

<b>Zeitschrift:</b>	Archiv des Historischen Vereins des Kantons Bern
<b>Herausgeber:</b>	Historischer Verein des Kantons Bern
<b>Band:</b>	44 (1957-1958)
<b>Heft:</b>	2
<b>Artikel:</b>	Zum Urkundswesen in heute bernischem Gebiet und dessen Nachbarschaft während des Mittelalters (bis um 1500)
<b>Autor:</b>	Rennefahrt, Hermann
<b>Kapitel:</b>	III: Einwirkungen materiellrechtlicher Gedanken römisch-kanonischen Ursprungs auf das bernische Recht
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-371034">https://doi.org/10.5169/seals-371034</a>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 14.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

ihren Auftraggebern beraten und deren Willen und Gefallen der Regierung schriftlich mitteilen, was sie von der Ausbildung von Landeskindern im Ausland halten: «Als ettlich bisshar ire kind zu hocher schuol, auch zuo fürsten und herren geschickt, und si daselbs kunst, zucht, auch die Wälsche sprach haben lassen leren, da aber denselben zuo irem stand und libs narung ettwas ist erschossen, sol darumb auch underred gehapt werden, ob solichs fürer aber zuogelassen oder abzuschlachen, damit niemand anders handle, dann er mit eren moge verantwurten<sup>1</sup>.»

Die Umfrage wurde<sup>2</sup> teils zustimmend beantwortet, teils wurde verlangt, solche Auslandsaufenthalte sollten auf eigene Kosten der Eltern geschehen und das Angebot fremder Herren, Zöglinge aufzunehmen, abgelehnt werden. Das Ergebnis dieser Volksbefragung war nicht eindeutig und deshalb auch nicht geeignet, Studien junger Berner in Paris auf Kosten des Königs von Frankreich zu verhindern<sup>3</sup>.

Ein eigentlicher Widerstand gegen die Anwendung *materieller* römisch-kanonischer Rechtssätze zeigte sich nicht, konnte sich offenbar auch deshalb nicht zeigen, weil die verhältnismässig wenigen, dem römischen Recht entstammenden Rechtssätze längst durch Gewohnheit oder Gesetz dem einheimischen Recht angepasst waren und gar nicht mehr als fremd empfunden wurden. Die weltlichen Kollegialgerichte wandten sie an in der Überzeugung, eigenes Stadt- oder Landrecht zu befolgen.

### III. Einwirkungen materiellrechtlicher Gedanken römisch-kanonischen Ursprungs auf das bernische Recht

Die starken Einflüsse römischen Rechts auf das alte burgundische Recht sind umrissen worden von *Hans Fehr*<sup>4</sup> und aus-

<sup>1</sup> Staatsarchiv Bern, Allgem. eidgen. Abschiede O pag. 67, zitiert in *K. Geiser*, Ansichten des bern. Landvolks über den Besuch fremder Hochschulen, in Berner Taschenbuch 1892, S. 285 ff.

<sup>2</sup> *K. Geiser*, a.a.O. 287.

<sup>3</sup> Vgl. Eidgen. Abschiede III Abt. 2 S. 78 N 35 b Ziff. 7 (1500), 235 N 139 p (1503), 1051 N 705 n (1517) betr. Studien in Paris; a.a.O. Abt. 1 186 N 216 h (1484), Abt. 2 748 N 528 g betr. Studien in Pavia.

<sup>4</sup> *Hans Fehr*, Der Geist der alt-burgundischen Gesetze (1945 in Bd. 3 der von W. Naf herausgegebenen Schweizer Beiträge zur allgem. Geschichte).

führlich dargestellt von *Hans Rüegger*<sup>1</sup>. Das alemannische Recht nahm aus dem römischen Recht im wesentlichen nur Vorschriften auf, die den Vermögenserwerb der Kirche begünstigen und die Kirche und die Geistlichkeit schützen sollten; hierüber haben geschrieben *Hans Fehr*<sup>2</sup> und *Franz Beyerle*<sup>3</sup>.

Im folgenden beschränken wir uns auf einen Überblick über die wesentlichsten materiellen Rechtsgedanken römisch-kanonischer Herkunft, welche sich seit dem späten Mittelalter, vermittelt durch die Geistlichkeit und die gelehrten Notare, im Rechtsleben von Stadt und Landschaft Bern erkennen lassen. Als erster hat sich hiemit in Bern befasst *Siegmund Ludwig Lerber*, der nachmalige Redaktor der «Erneuerten Gerichtssatzung vor die Stadt Bern und derselben Teutsche Städte und Landschafften» von 1761. In der Antrittsrede, die er als Professor am 27. Mai 1748 hielt<sup>4</sup>, ging er allerdings von der nicht ganz zutreffenden Ansicht aus, die von 1218 datierte Berner Handfeste und das Reichsrecht des 13. Jahrhunderts enthalten ausschliesslich Rechtssätze germanischen Ursprungs. Und doch hat kanonisches Recht mindestens auf zwei Bestimmungen der Handfeste eingewirkt:

1. Nach ihrem Artikel 15 bedarf es zum Beweis mindestens zweier ehrbarer Augen- und Ohrenzeugen. Diese Regel dürfte aus dem Stadtrecht von Freiburg im Breisgau stammen<sup>5</sup>, das seinerseits den Beschluss des 4. Laterankonzils von 1215 befolgte, der sich auf verschiedene Bibelstellen berief<sup>6</sup>.

