

**György Diószdi**

(Budapest)

**DER VERTRAG IN DEN FRÄNKISCHEN FORMELSAMMLUNGEN**

**SZEGED**

**1970**



## DER VERTRAG IN DEN FRÄNKISCHEN FORMELSAMMLUNGEN

### I.

1. Man begegnet in den fränkischen Urkundenformeln der merowingischen und karolingischen Zeit häufig vertraglich festgesetzten Strafen. Es ist auffallend, dass die Strafen sich in der Regel nicht allein auf die Vertragschliessenden beziehen, sondern auch gegen Dritte gerichtet sind, etwa folgendermassen:

*Form. Tur. 8: Et si fuerit aut ego ipse aut ullus de heredibus meis vel quislibet persona, qui contra hanc vinditionem aliquam calumniam vel repetitionem generare presumpserit, contra cui litem intulerit, solidos 15 conponat, et haec vinditio firma permaneat.*<sup>1</sup>

2. — Das Schrifttum hat jenen Strafklauseln keine entsprechende Aufmerksamkeit geschenkt.<sup>2</sup> In mehreren Arbeiten, die sich mit dem fränkischen Vertragsrecht oder mit den Formelsammlungen befassen, wird die Frage überhaupt nicht erwähnt, oder nur kurz gestreift.<sup>3</sup> Selbst die juristisch ungeheuer interessante und verblüffende Erscheinung, dass die Vertragsstrafe auch gegenüber Dritten geltendgemacht wird, registriert man oft mit einer unbegrifflichen Gleichgültigkeit.<sup>4</sup>

Die Eigenart der fränkischen Strafklauseln wurde meines Wissens bisher nur von vier Verfassern einigermaßen berücksichtigt:

a) Löning erklärte die häufige Anwendung der Strafklausel mit einer verschollenen gesetzlichen Bestimmung. Seine These scheidet aber an dem Umstand, dass in den Formeln kein einheitlicher Massstab der Strafen zu entdecken ist.<sup>5</sup> Deshalb hat Sjögren die gesamte löningsche Lehre abgelehnt,

<sup>1</sup> Die Formeln sind nach Zeumers Ausgabe angeführt. Vgl. MGH Legum Sectio V Formulae Merowingici et Karolini Aevi. edidit K. Zeumer (Hannoverae, 1886).

<sup>2</sup> W. Ebel, Über die Formel „für mich und meine Erben“, ZRG Germ. Abt. 84 (1967) S. 256.

<sup>3</sup> Vgl. etwa; L. Stouff, De formulis secundum legem Romanam a VII<sup>o</sup> saeculo ad XII<sup>m</sup> saeculum (Paris, 1890) S. 39; A. Halban, Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten III (Breslau, 1907) S. 68 ff.; J. F. Lemarignier, Les actes de droit privé de Saint-Bertin au haut moyen-âge, RIDA 3. année, tome 5 (1950) S. 35 ff.; P. Ourliac—J. De Malaufosse, Droit romain et ancien droit. Les obligations (Paris, 1957) S. 50 ff. Man behauptet sogar ausdrücklich, dass die fränkischen Strafklauseln mit der römischen Vertragsstrafe identisch seien. Vgl. etwa; W. Felgentraeger, Zu den Formulae Andecavenses, Festschrift Koschaker III (Weimar, 1939) S. 372.

<sup>4</sup> Vgl. etwa: Stouff, a. a. O. S. 38; Halban, a. a. O. S. 68 ff. Der letztere erwähnt bloss, dass die Erstreckung der Strafe auf dritte Personen germanischen Ursprungs sei.

<sup>5</sup> Lönings Abhandlung (Ueber den Ursprung und Bedeutung der in den alt-deutschen Urkunden enthaltenen Strafklauseln. Strassburg, 1876) war mit leider nicht zugänglich. Ich führe seine Ansichten auf Grund der Arbeit Sjögrens an. Vgl. W. Sjögren, Ueber die römische Conventionalstrafe und die Strafklauseln in den fränkischen Urkunden (Berlin, 1896) S. 103.

obwohl die letztere auch eine zutreffende Beobachtung enthält. Löning erkannte nämlich, dass die Strafen sich eigentlich nicht gegen den Vertragsbruch, sondern gegen die Verletzung des durch den Vertrag begründeten Rechtszustandes richten.<sup>6</sup>

b) Sjögren hebt zwei Züge der fränkischen Strafklauseln hervor. Vor allem betont er mit vollem Recht die objektive Fassung der Vertragsstrafe.<sup>7</sup> Seine Erklärung ist jedoch nicht einwandfrei. Er nimmt an, dass die Strafklauseln aus einem Gewährleistungsversprechen entstanden sind, was mit dem Umstand kaum vereinbar ist, dass eine jede dritte Person, also auch der Entwahrer, im Falle einer Anfechtung mit der Strafe bedroht wird.

Den zweiten Wesenszug der fränkischen Klauseln erblickt er darin, dass „in der Regel“ auch dem Fiscus eine Beteiligung an dem Strafbetrag gewährt wird.<sup>8</sup> Diese Beobachtung ist jedoch meines Erachtens nicht zutreffend. Erstens: war die Beteiligung des Fiscus an der Strafe keine Eigentümlichkeit des fränkischen Rechts, sie war ja auch im griechisch-römischen Ägypten üblich,<sup>9</sup> zweitens war diese Bedingung nicht so allgemein, wie es Sjögren annimmt.<sup>10</sup>

