

Konsilien der deutschen Juristenfakultäten als Quellen der historischen Volkskunde, insbesondere auch der Rechtlichen Volkskunde

Autor(en): **Elsener, Ferdinand**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Schweizerisches Archiv für Volkskunde = Archives suisses des traditions populaires**

Band (Jahr): **68-69 (1972-1973)**

Heft 1-6: **Festschrift für Robert Wildhaber zum 70. Geburtstag am 3. August 1972**

PDF erstellt am: **11.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-116777>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

**Konsilien der deutschen Juristenfakultäten
als Quellen der historischen Volkskunde,
insbesondere auch der Rechtlichen Volkskunde**

Am Beispiel von Tübinger Konsilien

von *Ferdinand Elsener*, Tübingen

Für den rechtsgeschichtlich weniger bewanderten Leser erst eine kurze Einleitung: Die Konsilienliteratur der deutschen Juristenfakultäten hängt wesentlich zusammen mit der Gerichtsverfassung des Alten Reiches.

Die Entstehung der Rechtsschule von Bologna im 12. Jahrhundert führte zu einer Neubeschäftigung mit dem römischen Recht, insbesondere mit dem später so genannten «Corpus iuris civilis» des byzantinischen Kaisers Justinian (regierte 527–565): Institutionen, Digesten, Codex, Novellen¹. Hand in Hand damit ging – ebenfalls in Bologna – die Begründung einer Schule des Kirchenrechts durch den Camaldulensermonch *Gratian*; daraus ging die klassische mittelalterliche Kanonistik hervor². Bologneser Romanistik oder Legistik (Schule der Glossatoren und der Kommentatoren) und Bologneser Kanonistik (Dekretisten und Dekretalisten) führten dann im Abendland zur *Rezeption* des gelehrten (römisch-kanonischen) Rechts. Europa erhielt ein gelehrtes Gemeines Recht (*Ius commune*), das – grob ausgedrückt – überall dort (subsidiär) gelten sollte, wo das einheimische Recht keine Regel (Norm) enthielt.

Neben Bologna entstanden in *Italien* und auch in *Frankreich* neue Rechtsschulen bzw. Juristenfakultäten, so u.a. in Padua, Perugia, Pavia, Siena, Paris, Toulouse, Montpellier, Orléans, Bourges, Avignon, Valence usw. Bald folgten auch deutsche Universitäten bzw. Juristenfakultäten in Prag, Wien, Heidelberg, Köln, Erfurt, Leipzig, Rostock, Freiburg i. Br., Basel, Tübingen (1477) usw.

In Deutschland setzte sich die Rezeption des gelehrten Rechts ganz besonders stark durch. Das gelehrte Gemeine Recht (*Ius commune*) überdeckte bald das überlieferte einheimische Satzungs- und Gewohnheitsrecht oder hat dieses doch weitgehend verdrängt. Doch blieb die mittelalterliche Gerichtsverfassung weitgehend bestehen. Nach wie vor amtierten *Laienrichter* (Schultheissen, Vögte, Amtmänner, Stadt-

¹ Zur Rezeption des gelehrten (römischen und kanonischen) Rechts vgl. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Göttingen 1967², 45ff.

² Wieacker (wie Anm. 1) 71 ff.; Hans Erich Feine, *Kirchliche Rechtsgeschichte. Die katholische Kirche*. Köln 1964⁴, 271 ff.

richter, Hofammänner, Räte der Städte usw.), das gilt vor allem für die Kleinstädte und für die ländlichen Gebiete; in grössern Städten und an den fürstlichen Hofgerichten (Kammergerichten, Appellationsgerichten) nahmen jedoch mehr und mehr gelehrte Richter (doctores) Einsitz. Auch die Schaffung des Reichskammergerichtes (besetzt zur Hälfte mit gelehrten Richtern) brachte einen starken Vormarsch des römischen Rechts im Alten Reich. Für die unteren Gerichte war aber der studierte Richter zu teuer; abgesehen davon, dass studierte Juristen noch nicht in so grosser Zahl vorhanden waren.

