisierten, sei es eher naiv-unvermittelt wie bei Schreuer oder mit rechtstheoretischem Aufwand wie bei Haff. Das gleiche gilt für die Inanspruchnahme der Rechtsvergleichung, deren Gewicht nach Kriegsende aus hochpolitischem Anlaß zugenommen[128] und zu wissenschaftspolitischen Folgen geführt hatte; 1924 wurde das Institut für Rechtsvergleichung unter der Leitung von Ernst Rabel gegründet, zwei Jahre später das Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Berlin.[129] Es gibt hier aber auch eine weder in ihren Ursprüngen, noch ihrem Umfang und ihren Wirkungen näher untersuchte spezifische, wohl genuin rechtsgeschichtliche Strömung, die von der Notwendigkeit vergleichender rechtsgeschichtlicher Forschung ausgeht (P. Mutzner, E. Heymann, R. Hübner)[130] und dies auch schon an extremen Beispielen (Koschaker, Fehr)[131] praktiziert hat.

Innerhalb dieses Meinungsspektrums kann die Position Planitz' als ein Kompromiß zwischen der von Hübner und Gierke vertretenen Einordung des Deutschen Privatrechts bezeichnet werden. Planitz sieht einerseits wie von Schwerin den Schwerpunkt im mittelalterlichen Recht auch in dessen Bezogenheit auf das Recht der Gegenwart, aber diese ist nicht so extrem formuliert. Das Deutsche Privatrecht wird nicht ganz in den Dienst des geltenden Rechts gestellt. Andererseits verfolgt Planitz wie Schreuer und Haff weitere Ziele, wenn auch mit „milderen" Begründungen. Die Rechtsvergleichung soll der Vertiefung der Kenntnis des eigenen Rechts dienen. Auch die Bedeutung des Deutschen Privatrechts für die Rechtspolitik wird nicht näher definiert. Sie wird vor allem nicht selbst zum Programm des germanischen Rechts. Dieses bleibt bloßes Idol. Neu ist die Betonung des europäischen Aspekts, ohne daß hier Näheres ausgeführt wird.[132] Letzten Endes vertritt Planitz eher als alle anderen Lehrbuchautoren doch den Schwerpunkt des Historischen.

Daß sich Mitteis im Jahre 1950 stark an die Planitzsche Position anschloß, war zweifellos eine für ihn aktuelle Entscheidung. Man muß aber davon ausgehen, daß er diese schon früher akzeptiert hatte. Er hatte das Planitzsche Programm sogar schon gekannt, bevor es erschien. Im Vorwort zur ersten Auflage bedankt sich Planitz bei seinem Freund Heinrich Mitteis für das Mitlesen der Korrekturen, zugleich aber auch für dessen wertvolle Ratschläge. Beide waren nicht nur einige Jahre an der Kölner Fakultät zusammen gewesen, sondern der junge Mitteis hatte seinerzeit – wie Hans Kreller berichtet – bei dem nur sieben Jahre älteren Planitz die Kunst

---

[127] Vgl. K. W. Nörr, Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik, Tübingen o. J. (1988), 32ff. Dort auch der Hinweis auf G. Dilcher, Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein ‚Juristensozialismus' Otto v. Gierkes, in: Quaderni Fiorentini 3–4, 1974/75, 319–65.

[128] a. a. O. Nörr, 102 mit weiteren Nachweisen.

[129] L. J. Constantinesco, Rechtsvergleichung, Bd. 1, Köln-Berlin-Bonn-München, 181f. mit weiteren Nachweisen.

[130] Paul Mutzner, Vom Wert der Rechtsgeschichte, 14; Ernst Heymann, Rechtslehre und Rechtsgeschichte, 306; R. Hübner, Wert und Bedeutung, 31ff.

[131] Hans Fehr, Hammurapi und das salische Recht, Eine Rechtsvergleichung, Bonn 1910; Paul Koschaker, Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis, Königs von Babylon, Leipzig 1917.

[132] So aber schon deutlich 1922 Hübner, Wert und Bedeutung, 31ff.

der Exegese erlernt.[133] Wenn Hermann Conrad in seinem Nachruf auf Hans Planitz betont, wie sehr sich dieser in seinen Zielsetzungen mit denen Heinrich Mitteis' berührt habe, so gilt dies auch und gerade für das Verständnis, wie deutsche Privatrechtsgeschichte betrieben werden muß.[134] Mitteis' Lebenswerk beweist, daß er unter Verzicht auf sein früheres eigenes Konzept des Deutschen Privatrechts das des älteren Freundes mit Leben erfüllt hat. Was er 1950 die Einbeziehung auch der germanischen Grundlagen der europäischen Rechtsentwicklung nennt, hatte er sieben Jahre zuvor schon im Aufsatz zu den germanischen Grundlagen des französischen Rechts demonstriert. Dort ging es nicht nur um die Horizonterweiterung der französischen Rechtshistorie, sondern ebenso um die Einverleibung einer gemeinsamen Geschichte. Den Bereich der nationalen Privatrechtsgeschichte hatte er schon in seinem Aufsatz zum Schuld- und Handelsrecht der Kreuzfahrerstaaten verlassen.

Was sich bei Planitz noch wie eine Auflistung pädagogischer Vorzüge des deutschen Privatrechts mit dem Ziel der Vertiefung der juristischen Bildung liest – was er damit im einzelnen gemeint hat, müßte aus seinem Gesamtwerk erschlossen werden –, wird bei Mitteis zur Forderung nach einer „Rechtslehre". Unter diesem Stichwort finden sich Gedanken, die man auch mit der „Geschichtlichkeit des Rechts" umschrieben hat,[135] und die keineswegs auf das Privatrecht zu beschränken sind. Sie stehen einerseits in enger Beziehung zu seinen damals entstandenen Schriften zum Aufgabenfeld der Rechtsgeschichte, aber wir finden den Begriff der Rechtslehre bei ihm schon vorher. Schon lange hatte er dem Privatrecht eine Funktion zugewiesen, die den Bereich des ius privatum zwar umfaßt, aber darüber hinausreicht und sich als germanistische Institutionengeschichte versteht. So wünscht er sich eine „Rechtslehre für Historiker", die die staatspolitische Bedeutung der Institutionen klarlegt,[136] ein Satz, der Mitteis' Aufgabenverständnis des Rechtshistorikers entspricht, den er als den „Juristen" bezeichnet, der sich hauptsächlich den „rechtlichen Elementen" eines historischen Ereignisses zuzuwenden habe, im Gegensatz zum „Historiker", der, vereinfacht ausgedrückt, sich mit allem übrigen zu befassen habe.[137] Er greift diesen Gedanken deutlicher noch in seinem „Lebenswert der Rechtsgeschichte" auf. Dort fordert er, endlich die methodische Konsequenz aus der postulierten Einheit des mittelalterlichen Rechts zu ziehen und das wechselseitige Ignorieren von Verfassungs- und Privatrechtsgeschichte aufzugeben. So sei das Recht der Thronfolge ohne familien- und gewererechtliche Grundsätze nicht verständlich, wie umgekehrt die Stellvertretung ein übergreifendes Institut sei, das ohne seine Ausformung im Lehnrecht nur unvollkommen erfaßt werden könne.[138]

Auch die andere Seite des Begriffs Rechtslehre, im Sinn einer durch Rechtsbegriffe verkörperten Wertlehre, durch die sich Mitteis ebenso deutlich von Planitz abhebt, ist nicht erst in seinen letzten Lebensjahren entstanden. 1943, als er die germanischen Grundlagen des französischen Rechts beschwor, war es ihm darum gegangen, das Gewachsene für die Zukunft zu erhalten, auch wenn es nicht in deutschem Gewand erschien. Ausgebaut hat er diese Gedanken in seinen methodischen und wissenschaftstheoretischen Schriften nach dem zweiten Weltkrieg, als es

---

[133] Hans Planitz, in: Juristische Blätter 1954, 144.