Sjögren ist der Ansicht, dass infolge der Strafklauseln der Vertragsbruch als ein Delikt behandelt worden sei.<sup>11</sup> Es ist aber recht bedenklich, ob man den engen Zusammenhang zwischen Delikt und Strafe, wie er dem römischen Recht geläufig war, auf das fränkische Recht übertragen dürfe. Schliesslich bietet Sjögren auch einen wertvollen Gedanken, indem er die Häufigkeit der Strafklausel mit der Rechtsunsicherheit, namentlich mit der „Unsicherheit... des Übereignungsgeschäfts *per cartulam*“ in Zusammenhang bringt.<sup>12</sup>

c) Neulich hat sich auch Gaudemet mit der Frage befasst.<sup>13</sup> Da er aber in seiner Abhandlung das Fortleben des römischen Rechts im Reich der Franken schildert, neigt er begreiflicherweise zu einer Überschätzung des römischen Elementes. Er erblickt z. B. keinen wesentlichen Unterschied zwischen den fränkischen Strafklauseln und der römischen Vertragsstrafe.<sup>14</sup> Doch berücksichtigt er auch die Eigenart des fränkischen Vertragsrechts. Die häufige Anwendung der Strafklausel erklärt er — im Einklang mit Sjögren — mit der Rechtsunsicherheit, und schreibt dem Vertrag, wie sein Vorgänger, einen deliktischen Charakter zu.<sup>15</sup> Er geht aber auch einen Schritt weiter, und behauptet, dass durch die Privatstrafe der Schadenersatz ersetzt worden sei.<sup>16</sup> Er zieht jedoch keine weiteren Schlüsse aus diesem Gedanken.

d) Auch Ebel hat in seinen Abhandlungen die Frage der Strafklauseln mehrmals gestreift, ohne jedoch das Problem systematisch erörtert zu haben.<sup>17</sup>

<sup>6</sup> Siehe: Sjögren, a. a. O. S. 123 (Löning, a. a. O. S. 562).

<sup>7</sup> Sjögren, a. a. O. S. 102 und 115.

<sup>8</sup> Sjögren, a. a. O. S. 102.

<sup>9</sup> Dazu: A. Berger, Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden (Leipzig—Berlin, 1911) S. 31 ff.

<sup>10</sup> Siehe weiter unten im Text: II. 2.

<sup>11</sup> Sjögren, a. a. O. S. 126 f.

<sup>12</sup> ebenda S. 98.

<sup>13</sup> J. Gaudemet, *Survivances romaines dans le droit de la monarchie Franque du Vème siècle au Xème siècle*, TRG 23 (1955) S. 149 ff.

<sup>14</sup> Gaudemet, a. a. O. S. 187.

<sup>15</sup> ebenda S. 202.

<sup>16</sup> „Le manquement aux obligations conventionnelles prend ainsi figure de délit; l'amende se substitue à l'indemnité“ (ebenda S. 202.)

<sup>17</sup> Vgl. Ebel, Die Willkür (Gött. Rechtswiss. Studien 6, 1953) S. 39 ff.; Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland (Gött. Rechtswiss. Studien 24, 1958) S. 21; und a. a. O. in Anm. 2. S. 256 f.

Doch verdankt ihm die Forschung wertvolle Beobachtungen, auf die bei den einschlägigen Punkten hinzuweisen sein wird.

3. — Die erwähnten Verfasser haben alle zur Lösung des Problems beigetragen, doch bedarf die Frage der Strafklauseln einer weiteren Klärung. Man hat nämlich dem fränkischen Vertragsrecht — bewusst oder unbewusst — mannigfach romanistische Gedanken unterstellt.<sup>18</sup> Errungenschaften des römischen Rechts, wie die Verbindlichkeit des Schuldvertrages oder der Schadenersatz, wurden anscheinend als natürlich vorausgesetzt.

Die lateinische Sprache der Formeln darf uns aber nicht irreführen. Die aus der römischen Urkundenpraxis entnommenen und oft missverstandenen Begriffe und Wendungen<sup>19</sup> gestatten keine Gleichsetzung mit dem römischen Recht. Die fränkischen Formeln sollen an sich, ohne Hilfe der romanistischen Dogmatik ausgelegt werden.

4. — Die Schwierigkeit der hier zu behandelnden Probleme erfordert, dass ich meine wichtigsten Überlegungen als *thema probandum* vorausschicke:

a) Ich bin der Ansicht, dass im fränkischen Recht der Vertrag der unmittelbaren rechtlichen Sanktion entbehrte. Der Schadenersatz war den Franken fremd, und es bedurfte zur Sicherung des Vertrages — ausser dem Darlehen, wo dazu der Pfand oder Geisel geeignet waren — einer vertraglich ausbedingener Privatstrafe. Diese Behauptung lässt sich mittels eines statistischen Überblicks der Formeln nachweisen.

b) Man vermochte in der fränkischen Zeit zwischen dinglicher und obligatorischer Wirkung nicht zu unterscheiden, daher die Strafdrohung gegen dritte Personen. Dies wird von dem Wortlaut der Strafklauseln bezeugt.

c) Es folgt aus den obigen Überlegungen, dass die Franken zwar in einem gewissen Sinne den Begriff des Vertrages kannten, doch war der Vertrag selbst in der karolingischen Zeit keine Rechtseinrichtung.

Es wird den Kenner wohl nicht überraschen, dass in meinen Ausführungen manches hypothetisch bleibt. Doch sind dort, wo man von inhaltlich und sprachlich ungenauen Urkundenformeln auf die juristische Denkweise einer fernliegenden Epoche schliessen muss, auch die Wahrscheinlichkeiten nicht ohne jeglichem Wert.

## II.

1. — Gegen einen Versuch, die Formeln statistisch bearbeiten zu wollen, könnte etwa eingewendet werden, dass es sich nicht um konkrete Verträge, sondern bloss um Urkundenmustern handelt. Ich glaube jedoch, dass dieser Einwand nicht besonders schwer wiegt. Die Formeln spiegeln nämlich ziem-

<sup>18</sup> Die hinsichtlich des griechischen Rechts ausgesprochene Mahnung Wolfs ist wohl auch hier am Orte; „Pate gestanden hat wohl auch hier die noch immer nicht überwundene Neigung, der dogmatischen Auffassung juristischer Konstruktionen, auf die man ausserhalb der Einflussphäre der klassischen römischen Juristen und ihrer geistigen Nachfahren stösst, begriffliche Kategorien . . . zugrunde zu legen, die man als naturrechtlich empfindet und daher jedem entwickelteren Rechtssystem als selbstverständlich unterstellt, während sie in Wahrheit nur romanistisch sind.“ H. J. Wolff, Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts, ZRG Rom. Abt. 74, 1957, S. 28. Anm. 8.)