Vom gelehrten Recht ergriffen wurden aber nicht allein das Zivilrecht und das Prozessrecht (römisch-kanonischer, schriftlicher Prozess); in Deutschland erfuhr auch das Strafrecht eine «Verwissenschaftlichung», damit verbunden eine Modernisierung und – darf man wohl in der grossen Übersicht sagen – auch Humanisierung.

Die nicht studierten oder nur halbgelehrten, des Lateins unkundigen Richter, vor allem kleiner Städte und der Gerichte auf dem Lande, kamen jedoch mit dem gelehrten Recht vielfach nicht zurecht. Sie brauchten vor allem Beratung, Unterweisung. Dazu boten sich die juristischen Fakultäten der Landesuniversitäten an, – vielfach, vor allem in wichtigeren Fällen auch besonders angesehene fremde Juristenfakultäten³.

So kam es zur Institution der *Aktenversendung*. Das ungelehrte Gericht schickte im Zweifelsfalle die Akten eines Falles an die Juristenfakultät der Landesuniversität («Spruchfakultät») und holte sich dort Rat. Diesem Rat gab die Fakultät die Form eines meist weitläufigen Gutachtens (consilium). Später schickte sie dem anfordernden Gericht in der Regel gleich einen Urteilsentwurf, den das Gericht dann ohne weitere umständliche Beratung zum formellen Urteil erhob⁴.

Diese Konsilien enthalten regelmässig eine genaue Aufzeichnung des Tatbestandes (Species facti) und des Beweisverfahrens (Zeugeneinvernahmen usw.), dann die Relationen des Gerichtes und den Urteils-

³ Vgl. dazu Jochen Geipel, Die Konsiliarpraxis der Eberhard-Karls-Universität und die Behandlung der Ehrverletzung in den Tübinger Konsilien. Stuttgart 1965, 69 ff.; dort auch eine Karte der anfragenden Orte (von Basel und Lindau bis Erfurt, und von Strassburg bis Köslin in Pommern). – Die meisten Anfragen kamen aus dem Herzogtum Württemberg. Anfragen von auswärts erfolgten vor allem in Appellationssachen wegen besserer Gewähr der Unparteilichkeit und weil die eigene Landesuniversität regelmässig bereits in erster Instanz ein Gutachten abgegeben hatte.

⁴ Näheres mit Literaturhinweisen bei Wieacker, PrivatRG der Neuzeit, 181 f.; Geipel (wie Anm. 3) 36 ff.; Helmut Coing, Römisches Recht in Deutschland, in: Ius Romanum Medii Aevi, Pars V, 6. Mailand 1964, § 79, S. 208 ff.; Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Göttingen 1965³, 135 ff., 152 ff. et passim.

vorschlag. Die Zahl der Gutachten der deutschen Juristenfakultäten ist unüberschaubar⁵. Stellvertretend seien die Zahlen von Tübingen angeführt: Das Universitätsarchiv und die Universitätsbibliothek Tübingen verwahren rund 20 000 ungedruckte Konsilien der Tübinger Juristenfakultät und ihrer Mitglieder aus den Jahren 1553–1883⁶.

Diese Konsilien erhielten bald das Ansehen und die Funktion von Präjudizien höchstrichterlicher Entscheidungen, d. h. die einmal ausgegebenen Konsilien wurden durch die Gerichte ähnlich gelagerten Entscheidungen weiterhin zugrunde gelegt. Das galt einmal für die Konsilien der Juristenfakultät der eigenen Landesuniversität, die im Territorium des betreffenden Landesherrn mit einer besonderen Autorität ausgestattet waren. Das galt aber noch vermehrt für die Gutachten der eigentlich berühmten und anerkannten Juristenfakultäten, zu denen – je zu Zeiten verschieden – etwa die Fakultäten von Halle, Leipzig, Tübingen, Göttingen, Erlangen, Wittenberg, Freiburg i. Br. gehörten.