[134] ZRG GA 84, 1954, XIIIf., XXV. Einschlägig sind hier dessen Aufsätze zum italienischen Vollstreckungsrecht (Der Schuldbann in Italien, ZRG 52, 1932, Germ. Abt., 134. Die Personalexekution im italienischen Recht des Mittelalters, Atti del Congresso internazionale di diritto Romano 1933, 11) sowie zum Handelsrecht der fränkischen Zeit (Handelsverkehr und Kaufmannsrecht im fränkischen Reich, Festschrift Ernst Heymann, 1. Bd. 1940, 175).

[135] So Dietmar Willoweit, Historische Grundlagen des Privatrechts, in: JuS 1977, 292ff., 429ff. (293) mit weiterführenden Hinweisen auf Karl Siegfried Bader, Karl Kroeschell, Peter Landau und Dieter Simon.

[136] Die germanischen Grundlagen des französischen Rechts, 179.

[137] Politische Prozesse, 116.

[138] Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte, Weimar 1947, 52f.

darauf ankam – wie er sich ausdrückt –, „den gesamten geistigen Besitz" neu zu bewerten und der der Rechtsgeschichte die Aufgabe zuwies, den „Gang der Rechtsidee durch die Geschichte" zu beschreiben.[139] Gemeint ist damit eine durchaus materielle Ordnung, die er an anderer Stelle auch Naturrecht nannte, das er gleichsam deduktiv aus der Rechtsgeschichte entwickeln will,[140] ein Vorgehen, das vergleichend ist und zugleich ein rechtspolitisches Programm bedeutet. Und zwei Jahre vor seinem Tod, im gleichen Jahr, als sein „Deutsches Privatrecht" erschien, schreibt er in der Festgabe für Erich Kaufmann: „Vor uns liegt neues Land, in das neue Wege führen, auf denen wir freilich nur die ersten zögernden Schritte machen können ... Das letzte Ziel wird darin gefunden werden müssen, daß aus dem traditionellen „Deutschen Privatrecht" eine deutsche Rechtslehre im Rahmen der vergleichenden europäischen herausentwickelt wird."[141]

## IV.

Die Frage, welches Gewicht dem Mitteisschen Gesamtwerk innerhalb der Forschungs- und Lehrbereiche Privatrechtsgeschichte sowie Deutsches Privatrecht zukommt, und erst recht, was wir von ihm gelernt haben oder lernen können, muß jeder für sich selbst beantworten. Das gilt insbesondere auch für die Frage, ob und inwieweit es zu den Aufgaben des Rechtshistorikers gehört – und hier kann es keinen Unterschied zwischen Germanisten und Romanisten geben – über die Betrachtung des Vergangenen hinaus auf das Recht der Gegenwart Einfluß zu nehmen.

---

[139] Rechtsgeschichte und Gegenwart, Neue Justiz 1, 1947, 27f., 28.

[140] Über das Naturrecht, Berlin 1948, 42.

[141] Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für Erich Kaufmann zu seinem 70. Geburtstage, Stuttgart und Köln 1950, 265ff., 278, 279.

KLAUS LUIG

# Begriff und Aufgabe des Deutschen Privatrechts in der Sicht von Heinrich Mitteis

## *1. Einleitung*

Deutsches Privatrecht gibt es, solange es eine deutsche Sprache gibt.[1] Aber als besonderer Zweig der Privatrechtswissenschaft mit eigenen Quellen, Inhalten, Methoden und Funktionen ist das Deutsche Privatrecht erst um die Wende vom 17. zum 18. Jh. aus der bis dahin im wesentlichen auf dem Corpus iuris civilis Justinians beruhenden und insoweit römischen Privatrechtswissenschaft herausgewachsen.[2] Vorausgegangen war die Begründung von inhaltlich definierten selbständigen Wissenschaftszweigen des öffentlichen Rechts und des Strafrechts anstelle der ursprünglichen Einheit der Jurisprudenz als Wissenschaft, deren einziger Gegenstand die Interpretation und Applikation des Corpus iuris civilis war. Die Überzeugung von der Notwendigkeit der Unterscheidung von öffentlichem Recht, Strafrecht und Privatrecht ist seitdem nicht mehr verloren gegangen. Doch der Unterscheidung von römischem Recht und deutschem Recht innerhalb des Privatrechts war kein langes Leben beschieden. Schon für die Kodifikationen von CMBC, ALR, Code Civil und ABGB spielte diese Unterscheidung keine Rolle. Und für ganz Deutschland gesehen hat letztlich das BGB die Trennung überflüssig gemacht, obwohl man nach wie vor zwischen einem „römischen" und einem „deutschen" Anteil an den einzelnen Regeln des BGB unterscheiden kann.[3]

Das war aber von Anfang an so gewollt. Die Begründer der Wissenschaft vom Deutschen Privatrecht haben stets die Vorstellung gehabt, daß die Absonderung der auf deutschen Rechtsquellen beruhenden Sätze des in Deutschland geltenden Privatrechts von den auf römischen Quellen beruhenden nur vorübergehender Natur sein sollte.[4] Denn die Teilung war überhaupt nur notwendig geworden, um den als deutschrechtlich angesehenen Prinzipien gegenüber dem dem Corpus iuris entnommenen Bestand von Normen die Gleichberechtigung zu verschaffen.[5] „Suus cuique honos" hatte Thomasius für beide Rechte gefordert.[6] Bis zum Inkrafttreten des BGB behandelte demnach das römische Privatrecht den Teil der als gemeines Recht geltenden Normen, der aus dem Corpus iuris herausgelesen wurde, wohingegen das Deutsche Privatrecht der Darstellung der Rechtssätze diente, die man als „einheimischen Rechtsstoff" ansah. Dabei herrschte weithin klare Trennung. Es gab aber auch Materien, bei denen umstritten war, ob sie nach römischem Recht oder nach deutschen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen seien.[7]

---

[1] R. Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 5. Aufl., 1930, 37.

[2] Luig, Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht, in: Ius Commune 1, 1967, 196.

[3] Kaser, Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht, in: Juristische Schulung 1967, 337. Krause, Der deutschrechtliche Anteil an der heutigen Privatrechtsordnung, in: Juristische Schulung 1970, 313.

[4] Luig, Die Theorie der Gestaltung eines nationalen Rechtssystems, in: Wissenschaft und Kodifikation, ed. Coing und Wilhelm, I, 1974, 217.

[5] Luig, Art. „Stryk", in HRG.

[6] Praef. zur Ed. von Schilter, Praxis iuris romani in foro germanico, 1733.

[7] Gerber, System des deutschen Privatrechts, 15. Aufl., 1886, §§ 1, 2.