<sup>19</sup> Wie z. B. die häufig angewendete Stipulationsklausel: *stipulacione subnixta*. Dazu etwa: H. Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde I. (Berlin, 1880) S. 221 ff. Neulich: Gaudemet, a. a. O. S. 199 ff.

lich treu die alltägliche Praxis wider, auch deshalb, weil in den einzelnen Sammlungen die verschiedenen Geschäftstypen nicht durch je eine Muster, sondern — entsprechend ihrer praktischen Bedeutung — durch mehrere oder weniger vertreten sind. Die Formelsammlungen sind an verschiedenen Orten entstanden, und gewähren dadurch einen zuverlässigen Überblick. Einer jeden Formel entspricht eine gewisse Anzahl konkreter Urkunden. Die Formelsammlungen eignen sich also recht gut für eine repräsentative Statistik, viel besser als ein durch den Zufall überliefertes Archiv mit einigen Dutzend Urkunden.

Es muss aber auch ein anderer Umstand berücksichtigt werden. Die Formelmuster wurden nämlich grösstenteils von Klerikern zusammengestellt.<sup>20</sup> Obwohl die Sammlungen auch viele Urkundenmuster für den Privatgebrauch enthalten, ist es doch wahrnehmbar, dass die kirchlichen Rechtsgeschäfte begreiflicherweise überwiegen. Dadurch wird das Gesamtbild leider einigermaßen entstellt, da uns aber kein anderes Material zur Verfügung steht, werden wir uns mit dem Vorhandenen zufriedengeben müssen.

2. — Es sei vorausgeschickt, dass in den Zusammenstellungen lediglich diejenigen Formeln berücksichtigt sind, die in heutigem Sinne privatrechtliche Verträge enthalten.<sup>21</sup>

Es ergibt sich, dass von 288 Formeln 205 (71,2%) die Strafklausel enthalten.<sup>22</sup> Die Strafe wird in der Regel in Geld bzw. Gold oder Silber bestimmt. Ausnahmsweise trifft man auch kirchliche Strafen.<sup>23</sup> Der Strafbetrag kommt in den meisten Fällen dem Vertragspartner zugute, der Fiscus ist bloss in 78 Formeln (38% der Strafklauseln) daran beteiligt.<sup>24</sup>

Die Strafdrohung richtet sich in der Regel auch gegen Dritte, die Klausel ist objektiven Gepräges. Es gehören von den 205 Strafklauseln 176 (85,6%) dieser Gruppe an. In 19 Formeln (9,2%) bezieht sich die Strafe lediglich auf den Vertragsschliessenden und seine Erben, und nur zehnmal (4,8%) allein auf den Vertragsschliessenden.

3. — Dieses Gesamtergebnis genügt aber nicht. Die Anwendung der Strafklausel mag ja sowohl entsprechend der Gegend, wie auch gemäss dem Geschäftstyp unterschiedlich sein.

Die Verbreitung der Strafklausel scheint territorial ziemlich gleichmässig gewesen zu sein. Es gibt zwar gewisse Schwankungen, doch bewegt sich der Unterschied zwischen 85% und 51,8%.<sup>25</sup> Wenn man auch den Umstand ins

<sup>20</sup> Vgl. Zeumer, a. a. O. S. 34. Es gibt auch „laische“ Sammlungen, wie z. B. die *formulae Andecavenses* (Zeumer, a. a. O. S. 1)

<sup>21</sup> Es sind für uns belanglos z. B. die kaiserlichen Privilegienbriefe (*Form. Imp.*), die prozessualen Wadiationen (z. B. *Form. Sal. Bign.* 7), oder Liebensbriefe (*Form. Sal. Merk.* 47: *Indiculum ad sponsam*).

<sup>22</sup> Die Grösse der Zahlen gestattet es nicht, dass ich bei den Zusammenstellungen auch die Quellenstellen angebe.

<sup>23</sup> So: *Form. Sal. Lind.* 1; *Form. Marc.* II, 1; 3; 39; *Form. And.* 23 und 46. Ausgenommen *Form. And.* 23 ist die sakrale Strafe mit einer Geldstrafe gekoppelt.

<sup>24</sup> Deshalb trifft die Beobachtung Sjögrens (a. a. O. S. 102) nicht zu.

<sup>25</sup> Das Ergebnis ist das folgende:

<i>Form. And.</i>	41 Formeln	31 Strafklauseln	75,6%
<i>Form. Arv.</i>	3	1	33,3%
<i>Form. Marc.</i>	40	28	70,0%
<i>Form. Tur.</i>	29	22	75,7%
<i>Form. Bit.</i>	7	4	57,1%
<i>Form. Sen.</i>	31	21	67,7%
<i>Form. Sal. Bign.</i>	10	8	80,0%

Auge fasst, dass die einzelnen Formelsammlungen nicht von gleichem Umfang sind, so sind die Unterschiede nicht besonders wesentlich, und gestatten keine weitgehenden Schlüsse.