Der aufkommende Buchdruck gab dann den Konsilien eine besondere Breitenwirkung. Praktisch über alle europäischen Länder hinweg erfolgte auf diese Weise ein wissenschaftlicher Austausch⁷.

⁵ Überblick und Stand der Forschung bei Guido Kisch, *Consilia. Eine Bibliographie der juristischen Konsiliensammlungen*. Basel 1970. – Die Konsiliensammlungen erscheinen unter verschiedenen Bezeichnungen: *Consilia*, *Responsa*, *Decisiones*, *Consultationes*, *Gutachten*, *Rechtssprüche*, *Entscheidungen*. – Zur ganzen Problematik vgl. vor allem Clausdieter Schott, *Rat und Spruch der Juristenfakultät Freiburg i. Br.* Freiburg i. Br. 1965; Hermann Lange, *Das Rechtsgutachten im Wandel der Geschichte*. *Juristenzeitung*, 24 (1969) 157–163; Hermann Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*. Bd. 2. Karlsruhe 1966, 348f. und *Literaturhinweise* S. 354f.; Woldemar Engelmann, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*. Leipzig 1938, 243ff.; Guido Kisch, *Claudius Cantiuncula. Ein Basler Jurist und Humanist des 16. Jahrhunderts*. Basel 1970, 99–116: *Cantiuncula als Rechtsgutachter*.

⁶ Geschlossene Bestände von Tübinger Konsilien liegen im Universitätsarchiv Tübingen unter den Signaturen: 83/1 – 5, 84/1 – 269, 85/1 – 10, 86/1 – 11, – insgesamt 210 Bände und 86 Faszikel. – In der Universitätsbibliothek Tübingen, Handschriftenabteilung, finden sich noch 3 Bände unter der Signatur Mh I 242. – Freundliche Mitteilung von Staatsarchivrät Dr. Volker Schäfer, Universitätsarchivar, Tübingen. – Auch die Basler Juristenfakultät wurde natürlich häufig um Rechtsgutachten ersucht; sie wurden aber nie gedruckt. Aus dem 18. Jahrhundert sind sie vermutlich nahezu vollständig erhalten. Darnach hat die Basler Juristenfakultät in der Zeit zwischen 1698 und 1818 nahezu zweihundert Gutachten ausgearbeitet. Aus dem 17. Jahrhundert sind sie längst nicht mehr alle vorhanden, doch muss ihre Anzahl in jenem Jahrhundert weit grösser gewesen sein. Andreas Staehelin, *Geschichte der Universität Basel 1632–1818*. Basel 1957, 286ff.; dort auch weitere Einzelheiten zur Basler Consiliartätigkeit.

⁷ Vgl. z. B. Ferdinand Elsener, *Die «Jurisprudenz» in der Stiftsbibliothek Einsiedeln vom 16. bis 18. Jahrhundert*. *Der Geschichtsfreund*. Mitteilungen des Historischen Vereins der fünf Orte Luzern, Uri, Schwyz, Unterwalden und Zug 111 (1958) 36–104, insbesondere die Liste der Autoren, 57ff.