Mit dem Inkrafttreten des BGB wurden Römisches Privatrecht und Deutsches Privatrecht zu historischen Wissenschaften, denen man die Aufgabe zuteilte, „das Verständnis des in diesem Gesetzbuche enthaltenen Stoffes ... durch gesonderte ... propädeutische Darstellung des einheimischen und des fremden Rechts" vorzubereiten.[8] Darüber, wie man diesen Unterricht im einzelnen organisieren sollte, gab es lebhafte Auseinandersetzungen.[9]

Im Laufe der Zeit ergab es sich aber, daß sich die Wissenschaft vom römischen Privatrecht immer mehr auf die Pflege des Rechts des antiken Rom zurückzog. Demgegenüber betrachtete man nach 1900 das Deutsche Privatrecht als „deutschrechtliche Einleitung in unser bürgerliches Recht".[10] Aber auch der wies man eine ausschließlich geschichtliche Aufgabe zu,[11] deren Verständnis natürlich abhängig von dem war, was man prinzipiell von der Geschichte erhoffte. Das Ergebnis dieser Neudefinition der Aufgaben war, daß die Geschichte des römischen „Rechtsstoffes", um im Vokabular der Zeit zu bleiben, in der Zeit zwischen der Wiedergeburt des römischen Rechts im 12. Jh. und dem Inkrafttreten des BGB unbearbeitet blieb und im Unterricht keine Rolle spielte. Gleichzeitig beschränkte sich die Deutsche Rechtsgeschichte auf das Mittelalter. Dem sollte die Studienreform des Jahres 1935 durch die Einführung des Faches der Privatrechtsgeschichte der Neuzeit abhelfen. Aber diese Privatrechtsgeschichte hat sich bald als „geistesgeschichtliche Darstellung des Privatrechts" oder als Wissenschaftsgeschichte etabliert und hat die Geschichte des Stoffes und der Dogmen „zum alten Eisen gelegt".[12] Das betraf zwar in der Sicht von Planitz in erster Linie das Deutsche Privatrecht. Doch genau betrachtet ist die Erforschung der Geschichte der Dogmen des römischen Rechts nach Justinian dabei noch mehr ins Hintertreffen geraten. Aber Planitz selbst hat darauf reagiert und hat in die dritte Auflage seiner „Grundzüge des deutschen Privatrechts", die im Jahre 1949 erschienen ist, auch die Darstellung der Normen des römischen Rechts aufgenommen.

Die Richtigkeit der Feststellung von Planitz, daß eine geistesgeschichtliche Darstellung der Geschichte des Privatrechts sinnlos sei, wenn dem Studenten die Möglichkeit genommen sei, die Entwicklung der Institutionen selbst kennenzulernen,[13] ist nie bestritten worden. Das zeigen insbesondere Kunkels Rezension der ersten Auflage von Wieackers Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und Wieackers Reaktion darauf. Auch die moderne Geschichte der Normdurchsetzung, die die Rechtsgeschichte aus ihrer Zwangslage zwischen einer „Sozialgeschichte ohne Recht und einer historisch argumentierenden Jurisprudenz" befreien soll,[14] kann nicht der Kenntnis der Norm entraten, deren Durchsetzung erforscht werden soll. Trotzdem hat in der jüngsten rechtshistorischen Forschung auf dem Gebiet des Privatrechts zunächst die Richtung den Sieg davon getragen, die dem Studium der Wissenschaftsgeschichte den Vorrang gegeben hat. Das war nicht nur das Programm von Wieackers Privatrechtsgeschichte der Neuzeit[15] und der so erfolgreichen Lehrbücher von Molitor/Schlosser und Wesenberg/Wesener, sondern auch der epochemachenden Beiträge zur monographischen Literatur.

Im Vergleich zu diesen Arbeiten hat die dogmengeschichtliche Literatur trotz einer Unzahl von einschlägigen Dissertationen kein deutliches Profil gewonnen. Und auch, was zusammenfassende Lehrbücher und Systeme anbelangt, sind seit der fünften Auflage von Rudolf Hübners „Grundzüge des Deutschen Privatrechts" von 1930 nur noch 1949 eine Neuauflage von Planitz'

---

[8] Stobbe, Deutsches Privatrecht, 2. Aufl. 1882, I § 11, 58.

[9] Klippel, Entstehung und heutige Aufgaben der Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, in: FS Kroeschell, 1987, 145.

[10] Hübner, Deutsches Privatrecht, 44.

[11] Hübner, Deutsches Privatrecht, 44. Für das römische Recht: Sohm, Institutionen, 11. Aufl., 1903, 8.

[12] Planitz, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 3. Aufl. 1949, Vorw.

[13] Planitz, Vorw.

[14] Simon, Normdurchsetzung, in: Ius Commune 15, 1988, 201, 204.

[15] 1. Aufl. 1952, Vorw.

bereits 1925 geschriebenem Deutschen Privatrecht und zuletzt im Jahre 1950 das Kurz-Lehrbuch „Deutsches Privatrecht" von Heinrich Mitteis ans Tageslicht getreten. Das Buch von Mitteis war zwar bisher mit 9 Neuauflagen und Bearbeitungen durch Heinz Lieberich äußerlich recht erfolgreich, führt aber bei näherer Betrachtung neben den weit verbreiteten Lehrbüchern von Wieacker, Schlosser und Wesener nur ein Schattendasein. Der Grund für dieses Schattendasein ist, daß es bisher nicht gelungen ist, sich über Inhalt und Aufgaben einer zusammenfassenden Dogmengeschichte des Privatrechts, die den Namen Deutsches Privatrecht führt, zu einigen. Die Debatte darüber, die Planitz noch vermißt hatte, hat zwar inzwischen längst begonnen, aber eine Einigung über die Prinzipien ist noch nicht in Sicht. Im Grunde steht man heute wie im Moment des Inkrafttretens des BGB vor dem Dilemma, ob man sich darüber freuen soll, daß Deutsches und Römisches Privatrecht jetzt vom „Joch der Dogmatik" befreit sind,[16] oder ob man beklagen soll, daß diese Fächer – plötzlich ihres dogmatischen Wertes beraubt – „ins Nichts gefallen" sind.[17]

Über Begriff und Aufgabe des Deutschen Privatrechts kann man nur historisch sprechen. Ich fange damit an, wie sich das Fach in der Sicht von Mitteis entwickelt hat. Dann frage ich danach, wie sich Mitteis' Vorstellungen in seiner Darstellung auswirken, und ende schließlich mit der Frage, ob heute die Sicht von Mitteis noch verbindlich ist oder ob man sich gezwungen sieht, einem neuen Begriff des Deutschen Privatrechts neue Aufgaben zuzuweisen.

### *2. Wie sah Mitteis selbst die Geschichte dieses Zweiges der Privatrechtswissenschaft?*

Deutsches Privatrecht war für Mitteis die Geschichte des eigenständigen Privatrechts, das sich das deutsche Volk in einem langen Verschmelzungsprozeß aus germanischen und römisch-kanonischen Rechtselementen geschaffen hat. Dieser Verschmelzungsprozeß ist durch das BGB im wesentlichen, aber noch nicht vollständig zum Abschluß gekommen.[18] In dieser Zeit hat die Wissenschaft vom Deutschen Privatrecht in der Sicht von Mitteis drei Stufen durchlaufen.

Auf der ersten Stufe verfolgte das Deutsche Privatrecht vorwiegend praktische Ziele und erbrachte keine wissenschaftlichen Leistungen.[19] Für Wissenschaft hielt Mitteis ohne nähere Erläuterung allenfalls das „Wirken" von J. Schilter und Chr. Thomasius und dann die Vorlesungen des Thomasius-Schülers Beyer in Wittenberg, nach deren Muster auch in anderen Universitäten Vorlesungen über deutsches Recht eingerichtet wurden.[20] Grundlage dafür war nach Mitteis das Naturrecht, das zur Kritik am römischen Recht geführt hatte. Dazu gehörte aber auch die Widerlegung der Lotharischen Legende durch Conring als deren Ergebnis Conring die Ablösung des römischen Rechts durch deutsche Gesetze forderte. In der Sache bewirkte das in den Worten von Mitteis folgendes: „Das deutsche Rechtsbewußtsein erwachte aus seiner Betäubung. Vielfach erschienen heimische Rechtssätze in naturrechtlichen Schriften, sie dienten als Induktionsmaterial. So bewirkte das Naturrecht eine Art von ‚Gegenrezeption'".[21] Aber als „wirkliche wissenschaftliche Leistung" will Mitteis all das nicht gelten lassen.[22] Es ging auf

[16] So v. Moeller im Jahre 1905, nach Klippel (oben Note 9), 149.