Eine Zusammenstellung gemäss den Geschäftstypen ist bedeutend aufschlussreicher.<sup>26</sup> Es lohnt sich, sie auch hier im Text anzuführen:

Geschäftstyp	Zahl der Urkunden	Zahl der Strafklauseln	Prozent
Teilungsverträge <sup>27</sup>	5	5	100,0%
Traditio <sup>28</sup>	19	18	94,8%
Letztwillige Verfügungen <sup>29</sup>	17	16	94,1%
Schenkungen <sup>30</sup>	37	34	91,9%
Quittungen <sup>31</sup>	12	11	91,6%
Mitgift und Ähnliches <sup>32</sup>	33	29	87,8%
Freilassungen <sup>33</sup>	38	33	86,6%
Kauf <sup>34</sup>	31	25	80,6%
Tauschverträge <sup>35</sup>	16	11	68,1%
Nicht genau bestimmbar <sup>36</sup>	6	4	66,6%
Precaria <sup>37</sup>	43	17	39,5%
Vacuatoria <sup>38</sup>	5	1	20,0%
Mandatum <sup>39</sup>	15	1	6,6%
Darlehen (cautio) <sup>40</sup>	11	0	0,0%
<hr/>			
<i>Form. Merk.</i>	26	17	65,3%
<i>Form. Sal. Lind.</i>	20	17	85,0%
<i>Form. Als. Arg.</i>	2	2	100,0%
<i>Form. Aug.</i>	37	27	72,9%
<i>Form. Sang.</i>	27	14	51,8%
<i>Form. Flav.</i>	3	3	100,0%
<i>Form. Extr.</i>	12	10	83,3%

Die Formelsammlungen: *Arv.*, *Als. Arg.*, und *Flav.* bilden keine genug grossen Einheiten, um statistisch berücksichtigt werden zu können. Unter den massgebenden, grösseren Sammlungen enthält allein die Sanktgallener verhältnismässig wenige Strafklauseln (51,8%).

<sup>26</sup> Es ist recht schwierig, die Geschäftstypen abzusondern, weil die Grenzen mannigfach verwischt sind, und die Terminologie schwankt. Es ist oft unsicher, ob es sich etwa um eine Schenkung oder ein Testament, selbst ob es sich um einen Kauf oder eine Schenkung handelt. Vgl. auch: Lemarignier, a. a. O. S. 55. Die Einteilung nach Geschäftstypen darf also bloss als eine annähernde Gliederung betrachtet werden.

<sup>27</sup> Die Teilungsverträge führen die folgenden Bezeichnungen: *pactum inter parentes* bzw. *fratres*, *pactum divisionis*, *equalentis per pactum*, *pactum de hereditate*.

<sup>28</sup> Unter die Bezeichnung *traditio* fallen Übereignungen aufgrund verschiedener Rechtsgründe. Da aber die letzteren aus dem Inhalt nicht immer erhellen, habe ich die Tradition als einen selbständigen Geschäftstyp behalten.

<sup>29</sup> Es werden die folgenden Bezeichnungen gebraucht: *epistula cum in loco filiorum nepotes instituuntur ab avo*, *carta qui suo nepote aliquid meliorare coluerit*, *carta ut filia cum fratre in paterna succedat alode*, *affatimum*, *ius liberorum*, *quod omnis posteritas habere debet*, *adoptio*.

<sup>30</sup> Die Terminologie ist: *donatio*, *cessio*, *obligatio*.

<sup>31</sup> Genannt: *securitas*. Die Bezeichnung ist römischen Ursprungs. Vgl. C. I. 4, 30, 14, 2.

4. — Es wird aus der Zusammenstellung ersichtlich, dass man bei der Mehrzahl der Verträge regelmässig, in manchen Fällen beinahe ausnahmslos die Strafklausel anwandte,<sup>41</sup> bei gewissen Geschäftstypen fehlt sie aber vollständig.

Bei den *precaria* war die Klausel verhältnismässig selten. Dies ist leicht begreiflich, da der Leihner den Boden auch eigenmächtig dem Benutzer entziehen konnte, er bedurfte daher keiner besonderen Sicherung. Gelegentlich wandte man dennoch vorsichtshalber die übliche Strafklausel an, und man griff mannigfach auch zur *fides facta*, wodurch der Prekarist wahrscheinlich in ein persönliches Unterwerfungsverhältnis geriet.<sup>42</sup> Das *mandatum* war in der fränkischen Zeit in erster Linie eine Ermächtigung.<sup>43</sup> Da die Urkunde vom Geschäftsherrn ausgestellt wurde, lag es nicht in seinem Interesse, sich durch Strafklauseln zu sichern. Die *vacuatoria* Formeln, in denen Urkunden für ungültig erklärt werden, sind zu spärlich, um ein klares Bild über sie gewinnen zu können.

Beim Darlehen, bei den *cautiones*, ergab sich eine besondere Lage. Hier sicherte man sich durch Pfand oder Selbstvergeiselung des Schuldners,<sup>44</sup> und der letztere versprach oft, für den Fall einer Pflichtverletzung das Doppelte zurückzuerstatten.<sup>45</sup> Diese habe ich aber nicht als Strafklauseln gedeutet, da sie anderen Inhaltes sind, als die fränkischen Vertragsstrafen im allgemeinen.

<sup>32</sup> Hier sind die gesamten ehelichen vermögensrechtlichen Verträge berücksichtigt: *dos, donatio in sponsa, praeceptum interdonationis, si quis puella invita traxerit*.

<sup>33</sup> Die Terminologie schwankt: *manumissio, ingenuitas, carta libertatis, quod redimere voluerit, carta adgnationis, redemptura*.

<sup>34</sup> Auch die *venditio* (bzw. *vinditio*) *ipsius* ist miteinbegriffen.

<sup>35</sup> Die Terminologie ist auch hier unsicher: *carta concambii, concampium, concambiatura, commutatio, concamio*.

<sup>36</sup> *Form. And.* 45 enthält eine Vereinbarung zweier Herren, deren Sklaven in einem ehelichen Verhältnis leben, bezüglich der Teilung der Abkömmlinge. *Form. Sal. Bign.* 14 (genannt: *cautione de clavis* ist eine Art Verwahrung. Drei Formeln *Form. Marc.* II, 9: II, 28; *Form. Sen.* 4) enthalten Selbstverknechtungen, die erste zwischen Vater und Kindern. (!). *Form. Arv.* 5 schliesslich ist eine Art Dienstvertrag, als Entgelt der Auslösung von der Gefangenschaft.