2. Der junge Bürger sollte nach Artikel 52 der Handfeste mit vollendetem 14. Altersjahr mündig werden; diese Vorschrift wich sowohl von dem sonst meistens befolgten Freiburger Stadtrecht ab; ebenso auch von dem damals geltenden Reichsrecht; sie ist dem kirchlichen bzw. römischen Recht entnommen und

<sup>1</sup> *Hans Rüegger*, Einflüsse des röm. Rechts in der Lex Burgundionum (Berner Diss. 1949).

<sup>2</sup> *Hans Fehr*, Der Geist der alemannischen Volksrechte (1943 in Bd. 1 der von W. Naf herausgegeb. Schweizer Beitr. zur allgem. Geschichte).

<sup>3</sup> *Franz Beyerle*, Kulturporträt der beiden alemannischen Rechtstexte *Pactus* und *Lex Alamannorum* (in *Hegau*, Zeitschr. f. Gesch., Volkskunde und Naturgesch. des Gebietes zwischen Rhein, Donau und Bodensee, 1956).

<sup>4</sup> *S. L. Lerber*, De fontibus juris patrii, 1748.

<sup>5</sup> F I 372 N 155 I (Art. 14 in *Altmann und Bernheim*, Ausgewählte Urk., 5. Aufl. 1920) und 378 N 155 II, Art. 39.

<sup>6</sup> Moses V c. 19. 15; Matthäus 18.16; Johannes 8.17.

wahrscheinlich während der savoyischen Schutzherrschaft in Bern eingeführt worden<sup>1</sup>. Ob auch

3. Artikel 50 der Handfeste, wonach der Vormund unmündiger Kinder vom Richter bestellt werden sollte, direkt oder mittelbar aus dem römischen Recht stammt, mag dahingestellt bleiben<sup>2</sup>.

Zutreffend und wertvoll ist dagegen die Erkenntnis *Lerbers*, dass die Tatsache, dass ein bernischer Rechtssatz mit einem römischen inhaltlich übereinstimme, nicht notwendig beweise, dass der Satz aus dem römischen Recht übernommen worden sei; auch beweise die Verwendung gleicher Wörter nicht ohne weiteres, dass sie im bernischen Recht den gleichen Sinn haben wie im römischen. Die bernische Gerichtsatzung von 1614 hat sich gewiss oberflächlich an das System der Institutionen Justinians angelehnt<sup>3</sup>; aber inhaltlich hat sie die nun in drei Teilen eingegliederten einzelnen Rechtssätze grossenteils der Gerichtsatzung von 1539 entnommen.

*Lerber* hat weiter namentlich untersucht, ob das bernische Recht seiner Zeit, das heisst das in der Gerichtsatzung von 1614 kodifizierte, in den Sätzen über das Recht der letzten Willensordnungen, über das Schiedswesen und über die Verjährung römischen Regeln gefolgt sei. Folgen wir seinen Spuren:

4. Für die letzten Willensordnungen anerkennt *Lerber*, dass 1614<sup>4</sup> allerdings neue Bestimmungen zu denjenigen der Gerichtsatzung von 1539 gefügt und dass die Rechtswörter «Testament» und «Codicill» aus dem römischen Recht übernommen worden seien; trotzdem handle es sich hier um vaterländisches Recht: zugleich mit den Testamenten werde 1614 auch von den Legaten («Vergabungen, Gemächte») gehandelt, ohne jedoch deren römische Arten irgendwie zu berücksichtigen; das bernische Recht schweige ferner von den römischen Fideikommissen und vom Senatusconsultum Trebellianum; auch bei den Codicillen<sup>5</sup> sei wohl der Name, nicht aber die Sache selbst beibehalten worden;

<sup>1</sup> *H. Rennefahrt* in Schweiz. Zeitschr. f. Geschichte, 1954, S. 210, und 1956, S. 172; dazu *Instit. Justinian.* tit. 22; heute *Codex jur. canonici* 88 § 2.

<sup>2</sup> Vgl. *Instit. Justiniani* I tit. 20.

<sup>3</sup> *Lerber*, a.a.O. 18; *E. Huber*, System und Geschichte des schweiz. Privatrechts IV (1893) 132 f.

<sup>4</sup> Gerichtsatzung fol. 118 Satz. 10 f.