[17] So Schönfeld 1927, nach Klippel, 150. Neubesinnung auf die „propädeutischen" Aufgaben bei Hübner (oben Note 1), 43–45.

[18] Mitteis, Deutsches Privatrecht, 1. Aufl. 1950, 23, fortan nur noch als ‚Mitteis' zitiert. Die Seitenangaben beziehen sich hier und im folgenden auf die 9., von H. Lieberich bearbeitete Auflage, 1981, deren Text in allen hier relevanten Fragen gegenüber der 1. Aufl. unverändert ist.

[19] Mitteis, 2.

[20] Mitteis, 17.

[21] Mitteis, 17.

[22] Mitteis, 2.

dieser ersten Stufe im 18. Jh. nur um praktische Ziele. Und die sah Mitteis wie folgt: Das deutsche Privatrecht „gab als ‚Lückenbüßer' den Rechtsfakultäten die Handhabe für Entscheidungen, die im römischen Recht keine Grundlage fanden".

Wie der „junge Jurist" daran lernen soll, daß das heutige Recht und seine Theorie aus schweren geistigen Kämpfen hervorgegangen ist,[23] bleibt unklar. Die Urteile „Gegenrezeption" und „Lückenbüßer" können nicht gleichzeitig richtig sein. Vielleicht hätte sich mit nicht viel mehr Worten sagen lassen, daß das in Deutschland geltende Privatrecht zu allen Zeiten neben Regeln des römisch-kanonischen Rechts auch Normen deutschen Ursprungs umfaßt hat, nämlich Stadtrechte, Landrechte und Reichsgesetze sowie zusätzlich auf allen Ebenen auch gewohnheitsrechtliche Regeln, die sich normalerweise in der Rechtsprechung der Gerichte manifestierten. Daraus wurde eine Wissenschaft vom Deutschen Privatrecht – gemessen an den zeitgenössischen Maßstäben und nicht an denen von heute – in dem Moment, in dem Chr. Thomasius begann, eine Vorlesung zu halten, in der er alle Normen des geltenden Rechts zusammenfaßte, die sich nicht als Ergebnis der Interpretation des Corpus iuris ausgeben ließen.

Eine zweite Stufe erklomm nach Mitteis die Wissenschaft vom Deutschen Privatrecht zu Beginn des 19. Jh. in der Romantik und damit in der Zeit der Historischen Rechtsschule. Damit wurde sie zur „echten" Wissenschaft. 1823 schuf Eichhorn die erste „vollwertige Darstellung" des deutschen Privatrechts. Da man aber in dieser Zeit nach dem „Volksgeist" suchte, wandte man sich nur den „ältesten Stufen" der Rechtsentwicklung, nach dem Ausdruck von J. Grimm den „Deutschen Rechtsaltertümern", zu. Die praktischen Ziele, derentwegen sie entstanden war, vergaß die Wissenschaft auf der zweiten Stufe nach der Ansicht von Mitteis offensichtlich. Aber mit dieser Feststellung würdigte Mitteis das deutsche Privatrecht auch auf dieser zweiten Stufe nicht richtig. Denn auch Eichhorn ging es um geltendes Recht.[24]

Auf der dritten Stufe der Entwicklung befreite sich das Deutsche Privatrecht aus der Rolle eines „Lückenbüßers" und Erforschers von „Rechtsaltertümern" und wandte sich in der Mitte des 19. Jh. entschlossen „Gegenwartsproblemen" zu. Das beschreibt Mitteis folgendermaßen: „Es entbrannte der Kampf der ‚Germanisten' gegen die einseitige Herrschaft des romanistischen (‚pandektistischen') Denkens mit dem Ziel, dem römischen ein ebenbürtiges System des deutschen Privatrechts gegenüberzustellen".[25] Dieser Kampf soll sich insbesondere bei der Arbeit am BGB ausgewirkt haben, teilweise auch noch bei der späteren Auslegung des BGB, gehört aber heute der Vergangenheit an.[26]

In diesem Kampf setzten die Germanisten das römische Recht auf die „Anklagebank". Es fand „ein Ringen um die letzten Prinzipien des Rechts" statt, das gleichzeitig Geistesgeschichte war und in die Zukunft wies. In der Sache bedeutete dies für Mitteis die „Bestandsaufnahme der noch lebenskräftigen deutschen Rechtsgedanken".[27] Technisch machten dies die Germanisten, von denen Beseler und Gierke hervorgehoben werden, wie folgt: Sie „behaupteten die positive Geltung eines ‚Gemeinen Deutschen PRs' als Überbau der Partikularrechte, das dem römisch-gemeinen Recht ebenbürtig und ‚revisibel' sein sollte – also ein Versuch, die Wissenschaft zur Rechtsquelle zu erheben: ein Irrtum, da Grundsätze keine Rechtssätze sind, aber ein fruchtbarer".

Das so verstandene Deutsche Privatrecht ist also der Hauptinhalt von Mitteis' Buch, allerdings mit der Maßgabe, daß es seit Inkrafttreten des BGB nur noch Gegenstand historischer Betrach-

---

[23] So Mitteis' Programm, 1.

[24] Kleinheyer/Schröder, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 3. Aufl. 1989, Art. „Eichhorn", 76.

[25] Mitteis, 2.

[26] Mitteis, 3.

[27] Mitteis, 22.

tung ist und nicht mehr geltendes Recht. Doch hat für Mitteis diese Geschichte eine rechtspolitische Funktion. Deswegen lohnt es sich, Mitteis' Beschreibung des Deutschen Privatrechts genauer zu überprüfen. Das Ergebnis ist, daß Mitteis' These in allen wesentlichen Punkten unzutreffend ist.

Erstens: Die Feststellung, die Germanisten der zweiten Hälfte des 19. Jh. hätten das Deutsche Privatrecht für positiv geltendes Recht gehalten, ist falsch. Die herrschende Meinung war vielmehr unter Führung von Gerber der Ansicht, es sei gerade nicht geltendes Recht. Dieser herrschenden Ansicht schloß sich ja auch Mitteis selbst an. Deswegen erklärte er – zweitens – das, was er als die Meinung der Germanisten schlechthin ausgab, für einen Irrtum – als untauglichen Versuch, die Wissenschaft zur Rechtsquelle zu erheben. Aber das ist ebenfalls nicht ganz richtig. Die Rechtswissenschaft des 19. Jh. war nach der Theorie der Historischen Schule ganz generell eine Rechtsquelle. Das ergibt sich schon aus dem, was Mitteis selbst über die Rezeption des römischen Rechts als Übernahme der italienischen Rechtswissenschaft des Mittelalters und in bezug auf die Herrschaft der Pandektenwissenschaft über die Rechtsprechung des Reichsgerichts gesagt hat.[28] Und gerade deswegen muß man im Rückblick sagen, daß streng genommen die Germanisten Recht hatten, die das gemeine deutsche Privatrecht als ein mit Mitteln der Wissenschaft erarbeitetes positiv geltendes Recht ansahen.[29]

Drittens meint Mitteis, man habe das Deutsche Recht als mit dem römischen Recht „ebenbürtig" angesehen. Auch das wird der wirklichen Lage nicht gerecht. Soweit man es für geltendes Recht hielt, hatte es bei einem inhaltlichen Widerspruch zum römischen Recht den Vorrang. Es war nicht nur ebenbürtig, sondern ging im Konfliktsfalle dem römischen Recht schon nach dem alten Prinzip des Vorranges des Rechts des engeren Rechtskreises vor[30] und beanspruchte das ja auch ausdrücklich, wenn es das römische Recht auf die „Anklagebank" versetzte und ihm den „Kampf" ansagte, wie Mitteis selbst hervorhob. Gerade der Anspruch des deutschen Rechts, die besseren Normen zu offerieren, war für die Rechtswissenschaft des 19. Jh. wichtig.[31]

Schließlich bescheinigte Mitteis – viertens – dem vermeintlichen Irrtum über die positive Geltung des Deutschen Privatrechts eine gewisse, in die Zukunft weisende, rechtspolitische Fruchtbarkeit beim Ringen um die letzten Werte des Rechts. In dieser Zukunft stehen wir heute. Das ist also die vierte Stufe in der Entwicklung des Deutschen Privatrechts. Wir müssen uns demnach fragen, wie Mitteis auf dieser Stufe der Entwicklung die Aufgabe des deutschen Privatrechts sah und was für Schlüsse man daraus heute für die Weiterarbeit bereits gezogen hat oder ziehen soll.