<sup>37</sup> Die Bezeichnungen dafür sind: *precaria, prestaria, concessio, commendatitiae, qui se... commendat*.

<sup>38</sup> Auch: *evacuatoria*.

<sup>39</sup> Auch: *mandatus*.

<sup>40</sup> Hier ist die Terminologie einheitlich. Eine *cautio* habe ich jedoch, gemäss dem Inhalt des Vertrages, den nicht genau bestimmbar Geschäften angeschlossen. Vgl. Anm. 36.

<sup>41</sup> So: bei den Teilungsverträgen, den Traditionen, den Testamenten und Schenkungen, den Quittungen.

<sup>42</sup> *Form. Sal. Merk.* 33; 34; 35; 36; 37; *Form. Sal. Lind.* 3; 4. Man sicherte sich auch dadurch, dass der Prekarist sicherungshalber eine andere Liegenschaft übergab. Vgl. etwa: *Form. Tur.* 6. Froget behauptet, dass die *fides facta* bei den Prekariern in der karolingischen Zeit noch keine persönliche Unterwerfung bedeutet habe. Vgl. L. Froget, *La fides facta aux époques Mérovingienne et Carolingienne* (Thèse d'Université Alger, 1932) S. 207 ff. Der Wortlaut der Formeln widerspricht aberm. E. seiner Auffassung.

<sup>43</sup> Vgl. etwa: *Form. And.* 1/b; ... *et quicquid exinde ad vicem nostram egeris, feceris, gesserisve, etenim me abiturum esse cognuscas ratum*.

<sup>44</sup> So: *Form. And.* 22; 38; *Form. Marc.* II, 27; *Form. Tur.* 13; *Form. Tur. App.* 1; *Form. Sen.* 3; 48; *Form. Sal. Bign.* 27; also von elf Formeln in achten.

<sup>45</sup> So etwa: *Form. And.* 60.

Erstens richtet sich die Strafe hier nur gegen den Schuldner — man brauchte sich ja beim Darlehen nicht gegen Angriffe Dritter zu sichern — ausserdem weicht das Darlehen auch begrifflich von den anderen Verträgen ab, weil hier die *zukünftige Leistung* durch den doppelten Schuldbetrag gesichert wird.<sup>46</sup>

5. — Wenn man die vier Geschäftstypen, bei denen die Strafklausel nicht allgemein üblich war, ausscheidet, so sind von den 214 *verbliebenen Formeln* 186 mit einer *Strafklausel ausgestattet*, und dies macht 86,8<sup>0</sup>/<sub>100</sub> aus.

Es kann also festgestellt werden, dass die fränkischen Verträge, ausgenommen die *precaria, vacuatoria, mandata* und *cautiones*, in der Regel eine Strafklausel enthielten. Dadurch ist es aber auch nachgewiesen, dass es im Fall einer Vertragsverletzung *keinen Schadenersatzanspruch gab*. Sanktion war lediglich die vertraglich bestimmte Strafe.

6. — Diese Verträge waren, ausser dem Darlehen, Bargeschäfte. Dies wird aus den Formeln klar ersichtlich.<sup>47</sup> Zwei Beispiele werden wohl genügen:

*Form. And. 8: Placuit atque convenit inter illus et illus, ut inter se campellus commutare deberunt, quod ita et fecerunt.*

*Form. Marc. II, 19: Licet empti vindetique contractus sola precii adnumeratione et rei ipsius traditione consistat...*

Es erhellt aus der Fortsetzung, weshalb man von dem Geschehenen eine Urkunde bereitet: *... tabularum aliorumque documentorum ad hoc tantum interponatur instructio, ut fides rei facti et iuris ratio conprobetur, idcirco vindedissee me tibi constat...*

Die Strafe bezog sich also nicht auf ein Leistungsversprechen, es gab ja keines, sondern — wie das Löning zutreffend beobachtet hat<sup>48</sup> — auf die Verletzung des durch den Vertrag erzielten Ergebnisses. Dies wird in den Strafklauseln mit einer Wendung: „*si quis vero... contra hanc vinditionem venire temptaverit*“<sup>49</sup> zum Ausdruck gebracht. Bevor weitere Schlüsse gezogen werden können, müssen wir uns der Auslegung der Strafklauseln zuwenden.

### III.

1. — Das objektive Gepräge der Strafklauseln ist dem heutigen Juristen derart unglaublich, dass man geneigt wäre es mit einem sprachlichen Missverständnis, mit einer ungenauen Ausdrucksweise zu erklären. Unsere Zeugnisse reden aber eine dermassen deutliche Sprache, dass man mittels dieser bequemen Lösung das Problem nicht umgehen kann:

*Form. And. 2: Si fuerit ego ipsi aut aliquis de propinquis meis, vel quilibet extranea persona, qui contra hanc vinditione, quem ego bona volumtate fieri rogavi, agere conaverit, inferit tibi et fisco soledus tantus, vobis conponat, et quod repetit vindecare non valeat...*

<sup>46</sup> Vgl. Ebel, a. a. O. im Anm. 2. S. 256 f.

<sup>47</sup> Das Prekarium war freilich, was die Leistungen des Pekaristen betrifft, kein Bargeschäft. Es sei hier erwähnt, dass ich lediglich einen Pachtvertrag gefunden habe: *Form. Sal. Merk. App. 1*, wo die Mühle einer Abtei verpachtet wird. Ein Pacht wird erwähnt fernerhin in einem *iudicium* (*Form. And. 30*). In den Privilegienbriefen der jüdischen Kaufleute findet man Hinweise auf Arbeitsverträge. Vgl. z. B. *Form. Imp. 31*; *... liceatque eis... homines christianos ad eorum opera facienda locare, exceptis festis et diebus dominicis*), doch wissen wir über die letzteren nichts Näheres.