<sup>5</sup> Fol. 119 der Gerichtsatzung 1614.

das Codicill werde bezeichnetet als «ein kleiner letster will, dar-durch der testierer sich synes willens erklärt, doch ohne insatzung einichen erbens»; der Erblasser könne darin seine «ordnung und testament --- mehren oder minderen, so oft und dick es ihm gefellig syn und zu sinn und willen kommen wirt»; im übrigen nehme die Gerichtsatzung keinen Bezug auf die Besonderheiten des römischen Codicills.

Diesen Ausführungen Lerbers ist für die früheren Verhältnisse in der bernischen Rechtsentwicklung beizufügen: die aus dem 13. Jahrhundert überlieferten letztwilligen Verfügungen sind meist als «donatio perpetua» zum Seelenheil des Verfügenden und ihm Nahestehender gefasst<sup>1</sup>; diese Schenkung unter Lebenden wurde häufig wirksam erklärt erst auf den Zeitpunkt des Todes des Verfügenden, indem der Schenker den ganzen Ertrag des geschenkten Gutes oder einen Teil dieses Ertrags in Natur oder in Form einer bestimmten Rente für sich oder auch für Angehörige auf Lebenszeit vorbehielt<sup>2</sup>; nicht selten sicherte der Schenker seinen Erben den bleibenden Genuss des grössten Teiles des Ertrags des Geschenks dadurch, dass er es sich als Erblehen ausbedang<sup>3</sup>. Wenn ausnahmsweise der Bedachte auch als «heres» bezeichnet wurde, so wäre er doch nach römischem Recht nur Vermächtnisnehmer, Legatar, gewesen, weil er nicht in die ganze Verlassenschaft, sondern nur auf einzelne Vermögenswerte angewiesen wurde<sup>4</sup>. Oft verpflichtete sich der Schenker, der sich die Nutzung des Geschenks auf Lebenszeit vorbehielt, dem Bedachten einen jährlichen Anerkennungszins in Geld, Wein, Wachs usw. zu entrichten «ad latiorem memoriam», dass er auf seinen Tod hin geschenkt habe («dedisse ac contulisse --- post obitum»)<sup>5</sup>. Schon Ende des 13. Jahrhunderts taucht in solchen Schenkungen der Widerrufsvorbehalt auf; so wird 1298 der Abtei Fraubrunnen der Kirchensatz zu Steffisburg nebst Gütern daselbst zugewendet mit den Worten: «donavi et legavi causa

---

<sup>1</sup> Beispiele: F II 13 N 7 (1219), 37 N 31 (1222), 145 N 137 (1235).

<sup>2</sup> Beispiele: a.a.O. 189 N 179 (1239); 470 N 448 (1258); III 762 N 6 (1246), 91 N 91 (1274), 174 N 179 (1276).

<sup>3</sup> Z. B. F II 610 N 563 (1264).

<sup>4</sup> Beispiel: F III 230 N 242 (1278), wo dem «heres» nur zukommen sollte, was die Erblasserin in Matzenried besass.

<sup>5</sup> Beispiele: F III 314 N 331 (1281, in F irrig von 1282 datiert), 337 N 352 (1282), 359 N 381 (1284).

*mortis seu mortis timore ---, nisi forte --- mutata voluntate aliud duxerim ordinandum»; bald darauf wurde die Zuwendung ohne Vorbehalt wiederholt «stipulatione sollempni facta inter vivos*<sup>1</sup>.

Wie schwankend und unsicher der Sinn des der lateinischen Rechtssprache entlehnten Wortes «*testamentum*» war, mag sich aus einigen Beispielen ergeben: Burkhard von Luternau «*testamentum suum legavit*», indem er ein einzelnes Gut dem Kloster St. Urban «*in articulo mortis*», aber «*bene compos sui, cum magna deliberatione*» zudachte; da seine Verfügung angefochten wurde, delegierte der Bischof von Konstanz den Leutpriester von Malters, den Entscheid zu fällen; dieser urteilte «*de consilio peritorum*», das «*testamentum seu donatio*» sei gültig, da der Herr des Verfügenden, Graf Hartmann von Kiburg, zugestimmt habe<sup>2</sup>. Die Frau des Walther von Arwangen schenkte unter Vorbehalt lebenslänglicher Nutzniessung 1278 dem Johanniterhaus Thunstetten eine Schuppose «*in remedium et testamentum peccatorum meorum et parentum meorum*<sup>3</sup>». Die Gleichsetzung von «*remedium*» und «*testamentum*» beruht nicht etwa auf einem vereinzelten Irrtum des Schreibers, denn sie findet sich auch anderwärts, offenbar dem Formular der gleichen Schreiberschule folgend: so schenkte eine Klosterfrau in Bern dem Deutschordenshaus Köniz Liegenschaften «*in remedium sive testamentum anime mee et parentum meorum*<sup>4</sup>». Ein Berner Bürger stiftet 1310 den Johannitern zu Buchse Güter «*pure propter deum et in testamentum animarum nostrarum*<sup>5</sup>». Eine Bernerin verordnet («*statui, legavi et ordinavi*») Güter zu Heimberg dem Kloster Interlaken «*in testamentum et remedium animarum mei et quondam mariti mei et progenitorum nostrorum*<sup>6</sup>». Eine andere Witwe in Bern verfügt 1322 («*dedi, donavi, statui et testamentum faciendo legavi --- donatione et legatione validis et irrevocabilibus perpetue durantibus et factis inter vivos*») zugunsten verschiedener Spitäler und Klöster über zwölf Schupposen, und zwar «*in remedium, salutem et testamentum ac puram elemosynam*

<sup>1</sup> F III 701 N 699 und 705 N 704.