### *3. Die Aufgabe der Geschichte bei Mitteis*

Antriebskraft für Mitteis' historische Forschungen war die Einsicht, daß das Recht nur aus seiner Geschichte heraus voll verständlich ist.[32] Diese Suche nach dem Verständnis des Rechts hat aber nicht unbedingt eine Unterwerfung unter das Recht, so wie es geworden ist, zur Folge. Das hat Mitteis schon in seiner berühmten Schrift über den Lebenswert der Rechtsgeschichte zum Ausdruck gebracht, die mit den Worten endet:[33] „Die Rechtsgeschichte befreit vom Glau-

---

[28] Insofern besteht ein gewisser Widerspruch zwischen den Ausführungen auf S. 20 und 22.

[29] Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts, 3. Aufl. 1829, 120.

[30] So deutlich RGZ 39, 163, zur Spielschuld. Luig, Samuel Stryk (1640–1710) und der „Usus modernus Pandectarum", in: FS St. Gagnér, 1991, 219.

[31] Mitteis, 22. Dazu: Klaus Schmid, Die Entstehung der güterrechtlichen Vorschriften des BGB, 1990, 87ff.

[32] Mitteis, 1. Vgl. G. Brun, Leben und Werk ... H. M., 1991.

[33] Mitteis, Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte, 131.

ben an juristische Dogmen, von der Herrschaft der Schlagworte ... sie befreit von dem Gefühl, daß die Hüter des Rechts als bloße Exponenten einer jeweiligen Machtlage stets und ständig dazu verurteilt sind, ‚e vinculis sermocinari' – in Fesseln zu sprechen". Dazu kommt, daß das historische Denken die Abkehr von der „Begriffsscholastik" fördert, weil es die Rechtsbegriffe als „Ausdruck sozialer und ethischer Werte" verstehen lehrt.[34] Aber die Geschichte befreit nicht nur, sie verpflichtet auch auf die wahren Werte. Sie zeigt das „Recht als Herrscher im Reiche der Freiheit und der Menschenwürde" (so die letzten Worte vom „Lebenswert").[35] Wenn man sich das klar macht, sieht man, daß sich Mitteis keineswegs nur für Vergangenes interessierte. Ihm ging es vielmehr um „wertvolle Ergebnisse für das geltende Recht". Mitteis stellt die These auf, daß „Neues sinnvoll nur aus organischer Fortbildung überlieferter Elemente" entstehen kann, „aus der Entfaltung der im Rechtsbewußtsein des Volkes schlummernden Keime ... Der Weg zur Vereinfachung und Lebensnähe, der uns vorgezeichnet ist, führt über historische Vorbilder". Hier ist es letzlich mehr die verpflichtende als die befreiende Geschichte. Mitteis glaubte an die „Dauerkraft des Rechts, die ‚historische Kontinuität'".[36] Dadurch wird der Einsatz der Rechtsgeschichte nicht nur legitim, sondern sogar notwendig. Die Privatrechtsgeschichte wird geradezu zu einer „deutschen Rechtslehre", und darüber hinaus führt sie zur Rechtsvergleichung, die ebenfalls dazu dient, „das eigene Recht auszulegen und fortzubilden".[37]

Die Geschichte dieser deutschen Rechtslehre ist die Geschichte eines Kampfes. „Der junge Jurist muß lernen, daß das heutige Recht und seine Theorie aus schweren geistigen Kämpfen hervorgegangen ist, daß sich in ihm aber auch die Dauerkraft des Rechtes, die ‚historische Kontinuität' bewährt".[38]

Dieser Kampf ums Recht ist ein Kampf um die gerechte soziale Ordnung, d. h. um die Einfügung des einzelnen in größere Einheiten, um Gemeinschaft, Vertrauen, Verständigung mit den Rechtsgenossen.[39] Dieser Kampf ums Recht ist aber gleichzeitig auch der „schmerzhafte, auch heute noch nicht zum Abschluß gekommene langzeitliche Verschmelzungsprozeß von germanischen und römisch-kanonischen Rechtselementen, der die neuere Privatrechtsgeschichte beherrscht hat". Das Ergebnis war aber der Sieg des germanischen Elementes. Die Fremdeinflüsse sind „aufgehoben" worden, in ihren schlechten Inhalten überwunden und in ihren „Dauerwerten" bewahrt worden.[40]

Mitteis' Bild vom Kampf zwischen den römischen und germanischen Rechtsprinzipien bleibt unverständlich, wenn man sich nicht klar macht, daß diese beiden verschiedenen Rechte in der Sicht von Mitteis mit verschiedenen kulturellen Werten verbunden sind.[41] Es geht um soziale und ethische Werte. Die einzelnen Elemente der gerechten sozialen Ordnung sind nach Mitteis im germanischen Recht und im mittelalterlichen deutschen Recht besonders deutlich in Erscheinung getreten. Damals bestimmte ein sozialer Geist die Gestalt der Rechtsinstitute bis ins einzelne. Das ältere Recht dachte nicht abstrakt, sondern konkret, d. h. auf das Leben bezogen; es dachte nicht statisch, sondern dynamisch, nicht formal-logisch, sondern funktionell, d. h. es wertete die Rechtsinstitute nach ihrer sozialen Funktion und strebte nach Vereinfachung. Weiter heißt es über das germanisch-deutsche Recht vor der Rezeption: Es zeichnete sich aus durch

---

[34] Mitteis, 1.

[35] Mitteis, Lebenswert, 131.

[36] Mitteis, 1.

[37] Mitteis, 2; in enger Anlehnung an Hübner, 45.

[38] Mitteis, 1. Dazu: Landwehr, „H. M.", in: Juristen im Porträt, 1988, 580.

[39] Mitteis, 1.

[40] Mitteis, 23.

[41] Luig, Die sozialethischen Werte des römischen und germanischen Rechts in der Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, in: FS Kroeschell, 1987, 281.

Lebensnähe, die zur Erfassung der konkreten Sachverhalte führte. Zu loben sind das soziale Empfinden, der Gemeinschaftsgeist, der ja schon das ältere Recht durchzieht, da der einzelne nur als Glied von Gemeinschaften am Recht teilhatte. Daraus folgte wieder die Rücksichtnahme auf die Belange der Rechtsgenossen und der starke Schutz des Vertrauens,[42] der aufs engste verknüpft war mit der Förmlichkeit der Rechtsgeschäfte, dem ausgeprägten Formalismus des Rechts,[43] und weiterhin der Schutz gegen mißbräuchliche Rechtsausübung. Jeder einzelne hat überhaupt nur so viel Rechte, wie er zur Ausübung seiner Pflichten benötigt.