Zu den weitverbreiteten Konsilienreihen gehörten auch die verschiedenen Ausgaben von Tübinger Konsilien. Einzelne Ausgaben betreffen nur einen einzigen Autor, so *Johannes Sichard*, *Christoph Besold* (der allerdings in seinen Konsilienbänden auch Fakultätsgutachten mitveröffentlicht hat), *Ferdinand Christoph Harpprecht*, *Martin Prenninger*, *Wolfgang Adam Schöpf*, *Georg Friedrich Harpprecht*. Neun Bände Konsilien aus den Jahren 1636 bis 1750 hat die Tübinger Juristenfakultät selbst zwischen 1731 und 1750 herausgegeben; es sind dies die sogenannten «*Consilia Tubingensia*» (Autoren: *Gabriel Schweder*, *Wolfgang Adam Schöpf*, *Wolfgang Adam Lauterbach*, *Michael Grass* u. a. m.)⁸. Insbesondere diese Sammlung hat den Ruhm der Tübinger Juristenfakultät in die weite Welt hinausgetragen. Dabei ist anzumerken, dass die Tübinger Juristenfakultät über lange Epochen ihrer Geschichte hinweg vornehmlich eine Praktiker-Fakultät war und in diesem Sinne vor allem Studenten anzog – etwa auch aus der Schweiz⁹ –, die sich für den späteren Beruf das praktische Rüstzeug holen wollten, – aber auch nicht mehr. Grosse philosophische und spekulative Köpfe waren unter den juristischen Professoren Tübingens eher selten.

* * *

Nun zum volkscundlichen Gehalt der Tübinger Konsilien¹⁰. Vorweg ist zu sagen, dass die strafrechtlichen Konsilien erfahrungsgemäss dem Volkkundler am meisten bieten¹¹.

Durchgehen wir die einzelnen Bände der *Consilia Tubingensia*, so stossen wir auf mancherlei Zeugnisse des *württembergischen Volkslebens* im 18. Jahrhundert¹². So findet sich im Prozess einer Gemeinde gegen

⁸ Über die verschiedenen Tübinger Sammlungen im einzelnen, über Fragen der Autorschaft vgl. Geipel (wie Anm. 3) 61 ff.

⁹ Ferdinand Elsener, Schweizer Juristen an der Tübinger Juristenfakultät zwischen 1810 und 1821, in: Festschrift Reinhold Rau zum 70. Geburtstag (Beilage zu «Der Sülchgau»). Rottenburg am Neckar 1967, 19–23.

¹⁰ Zu Standesordnungen, Kleiderordnungen usw. im 18. Jahrhundert in der Reichsstadt Nürnberg vgl. Ferdinand Elsener, Die Doktorwürde in einem Consilium der Tübinger Juristenfakultät des 18. Jahrhunderts, in: *Mélanges Philippe Meylan*. Vol. 2. Lausanne 1963, 25–40.

¹¹ Vgl. dazu für Tübingen Geipel (wie Anm. 3); Hermann Seeger, Die strafrechtlichen *consilia Tubingensia* von der Gründung der Universität bis zum Jahre 1600 (Zur vierten Säcularfeier der Universität Tübingen im Sommer 1877. Festprogramm der juristischen Facultät). Tübingen 1877; Paul Gehring, Der Hexenprozess und die Tübinger Juristenfakultät. Untersuchungen zur Württ. Kriminalrechtspflege im 16. und 17. Jahrhundert. Zeitschrift für württembergische Landesgeschichte 1 (1937) 157–188, 370–405; 2 (1938) 15–47.

¹² Die nachfolgenden Beispiele stammen aus dem Bd. 9 der sog. «*Consilia Tubingensia*», mit dem (abgekürzten) Titel: «*Collectionis novae consiliorum*

ihren Pfarrer, der sein Amt vernachlässigt und einen ungeistlichen Lebenswandel führt (Bd. 9, Consilium V), eine lebendige Schilderung des *kirchlichen Lebens* in einer Dorfgemeinde. Wir erfahren da manches über den Bildungsstand eines Landpfarrers, über Predigt, Kirchengebete, Abendmahl, Leichenbegängnis, Schule, auch über die Suspension eines Pfarrers, über seinen Vaterschaftsprozess, die Beihilfe zur Münzfälschung u. a. m.