<sup>48</sup> Vgl. Anm. 6.

<sup>49</sup> *Form. Marc. II. 19.*

*Form. Sal. Lind. 2: Et si quis deinceps, quod futurum esse non credo, si ego ipse, quod absit, aut ullus quislibet de heredibus ac proheredibus meis seu quolibet extranea persona contra hanc cartolam donationis venire aut eam calumniare praesumpserit...*

Die Beispiele könnten nach Belieben vermehrt werden, doch genügen wohl die beiden angeführten Texte. Es wird aus ihnen klar ersichtlich, dass sich die Strafe auf jedermann bezieht (*qualibet extranea persona*). Es ist auch deutlich ausgesprochen, dass der dritten Person nicht allein eine Busse auferlegt, sondern auch die Vindikationsmöglichkeit ausgeschlagen wird (*vindicare non valeat*).

2. — Es erhebt sich vor allem die Frage, ob eine solche Lösung praktisch überhaupt möglich sei? Wir müssen annehmen, dass die Gerichte diese für uns sonderbare Klausel tatsächlich beachtet haben.<sup>50</sup> Ansonsten hätte sie sich in der Urkundenpraxis nicht bewähren können.

Es ergibt sich das folgende Bild. Die Erwerber mochten unter den unsicheren politischen und rechtlichen Verhältnissen des Frankenreiches kein grosses Vertrauen zum Veräusserer haben. Die Klausel verrät deutlich ein arges Misstrauen. Die Urkunden bereitete man eben um den Erwerber gegen etwaige zukünftige Ansprüche zu verteidigen. Im germanischen Recht oblag bekannterweise in erster Linie dem Beklagten die Beweispflicht.<sup>51</sup> Mutmasslich konnte man durch eine derart verfasste Urkunde das Recht zur Sache nachweisen, der Kläger galt folglich als Verleumder, und musste auf Grund des Vertrages sogar eine Busse zahlen. Es folgt daraus nicht, dass die Franken die Eviktion nicht gekannt hätten. Das Gegenteil ist auch quellenmässig bezeugt.<sup>52</sup> Die objektive Strafklausel bedeutete aber wahrscheinlich einen absoluten Beweis,<sup>53</sup> wodurch sich der Beklagte entschuldigen konnte, und der Kläger drang mit seiner Klage nicht durch. Zu einer Zeit, wo die Eigentumsverhältnisse höchst unsicher sind, und die klare begriffliche Unterscheidung zwischen Eigentum und Besitz fehlt, ist daran nichts Anstössiges. Eine entfernte Analogie findet man auch im römischen Zwölf Tafelrecht. Dort konnte sich ja der Besitzer durch den Beweis eines ein bzw. zweijährigen Besitzes, unter Berufung auf die *usus auctoritas*, ebenfalls gegen jedermann verteidigen.<sup>54</sup>

Das fränkische Recht kannte aber keine kurzfristige Ersitzung,<sup>55</sup> der Er-

<sup>50</sup> Zutreffend: Ebel, a. a. O. in Anm. 2. S. 257.

<sup>51</sup> Vgl. etwa: M. A. Bethmann-Hollweg, Der Civilprocess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, IV. (Bonn, 1868). S. 23 ff. Wenn der Kläger über eine Urkunde verfügte, so oblag ihm die Beweispflicht. Vgl. H. Brunner—C. Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte II. (Berlin, 1928) S. 499.

<sup>52</sup> *Form. And.* 47. H. Hattenhauer, Die Entdeckung der Verfügungsmacht (Hamburg, 1969) S. 9 ff. vertritt die Ansicht, dass in der fränkischen Zeit die Verfügung über Grundstücke grundsätzlich auf die Kirche beschränkt war. Es kann hier auf dieses verwickelte Problem nicht eingegangen werden, es sei jedoch bemerkt, dass die Formeln in dieser Hinsicht Hattenhauers These nicht zu bestätigen scheinen.

<sup>53</sup> Dem widerspricht der Umstand nicht, dass die private Urkunde angefochten werden konnte, im Gegensatz zu den königlichen Urkunden. Im Sinne der Unanfechtbarkeit war freilich die private Urkunde nicht absolut. Zur Urkundenscheitel: Brunner—Schwerin, a. a. O. in Anm. 51 S. 560 f.

<sup>54</sup> Es erübrigt sich hier, das reiche Schrifttum anzuführen. Vgl. M. Kaser, Das römische Privatrecht I. 2. Aufl. (München, 1971) S. 134 ff. Siehe auch mein: *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law* (Budapest, 1970) S. 85 ff.

<sup>55</sup> Vielleicht gab es eine dreissigjährige Ersitzung. Vgl. *Form. Tur.* 39. Dazu: Brunner—Schwerin, a. a. O. in Anm. 51. S. 680.

werber konnte sich allein auf die Urkunde verlassen. Welch grosse Bedeutung man den Urkunden beimass, wird auch daraus ersichtlich, dass ein besonderes Verfahren: die *appennis* für den Fall ausgebildet wurde, wenn Urkunden durch Brand, Raub usw. verlorengegangen waren.<sup>56</sup>

3. — Die objektive Fassung der Strafklauseln zeugt auch davon, dass man zwischen dinglichen und obligatorischen Wirkungen nicht zu unterscheiden vermochte. Man fand es offensichtlich für natürlich, dass die Vertragsschliessenden durch ihre Vereinbarung fremde Rechte vereiteln, dritten Personen eine Pflicht auferlegen konnten. Dies war auch deshalb möglich, weil das fränkische Recht subjektives und objektives Recht noch nicht abgegrenzt hat. Es galt daher vermutlich der Grundsatz: *pactus facit legem*.<sup>57</sup>

4. — Dadurch gelangen wir zur nächsten Frage. Haben denn die Franken überhaupt den Begriff des Vertrages gekannt? Die Antwort ist — überraschenderweise — bejahend. Es geht aus gewissen Formeln hervor, dass sie im Sinne eines verbindlichen Versprechens, einer Verabredung, den Vertragsbegriff kannten:

*Form. Tur. 4.: Latores legum sanxerunt, ut quicquid unusquis alteri cogerit, profiteatur se tantum rem cesserisse vel concedi, et sola voluntas illius aut scriptura testibus comprobata pro omni firmitate sufficiat.*

Es erhellt aber aus einer anderen Formel, dass man den Vertrag und die ausbedingene Privatstrafe als eine unauflösbare Einheit aufgefasst hat:

*Form. Tur. 25: ... quicumque in astate perfecta pactionem vel diffinitionem per scripturam fecerit et hoc quod fecit implere neglexerit aut contra eam ire presumerit, infames vocetur et ipsam causam agere non permittatur atque poenam statutam cogatur exsolvere.*<sup>58</sup>

5. — Man gelangt auf diese Weise zum befremdenden Ergebnis, dass die Franken zwar den Begriff des Vertrages als eines verbindlichen Versprechens kannten, sogar dem Willen Bedeutung beimassen (*sola voluntas illius...*), doch war dem fränkischen Recht der Vertrag, als *eine Rechtseinrichtung*, fremd. Der Vertrag existierte zwar als eine soziologische Tatsache, da er aber der unmittelbaren rechtlichen Sanktion entbehrte, und nur mittelbar — durch Vertragsstrafe bzw. Pfand oder Geisel — erzwingbar war, kann der fränkische Vertrag gemäss der heutigen Terminologie keine Rechtseinrichtung genannt werden.<sup>59</sup>

Dieser Schluss widerspricht allerdings der allgemeinen rechtsgeschichtlichen Erfahrung. Die Rechtseinrichtungen treten ja in der Regel eher in

<sup>56</sup> Dazu: K. Zeumer, Ueber den Ersatz verlorener Urkunden im fränkischen Recht, ZRG Germ. Abt. 1 (1880) S. 89 ff. Er vermutet, dass das Verfahren römischen Ursprungs sei.

<sup>57</sup> Diese zutreffende Beobachtung wurde von Herrn Prof. Thieme in seinem mündlichen Diskussionsbeitrag verlautbart. Vgl. auch Ebel, a. a. O. in Anm. 2. X. 260: „Das materielle Recht... ist noch weich, und das formrechte Gedinge, der Vertrag, ist für die Rechtslage massgeblich...“

<sup>58</sup> Hier ist übrigens die Strafklausel, da es sich um einen Teilungsvertrag handelt, nicht objektiv geprägt.

<sup>59</sup> Dieses Ergebnis kann vielleicht mit der Willkür-Lehre Ebels in Zusammenhang gebracht werden, wonach der Willkürer des Rechtsgeschäftes „in voraus die Rechtsfolgen setzt, die er für den Fall des Nichthaltens seines Versprechens... auf sich nehmen will“ (Ebel, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, 1958, S. 21). Nur trifft seine Behauptung bezüglich der fränkischen Formeln nicht zu, dass dadurch allein die Teilnehmer des Aktes betroffen gewesen seien. Dies gibt er allerdings auch selbst zu: Ebel, Die Willkür (1953) S. 45.

Erscheinung als die entsprechenden Begriffe. Das umgekehrte, wie es beim fränkischen Vertragsrecht zu beobachten ist, ist meines Wissens beispiellos.<sup>60</sup> Diese Eigentümlichkeit musste besondere Ursachen haben.

#### IV.

1. — Es steht wohl ausser Zweifel, dass das Fehlen des Vertrages als einer Rechtseinrichtung, die Verbreitung der Strafklausel und das Verschwinden des Schadenersatzanspruches im fränkischen Recht mit dem wirtschaftlichen Rückgang in Zusammenhang zu bringen ist. Auch im byzantinischen Recht verursachte der wirtschaftliche Niedergang eine Verbreitung der Strafklauseln, obwohl dort der Gedanke des Schadenersatzes niemals in Vergessenheit geriet.<sup>61</sup>

Man darf zwar die Primitivität des fränkischen Wirtschaftslebens nicht übertreiben, da es schliesslich einen regen Handel und auch eine Geldwirtschaft gab,<sup>62</sup> doch beschränkte sich das Handelsleben auf einen gelegentlichen und baren Warenaustausch. Es fehlten die regelmässigen und ständigen Handelsbeziehungen, die ein Kreditwesen und dessen vertragliche Sicherung erfordern hätten.

Es ist ebenfalls gewiss, dass die allgemeine Unsicherheit der politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse für die Entwicklung des Vertragsrechts nicht günstig waren. Doch sind diese Erklärungen an sich nicht ausreichend.

Erstens vermag man mit dem wirtschaftlichen Verfall und mit den unsicheren Verhältnissen nicht zu erklären, dass der Vertragsbegriff in einem gewissen Sinne bekannt war. Zweitens verursacht der wirtschaftliche Niedergang nicht notwendigerweise das Verschwinden des Vertrages als einer Rechtseinrichtung. Man könnte z. B. kaum behaupten, dass das westgothische Wirtschaftsleben entwickelter als das der Franken war, dennoch kannte das westgothische Recht den Vertrag als eine Rechtseinrichtung. Die Zahl der Strafklauseln ist in den überlieferten westgothischen Formeln verschwindend gering.<sup>63</sup>

2. — Folglich mussten in der fränkischen Entwicklung besondere Gegebenheiten mitgespielt haben. Wie es aus der *lex Salica* erhellt, gab es im frän-

<sup>60</sup> Eine diesbezügliche rechtsvergleichende Untersuchung wäre äusserst förderlich. Einstweilen steht soviel fest, dass das westgothische (Vgl. Anm. 63) und das langobardische Recht ein verschiedenes Bild bieten. In den langobardischen Urkunden ist nämlich die Strafklausel weder allgemein, noch objektiv, auch der Fiscus wird des Strafbetrages niemals teilhaftig. Man trifft ausserdem häufig Wendungen, die den Gedanken des Schadenersatzes enthalten, wie z. B. „*in duplo meliorata sub istimationem qualis tunc fueret*“ Siehe: L. Schiaparelli, *Codice diplomatico langobardo I.* (Roma. 1929) N. 102.