<sup>2</sup> F II 398 f. N 376 f. (1255).

<sup>3</sup> F III 228 N 240 (1278).

<sup>4</sup> F IV 375 N 347 (1309).

<sup>5</sup> A. a. O. 417 N 387.

<sup>6</sup> A. a. O. 479 N 454 (1311).

anime mee, mei mariti legitimi et omnium progenitorum» ---<sup>1</sup>. In andern Seelgerätstiftungen heisst es: «*dedi, legavi et donavi in verum testamentum* --- *titulo donationis* perfecte et facte *inter vivos*<sup>2</sup>», oder «*dono, lego et me in verum testamentum legasse fateor*<sup>3</sup>», oder «*dedi, donavi et tradidi* perfecte et legitime *donationis, testamenti sive legationis* titulo, stipulatione sollempni et debita adhibita<sup>4</sup>»; als 1337 zwei Eheleute in Bern dem neuen Spital «*in remedium animarum*» Güter zuwenden (dare et *legare in perpetuum testamentum*), nimmt der anwesende Spitalverwalter die Gabe an; es handelte sich also um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft<sup>5</sup>.

Eine frühe wirkliche Erbeinsetzung erklärte der Amsoldinger Chorherr Heinrich von Kramburg 1318 vor dem Gericht zu Bern zugunsten seines Bruders Johannes; sie nennt sich aber nicht «*testamentum*», sondern «*ordinatio hereditatis*»; Heinrich sagt: «*prout mihi in judicio sententialiter fuit adjudicatum, statui, feci et ordinavi, necnon constitui* --- *fratrem meum verum, justum, certum et legittimum heredem castri nostri de Chramburg et omnium aliorum bonorum mobilium et immobilium, nobis a patre nostro datorum*», mit Ausnahme von 100 Pfund, über welche der Verfügende «*dare, legare ac etiam statuere et ordinare*» kann, zu seinem Seelenheil oder auch zugunsten von Verwandten und Freunden; die Erbeinsetzung wird unter anderm damit begründet, dass der Bruder Johannes für den Fall kinderlosen Todes, ihn, den Chorherrn Heinrich, in gleicher Weise zum Erben eingesetzt habe<sup>6</sup>. In ähnlicher Weise bestellte die Ehefrau des Heinrich Kellner mit dessen Zustimmung ihre Mutter und ihren Bruder für den Fall kinderlosen Absterbens «*ze rechten erben*» alles ihres in die Ehe eingekehrten Gutes; die Erben hatten jedoch für das Seelenheil der Erblasserin 30 Pfund zu verwenden und ausserdem dem Ehemann den ihm zugesicherten «*widerval*» mit 100 Pfunden ausrichten<sup>7</sup>. Nachdem sich Witwe Ita von Seedorf vom Gericht zu Bern als verfüigungsfähig hat erkennen

<sup>1</sup> F V 293 N 246 (1322).

<sup>2</sup> F V 567 N 526, 576 N 535 (1327); VI 187 N 195 (1335).

<sup>3</sup> F VI 54 N 59 (1333), 169 N 178 (1335).

<sup>4</sup> F VI 160 N 188 (1335).

<sup>5</sup> A.a.O. 358 N 370.

<sup>6</sup> F V 24 N 22.

<sup>7</sup> A.a.O. 451 N 410 (1325).

lassen, setzt sie, ebenfalls vor Gericht, ihre Nichte «ze minem rechten und einlitzigen erben» ein «an allem dem gut, ligenden und varenden, was ich han older gewinne, die wile ich leben, older nach minem tode lassent wirt ---; die Schwester soll «das selb min gut alles --- für alle ander mine fründe und erben, umb die liebi, so ich zu ir han, erben und haben, --- wand och ich mit urteil an dem gericht von Berne --- des selben gutes alle ander min fründe und erben enterbet han» ---; hier verfällt die Erblasserin der Vorstellung, die Erbin sei infolge dieser «ding und gelübde und erbsnemunge «bereits Eigentümerin des Erbes geworden, da kein Widerruf vorbehalten sei; sie fährt nämlich fort, sie habe «das selb gut alles von der selben swester, die wile ich leben, empfangen, jerlichen umb ein mass wines --- ze einer gewer des selben erbes<sup>1</sup>». Der jährliche Anerkennungszins, der in einer ähnlichen Verfügung bestimmt wird – ebenfalls eine Mass Weines –, brauchte jedoch die Erblasserin «an dem widerruffen und ändren» ihrer Verfügung nicht zu irren; vielmehr bleibt ihr nach ihrer ausdrücklichen Bestimmung die Befugnis, «dz ich dis gemecht wol änderen und widerruffen mag, siech und gesunt, alle die wile, so ich in sēl bin, wenne ich wil und als digk ich wil»; die «gemecht und erbes nemunge» und die «zinsgewer der selben gabe» sollte nachherigen Widerruf oder Änderung nicht hindern<sup>2</sup>.