Selbstverständlich entdecken wir in vielen Konsilien immer wieder Berichte aus dem *bäuerlichen Alltag* (z. B. Bd. 9, Cons. IV), so über Dorfordnungen, Frondienste, Waldnutzen (Bauholz), Viehweide, Bannwein, Pfarrerbesoldung. Bemerkenswert ist in diesem Consilium die Streitfrage, wie weit der Bauer mit seinem Pflug an den Wald des Herrn (Reichsritterschaft) heranpflügen darf. Nach einer Dorfordnung ist es Sache des Bauern, bis an den Rand des herrschaftlichen Waldes zu pflügen, um so der Ausdehnung des Waldes in das Ackerland hinein zu wehren; tun dies die Bauern nicht und dehnt sich der Wald aus, so scheidet der mit Wald bestückte Teil des vorherigen Ackerlandes aus der Nutzung der Bauern aus und fällt der Herrschaft zu.

Ein anderes Consilium (Bd. 9, Cons. XII) geht in das Gebiet der *Volksmedizin* hinein. Ein melancholischer Mann hat seine Schwägerin erdrosselt. Das Consilium schliesst – auf Grund der Gutachten der Ärzte (von Herrn Physico Ord. & Chirurgo juratis) – dahin, der Mann sei von der «Windsbraut» besessen gewesen¹³. Es stellt sich nun die Frage der strafrechtlichen Zurechenbarkeit. Der Mann wird nicht durch das Rad hingerichtet, sondern durch das Schwert. Hinterher wird aber sein Leichnam auf das Rad geflochten und sein Kopf auf einen Pfahl gesteckt, d. h. die Hinrichtung durch das Rad wird nur noch am Toten vollstreckt.

Noch heute gehört es zur täglichen Weisheit des Arztes, dass Aussagen der ausserehelichen Kindsmutter während der Geburtswehen

juridicorum Tubingensium volumen IX., continens Wolfgangi Adami Schoepffii... consilia selectissima ex jure sacro & profano, publico & privato, criminali & feudali, praecipuam partem inclutae facultatis juridicae Tubingensis nomine elaborata... Tubingae, sumptibus Joh. Georgii Cottae, anno MDCCCL.» – Zitierung «Marg.» = Numerus marginalis.

¹³ Marg. 5: «...da er einen nachtheiligen Hauß-Kauff gethan, und eine sogenannte Winds-Brauth in Ihne gefahren seyn solle...». – Gemeint: von der Windsbraut (Windhexe) besessen im Sinne von «verhext». Vgl. Friedrich Kluge/Walther Mitzka, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache. Berlin 1963¹⁹, 863. – Eine Reihe von Belegen für Windsbraut als Hexe im Wörterbuch der schweizerdeutschen Sprache (Schweizerisches Idiotikon). Bd. 5, Sp. 1001 f.

(in Kindsnöthen) ihr besonderes Gewicht haben (Bd. 9, Cons. XX). Diesen Volksglauben bestätigt auch das Gutachten, desgleichen den Brauch, den Vaterschaftseid im Zusammenhang mit dem Abendmahle (so sie das H. Nachtmahl darauf empfangen haben) abzunehmen. Von besonderer Bedeutung ist auch die Befragung der Kindsmutter in Anwesenheit des in Anspruch genommenen Schwängerers. Schliesslich wird der leugnende Mann ins Blockhaus gelegt, um ihn «zum Nachdenken» zu bringen¹⁴. Das neugeborene Kind wird schliesslich mit Wein gewaschen.

In einem Fall der Unzucht mit Minderjährigen (Bd. IX, Cons. XXIII, S. 249 ff.) wird, trotz schwerer Indizien, auf die Folter verzichtet. Das Urteil gegenüber der volljährigen Mittäterin wird schliesslich Gott überlassen («das Hauptwerck aber Gottes Gericht zu überlassen»). Die Volljährige wird, anstelle der Hinrichtung, als Auswärtige gnadenweise verbannt. Der unmündige Täter wird zur Strafe den Eltern übergeben. Interessant sind in diesem Consilium auch die Ausführungen über die Glaubwürdigkeit von Aussagen Minderjähriger in Sittlichkeitsprozessen. Schliesslich spielt auch das Rechtspruchwort (*Regula iuris*) in der Argumentation noch seine bescheidene Rolle: «Kinder und Narren sagen die Wahrheit», unter Hinweis auf die gelehrte Literatur¹⁵.