<sup>61</sup> Vgl. K. E. Zachariä v. Lingenthal, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts* 3. Aufl. (Aalen, 1955) S. 298; A. Erhardt, *Byzantinische Kaufverträge in Ost und West*, ZRG Rom. Abt. 51 (1931) S. 126 ff.

<sup>62</sup> Man ist auch noch jetzt geneigt das Wirtschaftsleben der Karolingerzeit für eine primitive Naturalwirtschaft zu halten, obwohl Dopsch aufgrund der Quellen überzeugenderweise das Gegenteil nachgewiesen hat. Vgl. A. Dopsch, *Die Wirtschaftsentwicklung der Karolingerzeit vornehmlich in Deutschland*, 3. Aufl. (Weimar, 1962) insbesondere Bd. II. S. 186 ff.

<sup>63</sup> In den überlieferten 33 Formeln trifft man bloss zweimal eine echte Strafklausel. Deshalb ist die westgotische Urkundenpraxis mit der fränkischen nicht gleichzusetzen. Verfehlt daher: Sjögren, a. a. O. S. 114.

kischen Recht ursprünglich nur zwei Verträge: die *res prestita* und den Bar-kauf.<sup>64</sup> Die Franken siedelten in Gallien in grosser Anzahl, und da sie den Römern nicht feindselig gegenüberstanden, bildete sich im Reich der Franken kein besonderes *ius Romanum* aus,<sup>65</sup> fränkisches und römisches Recht vermengten sich.

Die Eroberer übernahmen auch das römische Urkundenwesen. Der römische Vertrag war aber selbst in seiner vulgarrechtlichen Form dem unentwickelten juristischen Denken der Franken unzugänglich. Den einfachen Gedanken der Vereinbarung, der ihnen wohl auch ursprünglich nicht ganz unbekannt war,<sup>66</sup> und den praktischen Nutzen einer Urkunde begriff man unschwer. Der römische Grundsatz, dass aus der Vertragsverletzung *ipso iure* ein Schadenersatzanspruch erwächst, blieb ihnen jedoch fremd. Der Begriff des Schadenersatzes konnte ihnen umso leichter entgehen, da nach römischem Recht die Vertragsstrafe und der Schadenersatz in der Regel alternativ angewendet wurden.<sup>67</sup> Man zog also aus der römischen Urkundenpraxis die Lehre, dass die Vereinbarung durch eine Strafklausel zu sichern sei.

Die Vertragsstrafe passte recht gut zum fränkischen Rechtssystem, das grundsätzlich nur eine Sanktion: die *compositio* kannte. Es ist nicht ohne Bedeutung, dass auch in den vertraglichen Strafklauseln dasselbe Wort gebraucht wurde. Man verallgemeinerte also die Strafklausel, und gliederte dadurch die römische Urkunde in das fränkische Kompositionssystem ein.<sup>68</sup> Man erstreckte die Klausel auch auf Dritte, da ihrem primitiven Denken die Unterscheidung von dinglicher und obligatorischer Wirkung, die sich bereits im römischen Vulgarrecht vergrößert hatte,<sup>69</sup> unzugänglich blieb.

Dadurch büsste aber der Vertrag sein juristisches Wesen, die unmittelbare Sanktion, ein.

3. — Die Eigentümlichkeit, dass im fränkischen Recht der Vertrag keine Rechtseinrichtung war, der Vertragsbegriff aber dennoch nicht gänzlich verschwunden ist, lässt sich also mit der Vermengung zweier grundverschiedener Rechtskulturen, einer archaischen und einer hochentwickelten, erklären. Dadurch entstand das geschilderte Zerrgebilde, das die allgemeinen Gesetzesmässigkeiten der Rechtsentwicklung geradewegs verspottet.

<sup>64</sup> Froget, a. a. O. hat m. E. die herrschende Auffassung, dass die *fides facta* ein Vertrag gewesen sei, überzeugenderweise widerlegt. Dagegen, ohne zwingende Gegenargumente: H. R. Hagemann, *Fides facta* und *Wadiatio*, ZRG Germ. Abt. 83 (1966) S. 1 ff. Besonders: S. 3. Anm. 14 und S. 6. Anm. 29.

<sup>65</sup> Dazu etwa: Halban, a. a. O. S. 1 ff.

<sup>66</sup> Es genügt, auf die alte fränkische „Schwurfreundschaft“ hinzuweisen, Dazu: W. Fritze, Die fränkische Schwurfreundschaft der Merowingerzeit, ZRG Germ. Abt. 71 (1954) S. 74 ff.

<sup>67</sup> Vgl. Kaser, a. a. O. S. 519 ff.

<sup>68</sup> Selbst die Komposition bedeutet keine Strafe in heutigem oder romanistischem Sinne. Die Unterscheidung von Strafe und Schadenersatz ist nur in einem Rechtssystem sinnvoll, wo die beiden Sanktionen bereits getrennt sind. Die fränkische Komposition war daher eher ein Ablösungsbetrag, die Ablösung des begangenen Unrechtes, in der undifferenziert enthalten ist, was man heute Strafe und Schadenersatz zu nennen pflegt. Folglich glaube ich nicht, dass eine Gliederung der verschiedenen Kompositionen gemäss ihrem romanistischen dogmatischen Gehalt gerechtfertigt wäre, wie es gewissermassen Brunner tut. Vgl. Brunner—Schwerin, a. a. O. in Anm. 51. S. 795 f.

<sup>69</sup> Vgl. F. Levy, Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht (Weimar, 1956) S. 208.