Was sind denn nun die Nachteile dieses Rechts, die überhaupt zur Rezeption des römischen Rechts geführt haben? Die Mängel des deutschen Rechts waren die Rechtszersplitterung und das Fehlen einer wissenschaftlichen Bearbeitung und technischen Durchdringung des Rechts. Das Schöffentum, in dessen Händen im Mittelalter die Rechtsprechung lag, verlor seine sozialen Grundlagen und war nicht in der Lage, mit den verwickelten Tatbeständen der frühkapitalistischen Zeit fertig zu werden.[44] Gerade der Formalismus, der ja ursprünglich eine der Säulen des stark ausgeprägten Vertrauensschutzes im deutschen Recht gewesen war, wurde in der Zeit der entwickelten Wirtschaft zum „lästigen Zwang". Deswegen wurde, so meinte Mitteis, die Rezeption zur Notwendigkeit. Denn es gelang dem deutschen Volk nicht, aus eigener Kraft den Übergang vom „traditionalen zum rationalen Rechtsdenken" zu vollziehen. Ganz überzeugend ist das nicht. Wer diesen Satz schreibt, hält doch offensichtlich die ganze Liste der Werte, die er zwei Sätze vorher dem deutschen Recht zugeschrieben hat, für wenig „rational". Auch bedürfte der Erläuterung, warum sich später die Opposition gegen das römische Recht gerade gegen seine „subtile" Vertragslehre" richtet. Das Wichtigste an dieser Rezeption war nun für Mitteis, daß sie im Zusammenhang mit Renaissance und Humanismus stand, die die „Befreiung des Individuums aus dogmatischen Bindungen" brachten. Juristisch begann die Rezeption des römischen Rechts mit dem Zug deutscher Studenten an die oberitalienischen Universitäten. Das fand aber in großem Umfange leider erst statt, als in Italien eine „unerfreuliche Verfallzeit" herrschte,[45] als die „Postglossatorenschule schon in die Hände von Epigonen geraten" war.[46] Diese Epigonen bildeten die deutschen Studenten nicht, sondern „verbildeten" sie, so daß sie voller Verachtung für ihr heimisches „barbarisches" Recht heimkehrten. Diese verbildeten Juristen wurden nun in ihren Ämtern zu Oberinstanzen über die herkömmlichen Schöffengerichte, hoben deren Urteile auf, wenn sie dem römischen Recht widersprachen und bewirkten so, daß das Volk am Recht irre wurde, und daß das Rechtsbewußtsein des Volkes versiegte.

Trotz allem war aber zunächst die Rezeption „ein Segen". Sie brachte Verwissenschaftlichung und „straffe Denkzucht".[47] Nur ein „unsäglicher bornierter Juristenstand" hat diesen Segen in Unsegen verwandelt.[48] Das lag nicht nur am Verfall in Oberitalien, sondern wohl noch mehr an der Handhabung des römischen Rechts als Recht, für dessen Anwendbarkeit eine Vermutung sprach. Schädlich waren inhaltlich der schroffe Eigentumsbegriff des römischen Rechts und sein starker Individualismus. Methodisch wirkte es sich als Nachteil aus, daß keine Verschmelzung der Rechtssysteme stattfand, daß das Recht nicht mehr im Besitz des Volkes war, sondern eine Geheimwissenschaft in der Hand von Bürokraten wurde und dies bis heute blieb.

Doch schon in der Zeit des Naturrechts erwachte das deutsche Recht aus seiner Betäubung, und es kam zu einer „Gegenrezeption" heimischer Rechtssätze in naturrechtlichen Schriften.

---

[42] Mitteis, 29.
[43] Mitteis, 8, 29.
[44] Mitteis, 8.
[45] Mitteis, 7.
[46] Mitteis, 11–12.
[47] Mitteis, 13, 14.
[48] Mitteis, 13; nach Brunner.

Leider ließ Mitteis offen, welche Richtung des Naturrechts dabei wichtiger war. Wenn das stimmt, was er bisher über das Wesen des deutschen Rechts gesagt hat, müßte es ja die von ihm Grotius und Leibniz zugeschriebene Spielart des Naturrechts sein, die die Ordnung der Gemeinschaft in den Vordergrund stellte. Auf unerklärte Weise hielt aber Mitteis die „individualistische" Linie, die er Pufendorf, Thomasius und Wolff zuschreibt, für wichtiger,[49] obwohl sie nach seinen eigenen Kriterien eher am römischen Recht anknüpfte.

Gegen dieses kurze Wiederaufleben deutschrechtlicher Gedanken steht dann bei Mitteis die „Nachrezeption" des 19. Jh.[50] Hier entwickelten sich eigentlich erst die für Deutschland ungünstigen Züge des römischen Rechts in vollem Ausmaß: Die Entfremdung zwischen Rechtslehre und Praxis, die Vernachlässigung praktischer Fragen, die den alten Zustand mangelnder Popularität des Rechts festigte,[51] beschränkter Positivismus, als Altertumskunde betriebene Rechtswissenschaft, Begriffsjurisprudenz und Begriffsscholastik, Arbeit mit einer rein formalen Logik, die kritiklos Analogie- und Gegenschlüsse einsetzte. Der Richter wurde zum Subsumtionsautomaten, man dachte logisch statt gerecht. Die Juristen schufen eine Rechtswissenschaft ohne Recht oder gar eine „rechtsleere Rechtslehre" und versäumten die Anpassung an technische und soziale Bedingungen.

Das römische Recht selbst war allerdings nicht für all das verantwortlich zu machen. Denn man gab fälschlicherweise manche positivistischen Begriffe als römisch aus, z. T. unter verfehltem Anschluß an eine mechanistische Naturphilosophie und zerstörte so den Geist der römischen Rechtsethik.[52] Auch hat das römische Recht nicht die Auswüchse des Liberalismus verschuldet. Und positiv bleibt immerhin noch die Schulung im exakten Denken. Trotzdem konnte Mitteis keinen inhaltlichen „Dauerwert" des römischen Rechts benennen. Nur einmal meinte er mehr nebenher, wie das deutsche Recht seine unsterblichen Leistungen auf dem Gebiet des Sozialrechts (= Recht der menschlichen Gemeinschaften) erbracht habe, so das römische Recht auf dem Gebiete des Individualrechts. Es blieb insgesamt dabei, daß für die negativen Erscheinungen das römische Recht die Verantwortung zu übernehmen hat. Aber die ersten Erfolge des Kampfes des deutschen Rechts gegen das römische Recht sind bereits sichtbar in Gestalt von Interessenjurisprudenz, Rechtswertlehre und moderner Rechtssoziologie. Das erlaubte Mitteis eine großzügige Beurteilung des römischen Rechts. Er sagte:[53] „Die heutige Wissenschaft des Deutschen Privatrechts weiß sich bei allem berechtigten Stolz auf die eigenen Leistungen der Vergangenheit frei von aller Kampfstimmung gegen das Fremde als solches, insbesondere gegen das römische Recht . . .". Er meinte, da das Deutsche Privatrecht nur für die Verwirklichung der Gerechtigkeit arbeite, werte es auch Fremdeinflüsse nach dem Maße, wie sie zur Herstellung der Gerechtigkeit beitrügen. Und dabei war dann das römische Recht offensichtlich doch nicht ganz wertlos. Deswegen ist der Prozeß seiner Rezeption noch nicht ganz abgeschlossen. Das römische Recht war nach den Worten von Mitteis noch nicht „voll aufgehoben, d. h. überwunden, in seinen Dauerwerten bewahrt und auf höherer Ebene fruchtbar gemacht."[54]

---

[49] Mitteis, 16, bei der Charakterisierung der Kodifikationen.
[50] Mitteis, 20.
[51] Mitteis, 21.
[52] Mitteis, 21.
[53] Mitteis, Vorwort.
[54] Mitteis, 23.