Aus diesen Beispielen ist ersichtlich, dass kein deutlicher Unterschied gemacht wurde zwischen Schenkung unter Lebenden, Vergabung auf den Todesfall, Vermächtnis oder Erbeinsetzung. Oft ist auch kaum sicher festzustellen, ob eingesetzte «Erben» in Wirklichkeit nicht blosse Willensvollstrecker sein sollten, die vielleicht für ihre Mühe durch den Überschuss entschädigt werden sollten, der sich nach Ausrichtung der ihnen aufgegebenen Vermächtnisse und der Zahlung der Erbschaftsschulden ergab. Ein frühes Beispiel für die Vermischung der Begriffe «Erbe» und «Willensvollstrecker» ist die Verfügung der in Bern wohnenden Elisabeth von Lachen: sie bestimmte 1325 vor dem Gericht einen Predigermönch, «meum confessorem et executorem testamenti mei seu ultime mee voluntatis ad perficiendum mancipandumque effectui dictum meum testamentum, meam voluntatem

<sup>1</sup> F VI 284 N 291 (1336); ähnlich 429 N 446 (1338) und VII 25 N 27, wo statt «einlitzig» geschrieben wird «einig»; 27 N 29 (1344); 433 N 447 (1349).

<sup>2</sup> F VII 433 N 447 (1349).

ultimam, ordinata et distributa per me ---, si me supervixerit, per eundem, prout in dicta *executoria testamenti littera* continetur». Bis hieher ist der Mönch offenbar lediglich Testamentsvollstreckter und hat die ihm in einer besonderen (nicht erhaltenen) Urkunde aufgetragenen Pflichten zu erfüllen; die Erblasserin fährt jedoch weiter: Mit Handen meines Vogtes habe ich mittels Gerichtsurteil ihm gegeben «titulo perfecte et irrevocabilis *donationis facte inter vivos*» alle meine Grundstücke und Fahrnis und überhaupt «omnia bona mea mobilia et immobilia --- que nunc habeo et in posterum lucrata fuero et que --- reliquero ullo modo, habenda, recipienda et utenda, ordinanda et distribuenda *pro sue voluntatis libito*, absque heredum meorum reclamazione ---, constituens, faciens et ordinans --- rite et legitime, prout debui et in villa Bernensi moris est --- eundem fratrem unicum et specialem meum *heredem*, dicta bona mea --- post meum obitum, pre aliis meis heredibus, quos de eisdem donatis de vestio — hereditandi et recipiendi(!) ut heres meus legitimus unicus et investitus de dictis donatis»; für den Fall, dass er jedoch vor der Verfügenden sterben sollte, «ex tunc dicta donatio, heredis constitutio et presens instrumentum nullius tenentur momenti esse, sed carere --- sui roboris firmitate<sup>1</sup>».

Eindeutige Erbeinsetzungen sind erst aus der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts überliefert: Peter von Balm, der in dritter Ehe lebte und dreierlei Kinder hinterliess, bestimmte 1358 genau, wie sein Nachlass unter dieselben zu teilen sei und wer im Fall des Vorabsterbens einzelner Erben Ersatzerbe sein sollte; die vor Gericht in deutscher Sprache abgefasste Urkunde enthält nirgends das Wort «Testament», sondern bezeichnet sich als «ordnunge», deren Vollzug unter der Aufsicht der Stadtbehörden stattfinden sollte; Peter von Balm behielt sich den Widerruf seiner Verfügungen ausdrücklich vor<sup>2</sup>.

Der schon früher vorkommende Vorbehalt, letztwillige Verfügungen – auch die vor Gericht errichteten – widerrufen zu können, scheint in der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts regel-

<sup>1</sup> F V 469 N 426; ähnliche Ordnungen a.a.O. 514 N 474 (1326), wozu die Urkunden über den Vollzug des Auftrags des Willensvollstreckers 800 N 752 (1331) und 811 N 760 (1331); vgl. VI 22 N 26 (1332, wo der Willensvollstrekker Schulden des Erblassers bezahlt). Vgl. dazu A. Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts II (1886), 652 ff. Hans Planitz, Deutsche Rechtsgeschichte (1950), 146.