Die Juristengutachten sind, so gesehen, zuverlässige Quellen, um die «*Rechtswirklichkeit*» zu ergründen, die sich – wie wir heute alle wissen – aus den positiven Normen (Weistümer, Stadtrechte, Satzungen aller Art) allein nicht mit Sicherheit erfassen lässt. Zu denken ist etwa an die Frage, ob, und wenn ja, wie oft oder wie selten grausame

¹⁴ Vgl. dazu bei Eduard Osenbrüggen, *Culturhistorische Bilder aus der Schweiz*. Leipzig 1863, 11 ff.: Die Schilderung des «Gefängniskastens» in Appenzell als «Wahrheitsforschungsmittel» oder «uneigentliche Folter».

¹⁵ Marg. 45. – Das gleiche Rechtspruchwort findet sich auch in Cons. XIII, Marg. 55; im dazugehörigen Cons. XIV, S. 146 ff., Marg. 95: Pranger, Rutenstrafe, Landesverweisung, Urfehde, Arbeitshaus. – Weitere Rechtspruchwörter und *Regulae iuris* sind erwähnt im *Gesamtregister* zu den *Consilia Tubingensia*, in Bd. IX am Schluss, unter den Stichworten «Proverbium» und «Regula», z. B.: Wer nicht kan fechten, gewinnt nichts in Rechten; Getreuer Herr, getreuer Knecht; Krumm-Stab schließt niemand auß; Wer den Kopf hat, schießt den Bart; Illius potior est causa, qui regulam pro se habet; Quod quis per alium facit, id ipse fecisse dicitur. – Zu den Rechtspruchwörtern und *Regulae iuris* vgl. Ferdinand Elsener, «Keine Regel ohne Ausnahme». Gedanken zur Geschichte der deutschen Rechtspruchwörter, in: *Festschrift für den 45. deutschen Juristentag*. Karlsruhe 1964, 23–40; Albrecht Foth, *Gelehrtes römisch-kanonisches Recht in deutschen Rechtspruchwörtern*. Tübingen 1971; Hans-Rudolf Hagemann, *Gedinge bricht Landrecht*. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, 87 (1970) 114–189.

Strafen und Folter in der *Rechtspraxis* angewandt worden sind. So zieht sich – um bei unserm Beispiel zu bleiben – durch den erwähnten Bd. IX der *Consilia Tubingensia* des Professors Wolfgang Adam Schöpf wie ein roter Faden das Bemühen des Gelehrten, die Folter vom Angeschuldigten wo immer möglich abzuwenden, im Sinne einer «mâze» und «Bescheidenheit», – und dies auch dann, wenn nach der peinlichen Gerichtsordnung die Folterungsvoraussetzungen augenscheinlich gegeben wären. In ähnlicher Weise entscheidet sich Schöpf regelmässig für die «mildere» Form der Hinrichtung, also für die Hinrichtung durch das Schwert (anstatt durch das Rad usw.).

Andererseits bieten die *Consilia* in ihren Tatbeständen (*facta*) vielfältige Beispiele des Aberglaubens, des Hexenglaubens, gelegentlich auch – für den Volkskundler und Strafrechtshistoriker nicht ohne Bedeutung – Hinweise auf die grenzenlose Armut des gemeinen Volkes, vor allem der Bauern in Württemberg (und wohl auch anderswo) im 18. Jahrhundert – eine Armut, die manche Delikte begünstigt hat, gerade auch die Sittlichkeitsdelikte (z. B. Inzest) in Behausungen, wo Hausgenossen verschiedenen Geschlechtes dieselbe Schlafstätte benutzen mussten¹⁶.

¹⁶ Cons. XXIII, Marg. 75.