### *4. Wie wirkte sich Mitteis' Programm in der Durchführung aus?*

Wichtigstes materiales Prinzip von Mitteis' Deutschem Privatrecht war: „Recht und Pflicht sind nicht zu trennen, die Rechte uns gegeben, damit wir unsere Pflichten erfüllen können".[55] Die historische Wurzel dieses Prinzips scheint die Treupflicht des Vasallen im mittelalterlichen Lehnsrecht gewesen zu sein.[56] Daß auch Christian Wolff in seinem Naturrecht dieses Prinzip aufgestellt hat, verschwieg Mitteis, weil er zu Unrecht Wolff einer Richtung des Naturrechts zuwies, die den Individualismus betonte.[57] Wenn Mitteis die Entwicklung einer Regel beobachtete, die diesem Pflichtenprinzip entsprach, verlieh er ihr ein positives Prädikat und erteilte ihr die rechtspolitische Aufgabe der weiteren Bewahrung des Errungenen im geistigen Ringen um die Werte.

Negativ bewertet werden demgegenüber die Regeln, die auf dem Grundsatz beruhten, daß das Privatrecht eine Ordnung der Rechte der Willensherrschaft des Individuums bildete, wie sie die Pandektisten im 19. Jh. auf der Grundlage des römischen Rechts entwickelt haben. Auch das ist eine historische Tatsache, aber ein Zustand, von dem sich die jüngere Rechtsentwicklung in Mitteis' Sicht mit Recht mehr und mehr in einer Weise entfernt hat, die das Deutsche Privatrecht mit rechtspolitischen Ratschlägen unterstützen mußte. Beispiele für beides finden sich in allen Rechtsgebieten.

Daß das deutsche Recht ursprünglich ein soziales Recht ist, drückt sich natürlich besonders deutlich im Recht der menschlichen Gemeinschaften und Gesellschaften aus. Mitteis meinte,[58] das deutsche Recht habe auf dem Gebiete des Sozialrechts – auf dem Gebiete der Verbände und Genossenschaften – seine großen Leistungen erbracht. Die Rezeption traf auf ein blühendes deutsches Gemeinschaftsrecht, hat das aber wohl teilweise zerstört.[59] Das Naturrecht brachte dann aber mit der Lehre vom Personenverband als „moralische" Person die deutschrechtlichen Prinzipien wieder zu Ehren. Dabei ist es richtigerweise bis heute geblieben:[60] Die Gerichte sprechen heute sogar in richtiger Durchführung deutschrechtlicher Gedanken von „Treupflichten" von Aktionären.

Für die germanischen Dauerwerte des Eigentums galt bei Mitteis folgendes:[61] Privateigentum ist aufgespeicherte und für kommende Generationen bereitgestellte Arbeit; darin liegt seine soziale Rechtfertigung, zugleich aber sein Pflichtgehalt. Alles Eigentum ist Dienst an der Sache, aber auch Dienst an der Gesamtheit, es ist in der Gesellschaftsordnung vorgegeben, wie der christliche Solidarismus immer gelehrt hat. Gemeinsame Not kann zu verstärkten Gemeinschaftsbindungen führen, zur Sozialisierung in verschiedenen Formen und Graden, zur Kontrolle über Bodenschätze, Schlüsselindustrien" usw. All das soll in dem alten deutschen Begriff „Regalität" der Sache nach schon stecken. Weiter heißt es: „Das deutsche Eigentum ist nicht schrankenlose Herrschaft, sondern Zurechnung zu einer konkreten persönlichen Rechtssphäre ... je nach seiner sozialen Funktion inhaltlich differenziert ... Schon die merowingischen Landschenkungen ... Ähnlich gibt es heute Dienst-, Siedlungs- und Treuhandeigen ..."[62] Dementsprechend hielt Mitteis einen weit gespannten Eigentumsbegriff, der alle möglichen Rechtsob-

---

[55] Mitteis, 33, ferner oben bei Note 43.
[56] Mitteis, 145.
[57] Mitteis, 16, oben bei Note 49.
[58] Mitteis, 41.
[59] Mitteis, 46.
[60] Mitteis, 47.
[61] Mitteis, 82.
[62] Mitteis, 88.

jekte umfaßte, für ein Ergebnis des deutschen Rechtsdenkens. Das erleichtert auch die Einbeziehung geistiger Leistungen (Immaterialgüterrecht).

Andererseits brachten das Römische Recht oder auch die mechanistische Naturphilosophie des 19. Jh.[63] mit der Beschränkung auf Sacheigentum und der daraus resultierenden strengen Trennung von Schuld- und Sachenrecht Prinzipien zur Geltung, die die Rechtssicherheit im Verkehr vor den Schutz der Herrschaftssphäre des einzelnen stellen. Unter diesem Gesichtspunkt ist insbesondere für Mitteis das Abstraktionsprinzip kritikwürdig.[64] Darin würde ihn heute der § 1365 BGB bestätigen können, der für Geschäfte eines Ehegatten in bezug auf sein gesamtes Vermögen nicht mehr zwischen Verpflichtung und Verfügung unterscheidet. Aus der Perspektive von Mitteis würde dabei der deutschrechtliche „soziale" Gedanke des Schutzes der Ehe den Vorrang haben vor individuellen Austauschinteressen.

Wenn man gemäß germanischem Rechtsgedanken nicht übertrieben starr zwischen Schuld- und Sachenrecht trennt, scheint es auch richtig zu sein, in dem viel erörterten Fall des doppelten Verkaufs einer Sache dem ersten Vertragspartner den Vorrang zu geben.[65]

Für Mitteis gab es geradezu typische Verläufe von Entwicklungen. Ein Muster dafür bietet das Hypothekenrecht.[66] Das Mittelalter war bereits auf dem Wege zu einem modernen Hypothekenrecht, das auf den Prinzipien von Publizität und Spezialität beruhte. Diese wurden nach Mitteis durch die Rezeption gefährdet. Das römische Recht brachte die nicht eintragungsbedürftige Generalhypothek. Das war für die Schuldner höchst nachteilig, befriedigte aber auch die Interessen der Gläubiger nicht. Deswegen, meint Mitteis, sei die neuere Gesetzgebung richtigerweise zu den ursprünglichen „deutschrechtlichen" Gedanken zurückgekehrt.

Dem gleichen Schema folgt nachstehende Ableitung: „Das ältere Recht kennt Sachinbegriffe ... – Heute sind ... Rechte nur an den einzelnen Sachen möglich. – Die Tendenz geht dahin ... als rechtliche Einheit anzusehen".[67]

Bei § 932 BGB kritisierte Mitteis das Fehlen einer Lösungsmöglichkeit für den alten Eigentümer, wie sie das alte deutsche Recht kannte. Das sei, meinte Mitteis, unter anständigen Menschen üblich.[68] Auch hier steht also die soziale Pflicht vor dem Recht des Erwerbers.

Nach Mitteis war auch das Schuldrecht des BGB im Kern deutschrechtlich geblieben. Das sollte sich im Prinzip der Vertragsfreiheit und in der Auffassung des Schuldverhältnisses als Organismus manifestieren.[69] Dabei führte Mitteis die Typenfreiheit des deutschen Vertragsrechts gegen den Numerus clausus der römischen Vertragstypen ins Spiel. Das läßt sich nicht ganz mit dem vereinbaren, was Mitteis eingangs über die Konkretheit und Anschaulichkeit des deutschen Rechts gesagt hatte. Denn im Grunde war das römische Recht lebensnäher und konkreter, wenn es die Verträge einteilte: Bei den Konsensualverträgen Kauf und Miete nach dem, was typischerweise ein sinnvoller Inhalt war, bei den Realverträgen nach dem Gesichtspunkt der Abwicklung (Leihe, Darlehen), bei der Stipulation nach der eindeutigen Form und bei den Innominatverträgen nach dem Beginn der Erfüllung von einer Seite. Demgegenüber erscheint die Klagbarkeit des *pactum nudum* eher als abstraktes Prinzip der Willensherrschaft.[70]

---

[63] Mitteis, 21.
[64] Mitteis, 83.
[65] Mitteis, 83.
[66] Mitteis, 113.
[67] Mitteis, 84.
[68] Mitteis, 121.
[69] Mitteis, 126.
[70] Vgl. Wieacker, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, 58. K.-P. Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffes. So im Grunde Mitteis selbst, 29.