<sup>2</sup> F VIII 262 N 717.

mässig gemacht worden zu sein<sup>1</sup>. Damit war die letztwillige Verfügung etwas deutlicher von der meist unwiderruflich erklärten Schenkung unter Lebenden unterschieden. Trotzdem kleidete der «juriste» Werner Stettler<sup>2</sup>, offenbar der immer noch in Bern herrschenden Gewohnheit folgend, seine letztwillige Verfügung 1379 in die Gestalt einer «rechten, vriien, lidigen, ewigen und unwiderrüflichen gabe» zugunsten des Predigerordenshauses; alle seine Rechte und liegende und fahrende Güter, «daz ich nu hab, noch gewinne und nach tode lasse» übergab er dem Ordenshaus «zuo einem luteren almuosen» und anerkannte, «daz dar nach, do inen dise gap geben wart und si der gütern in rüwig gewer und besitzunge kamen und waren», der Propst und Konvent ihn gebeten hätten, «daz ich --- mich der gutern aller zu iren handen anziehen wolte und iro schaffner, sunderlicher pfleger und amptman dar über sin wolte»; das habe er getan, doch sei zu wissen, «daz mine gewer und innehaben iro gewer und besitzunge ist, und was ich tuon und lassen mit den gütern ---, daz ich daz zuo irem nutze und fromen tuon sol als ir schaffner; --- zuo einer zinsgewer der gütern und gabe loben ich, inen jerlichs --- ze gebenne in iren convente zwo mass metes zuo einer bekantnisse, daz si die gütere und alle die nütze, so davon vallent, usser miner gewer ziehen mugen und die mit andren lüten besetzen ---<sup>3</sup>». Diese anscheinend bedingungslose Schenkung auf den Todesfall («gabe und ordnung») bestätigte Stettler in seiner letzten Willensordnung im Jahr 1388, «doch nach der forme der briefen, so si mir geben hant und ich och inen geben hab»; diese anderen, nicht auf uns gekommenen Urkunden hatten den Stettler zweifellos ermächtigt, doch noch anderweitig über sein Vermögen zu verfügen, so dass der anscheinende Alleinerbe, das Ordenshaus, in Tat und Wahrheit nur Willensvollstrecker war; 1388 verfügte Stettler über den grössten Teil des Haustrates, der Schmucksachen, über einen Teil seiner Liegenschaften und Einkünfte zugunsten seiner Nichte, anderer Personen und einer Reihe anderer Klöster; er betonte sein Recht, seine «ordenunge und jüngsten willen --- ze wandlen, darzuo ze legenne, ze merenne, ze minde-

<sup>1</sup> Vgl. F V 770 N 729 (1330); VI 285 N 293 (1336); später: F VIII 358 N 953 (1360), 443 N 1154 (1362), 612 N 1528 (1365); IX 149 N 250 (1368), 175 N 319 (1369); X 114 N 210 (1381), 293 N 608 (1385), 476 N 1031 (1388).

<sup>2</sup> Über ihn hievor S. 64.

<sup>3</sup> F X 47 N 103.

renne» und ernannte ausserdem seine drei besten weltlichen Freunde zu «usrichtern», das heisst ausführenden Willensvollstreckern<sup>1</sup>.

Gründlicher war der Einfluss des römischen Rechts auf zwei von welschen Notaren aufgenommene Testamente: Im Jahr 1360 erklärten ihren Willen, nicht ohne Testament zu sterben (nolens decedere intestata bzw. intestatus): 1. Frau Mermeta von Greyerz, Witwe des Heinrich von Strätilingen; sie «facit, constituit et ordinat *testamentum nuncupativum*»; sie «dat et legat» einige Zinse für ihr Seelenheil und setzt sodann ihren Neffen als einzigen Erben ein («*heredem suum universalem creat et instituit*»)<sup>2</sup>. 2. Wilhelm von Burgistein; dieser liess sein Testament in Gy (Haute-Saône) von einem Geistlichen und Notar der «curia Bisuntina» (Erzbischofshof Besançon) schreiben; er ernannte darin seinen Bruder Hartmann zu seinem «heres et executor testamenti seu extreme voluntatis ---, ut ipse de bonis et rebus meis --- omnia supradicta (eine Reihe Vermächtnisse) perficiat, reddat, solvat et adimpleat ---; hoc autem presens testamentum meum seu extremam voluntatem meam volo valere jure testamenti sollempniter facti seu alio quolibet jure, quo testamentum seu extrema voluntas valet melius seu valere potest aut jure codicillorum», unter Widerruf aller früheren Testamente<sup>3</sup>.

In einem vor Gericht zu Spiez 1361 geschlossenen Erbvertrag setzten sich Eheleute gegenseitig «ze rechten erben» ein, jedoch unter Wahrung der Rechte allfälliger Leiberben<sup>4</sup>. Nach den in den *Fontes rer. Bern.* publizierten letzten Willensordnungen aus der Zeit bis 1390 waren in Bern und seinem Landgebiet die meisten derselben vor Gericht durch Gerichtsurteil bestätigt; dies dürfte zurückgehen auf eine Satzung von 1344, wonach Frauen gültig «enkeinen erben machen, noch ir gut niemande geben, da mit ir rechten erben enterbet ir gutes möchten werden», wenn sie nicht vor dem Schultheissen, dem Rat und den Zweihundertern erschienen; was diesen dann vernünftig dünkt, das sollte die Frau tun, und nichts anderes<sup>5</sup>. Zu Pestzeiten wurde diese Vorschrift dahin erleichtert, dass man einer Frau, die noch

<sup>1</sup> F X 476 N 1031.

<sup>2</sup> F VIII 345 N 925.

<sup>3</sup> A. a. O. 350 N 938 (1360).

<sup>4</sup> A. a. O. 434 N 1131.

<sup>5</sup> RQ Bern II 38 N 76 = I 66 N 74.

imstande war, sich vor die Türe zu begeben und einen Fürsprech zu fordern, ein Gericht vor der Türe machen sollte; was sie dort ordnete, sollte gelten, wie wenn es vor den Zweihunderten geschehen wäre. Für Männer ging die Erleichterung der Formen letztwilliger Ordnungen noch weiter; sie konnten nun über ihr Vermögen, wenn sie «zu iren tagen komen sint» und solange sie «in vernünftigen, wüssenthaften sinnen und vernunft sind», vor zwei ehrbaren Männern verfügen<sup>1</sup>. Diese Bestimmungen wurden zum allgemein geltenden Recht<sup>2</sup>.

Es blieb jedoch Übung, dass nicht nur Frauen, sondern auch Männer vor Gericht feststellen liessen, dass sie verfüigungsfähig seien. So erwähnt zum Beispiel der Jurist Werner Stettler in seiner Willensordnung von 1379, dass er gemäss Erkenntnis des grossen Rates «gefrijet und gesundert» sei und somit «sieche oder gesunt» sein Vermögen «ordenen und geben mag nach minem allerliepstern willen<sup>3</sup>»; und Frau Anna Seiler, die Stifterin des heutigen Inselspitals, liess 1354 vor Errichtung ihres letzten Willens, von der gleichen obersten Stadtbehörde feststellen, dass sie «ein vriiü vrouwe weri» und «daz si ir guot alles, ligendes und varndes ---. si sî siech oder gesunt, wol geben, ordenen und machen mag geistlichen oder weltlichen personen, weme si wil oder war si wil<sup>4</sup>».

Kurz gesagt: das in Bern übliche gerichtlich aufgestellte Testament kann nicht als Ableger einer römischen oder kanonischen Rechtsform angesprochen werden, obwohl auch nach römischem Recht ein öffentliches Testament möglich war<sup>5</sup>; die Begriffe «Testament» und «Kodizill», «Erbeinsetzung» und «Legat» sind in den bernischen Urkunden nicht streng voneinander geschieden; der Willensvollstrecker (executor testamenti, deutsch «usrichter»), der häufig als «Erbe» bezeichnet wurde, ist nicht römischemrechtlicher Herkunft<sup>6</sup>. Nach dem kanonischen Recht

<sup>1</sup> RQ Bern II 118 N 260 = I 64 f. N 70 und 71 (1411 und 1417), II 32 N 64 = I 65 N 72 (1419).

<sup>2</sup> RQ Bern II 298 N 88 f. (Gerichtsatzung von 1539).

<sup>3</sup> F X 47 N 103.

<sup>4</sup> F VIII 73 N 181.

<sup>5</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl. 1887, III § 545.

<sup>6</sup> Vgl. Beispiele auf S. 107 f. hievor; dazu F VIII 74 N 182 (1354), 355 N 951 (1360); X 114 N 210 (1381), 293 N 608 (1385); dazu Windscheid a.a.O. § 567; A. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts II (1886), 652 ff.

dürfte in Bern die Regel angewandt worden sein, dass Verfügungen zugunsten von Kirchen und milden Stiftungen keiner Form bedurften<sup>1</sup>; sie erscheint allerdings erst in der Gerichtsatzung von 1614 ausdrücklich<sup>2</sup>.

5. Über das *Schiedswesen* sagt *Lerber*, er wisse nicht, weshalb man die hierauf bezüglichen Bestimmungen der Gerichtsatzung von 1614<sup>3</sup> vom römischen Recht herleiten wolle; Schiedsleute (arbitri) seien bei den Germanen seit alter Zeit beliebt gewesen. Übrigens gestatte das bernische Recht, einen Schiedsspruch anzufechten, wenn neue Beweismittel entdeckt werden, wonach man durch den Spruch um mehr als die Hälfte verkürzt worden sei; die für die Anfechtung einzuhaltende Frist von längstens 10 Jahren<sup>4</sup> sei in Bern erst durch die Gerichtsatzung 1614 eingeführt worden, und die Anfechtung sei nach römischem Recht nicht zulässig<sup>5</sup>, wie sich aus der lex 27 § 2 D IV 8 ergebe.