Weiter entspricht nach Mitteis die Vorstellung des Schuldverhältnisses als Organismus dem ganzheitlichen Denken des mittelalterlichen Rechts.[71] Erst auf der Grundlage dieser Auffassung hielt Mitteis die Lehre von den Leistungsstörungen für begründbar. Besonders deutlich wird das bei der positiven Vertragsverletzung. Dort heißt es: „Genauere Kenntnis des materiellen Rechts hätte diesen Begriff nicht als neu erscheinen lassen. Für das Lehnrecht ist er geradezu typisch: Die Treupflicht des Vasallen . . .“[72] Bei diesem Beispiel zeigt sich auch, daß die Schilderung der Entwicklung unmittelbar in einen Verbesserungsvorschlag einmünden kann. So heißt es bei den Leistungsstörungen: „Der künftige Neuaufbau der Lehre von den Leistungsstörungen wird die geschichtlichen Erfahrungen verwerten müssen, vor allem den Gedanken, daß jede Störung sich im Gesamtorganismus des Schuldverhältnisses auswirkt, dieses aber, soweit sozial wertvoll, möglichst aufrechterhalten werden soll“.[73]

Der Formalismus der Rechtsgeschäfte, der im Mittelalter zum lästigen Zwang geworden war[74] und damit im Grunde zur Notwendigkeit der Rezeption geführt hat, wurde von Mitteis insgesamt positiv gesehen. Die Form war der Anknüpfungspunkt für das Vertrauen:[75] „In der Form verkörpert sich das Rechtsgeschäft wie das Kunstwerk in der Wiedergabe; sie bringt dem Volke das Recht zu lebendigem Bewußtsein . . .“.[76] Diese Sicht ist nicht unproblematisch. Daß sich das Kunstwerk in der Wiedergabe verwirklicht, gilt allenfalls für ein musikalisches Kunstwerk. Aber davon abgesehen war es stets als Forderung des deutschen Rechts angesehen worden, daß gemäß dem Grundsatz der Treue auch formlose Verträge prinzipiell verbindlich sein müßten. Daß Mitteis diese Forderungen teilweise dem kanonischen Recht zuschreibt, ist keine Lösung des Problems.[77] Vielmehr hätte er hier Farbe bekennen müssen hinsichtlich der sozialen Bedeutung von Form und Erklärung. Das französische (germanische?) Sprichwort „car le coeur doit suivre la parole“ verschiebt lediglich das Problem und macht das Wort im Verhältnis zum Willen zur Vertrauen rechtfertigenden Form.[78]

In der Rechtsgeschäftslehre bezeichnete es Mitteis als Rückkehr zu einem deutschen Standpunkt gegenüber der römischen Willenstheorie, wenn die Praxis die Irrtumsanfechtung in Fällen versagt, wo soziale Interessen auf dem Spiel stehen, wie beim Beitritt zu einer Handelsgesellschaft.[79] Daß der französische König beim Straßburger Eid des Jahres 842 den Eid in deutscher Sprache ablegte und der deutsche in französischer Sprache, ist in der Tat eine schöne Illustration des Prinzips, daß es bei der Willenserklärung auf das ankommt, was der Partner verstehen kann.[80]

Das Prinzip des Vertrauens auf äußere Tatbestände – etwa beim Vertrauensschaden – soll im deutschen Recht besonders stark ausgeprägt gewesen sein und habe sich auch in der Förmlichkeit der Rechtsgeschäfte manifestiert.[81]

---

[71] Mitteis, 126.
[72] Mitteis, 145.
[73] Mitteis, 145.
[74] Mitteis, 8.
[75] Mitteis, 29.
[76] Mitteis, 30.
[77] Mitteis, 138; vgl. auch 126.
[78] Mitteis, 137.
[79] Mitteis, 28.
[80] Mitteis, 29.
[81] Mitteis, 29.

### *5. Schlußbetrachtung*

Die von Mitteis vorgetragene Sicht der Dinge erscheint dem heutigen Juristen weithin irrational. Daß sich etwa die Lehre von den Leistungsstörungen rechtspolitisch gesehen dann auf dem richtigen Weg befindet, wenn es ihr gelingt, in schweren geistigen Kämpfen die historische Kontinuität zum Lehnrecht mit seiner Treuepflicht zu halten, ist wenig einleuchtend. Derartige Perspektiven sind ja auch kaum durchzuhalten. Das zeigen etwa die Diskussion um die Form- und Typenfreiheit beim Vertrag und auch die uneingeschränkte Einordnung des Naturrechts, das teils die Rechte des Individuums und teils seine Pflichten betont hat, in die Geschichte germanisch-deutschen Rechtsdenkens. Die Gleichsetzung germanisch-deutsch-sozial-wertvoll ist keineswegs überzeugend. Auf dieser Grundlage läßt sich eine Geschichte der Dogmen des Privatrechts nicht schreiben.

Mit dieser Feststellung soll Mitteis' These, das Recht sei nur aus seiner Geschichte heraus voll verständlich,[82] nicht bestritten werden. Aber die Geschichte liefert nicht die Kriterien dafür, wo sie vom Glauben an tradierte Dogmen befreit, und wo sich die Dauerkraft des Rechts in verbindlicher Weise bewährt hat. Es muß weiter auch anerkannt werden, daß Mitteis in der Sache viele Tendenzen richtig gewürdigt hat. Zum Beispiel kritisierte er aus seiner Pflichtenperspektive die viel zu enge Regelung von § 226 BGB, der eine schikanöse Rechtsausübung nur dann verbietet, wenn sie von einer Schädigungsabsicht getragen wird. Das widerspricht dem Pflichtenstandpunkt, der eine Rechtsausübung schon dann verbietet, wenn sie keinen positiven Bezug zu einer Pflicht hat. In diese Richtung geht auch neuerdings die Rechtsprechung und stützt das Mißbrauchsverbot auf § 242, der eine Schädigungsabsicht nicht voraussetzt. Es ist natürlich erhellend, für derartige Tendenzen Beispiele im älteren Recht oder auch in ausländischem Recht zu finden. Auch ist es sinnvoll, diese Tendenzen einzureihen in größere Prozesse, wie etwa in Hedemanns „Freiheitssturm" des 19. Jh., oder auch in die von Wieacker beobachtete Rückkehr zu den „ethischen Grundlagen des älteren europäischen Gemein- und Naturrechts".[83] Aber das Bild vom Kampf und Sieg deutschrechtlicher Gedanken paßt nicht, obwohl es eine Tradition hat, die bis in die Zeit von Stryk zurückreicht[84], und obwohl diese Betrachtungsweise auch heute noch Anhänger hat, wie etwa die jüngst geführte Auseinandersetzung um die richtige Interpretation von § 1007 BGB aus seinen teils römischen und teils germanischen Ursprüngen heraus zeigt.[85]

---

[82] Mitteis, 1.

[83] Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert. Wieacker, Industriegesellschaft, 24.

[84] Luig, Art. „Stryk", in: HRG.

[85] P. Koch, Neues Verständnis auf der Grundlage alten Rechts, 1986; dazu *meine* Rezension ZNR 1988, 242. S. Weber, § 1007 BGB – Prozessuale Regelungen im materiell-rechtlichen Gewand, 1988; dazu *meine* Rezension ZNR 1990, 103.

ISSN 0005–710X
ISBN 3 7696 0101 7