Hier genügt es, zusammenzufassen, was anderwärts eingehender gesagt worden ist<sup>6</sup>: es ist zu unterscheiden zwischen Schiedsverfahren unter Geistlichen oder über kirchliche Angelegenheiten, die im wesentlichen nach römisches-kanonischem Recht durchgeführt wurden, worauf *K. S. Bader* nachdrücklich hingewiesen hat<sup>7</sup>, und solchen in weltlichen Dingen sowohl politischer als auch privater Art, die sich im wesentlichen nach einheimischen, althergebrachten Grundsätzen richteten.

6. Für die *Verjährung (praescriptio)* verwies *Lerber*<sup>8</sup> darauf, dass die Germanen meistens den Ablauf von 30 Jahren gefordert hätten, bis das Eigentum an einer Sache unanfechtbar geworden wäre, dann aber weder einen «*justus titulus*» noch «*bona fides*» des Besitzers forderten; er berief sich hiefür namentlich auf die

<sup>1</sup> *Windscheid* a. a. O. § 544, Ziff. 5.

<sup>2</sup> Fol. 118 v (Satz. 10 des Titels IV).

<sup>3</sup> Fol. 41 ff. (Titel XIII, Von Sprüchen).

<sup>4</sup> A. a. O. fol. 42.

<sup>5</sup> *Lerber*, a. a. O. 28 und 29 (Note).

<sup>6</sup> *Hermann Rennefahrt*, Beitrag zu der Frage der Herkunft des Schiedsgerichtswesens, in *W. Näf*, Schweiz. Beiträge zur allgemeinen Geschichte, 1958.

<sup>7</sup> *K. S. Bader*, Das Schiedsverfahren in Schwaben (1929); *derselbe*, Die Entwicklung und Verbreitung der mittelalterlichen Schiedsidee in Südwestdeutschland und in der Schweiz (1935, in *Zeitschr. f. schweiz. Recht*, 54, S. 100 ff.). Vgl. auch die Diss. seines Schülers *Paul Caspers*, Der Güte- und Schiedsgedanke im kirchlichen Zivilgerichtsverfahren (1953).

<sup>8</sup> A. a. O. 29, Note.

Lex Burgundionum<sup>1</sup>. Dabei berücksichtigte er aber nicht, dass die dreissigjährige Verjährung schon im Codex Justinians vorgesehen war und von dort in das kanonische Recht überging<sup>2</sup>. Da die Verjährungsfrist in gleicher Weise auch in der Lex Romana Burgundionum (tit. 31) erscheint, ist es doch möglich, dass hier eine frühe Übernahme römischen Rechts durch die Germanenrechte stattgefunden hat<sup>3</sup>. Die erste Urkunde aus unserem Gebiet, welche dreissigjährigen Besitz anruft, betrifft Rechte der Abtei Erlach und wird dem zweiten Jahrzehnt des 13. Jahrhunderts zugeschrieben<sup>4</sup>.

Auf sicherem Boden steht *Lerber* dagegen, wenn er auf die in der Berner Handfeste, Artikel 22, bestimmte Frist von Jahr und Tag hinweist, in welcher der Besitzer die «rechte Gewere» erwarb. Diese Vorschrift setzte ursprünglich voraus, dass der Besitz einer Sache in öffentlichem Verfahren, zum Beispiel vor Gericht, begründet worden sei; wenn ein im Land Anwesender binnen der Frist eines Jahres und während dreier im Abstand von je zwei Wochen darauf folgender Gerichtstage keinen Einspruch gegen den Besitzerwerb erhoben hatte, so hatte er das Recht verwirkt, den Besitzer anzugreifen. Die rechte Gewere hing also mit dem vom römischen Recht kaum beeinflussten althergebrachten Gerichtsverfahren zusammen, wie es in Stadt und Landschaft Bern galt<sup>5</sup>.

Schon bald nach 1310 dürfte Bern neben der «rechten Gewere» die zehnjährige Ersitzungsfrist eingeführt haben, offenbar nach dem Muster des Landfriedensbündnisses, das König Heinrich am 19. August 1310 mit den Bischöfen von Strassburg und Basel und den Landgrafen des Elsass abgeschlossen hatte<sup>6</sup>. Das Landfriedensbündnis dürfte sich an die zehnjährige Usucationsfrist für Liegenschaften des römischen Rechts gehalten haben<sup>7</sup>,

<sup>1</sup> Tit. 79. Vgl. dazu *A. Heusler*, Institutionen, II 86, der die 30jährige Frist bei Langobarden und Franken erwähnt.

<sup>2</sup> C. 3 C VII. 39; c. 3 X de praescriptione II 26.

<sup>3</sup> Vgl. diesbezüglich die Noten in der Ausgabe der Lex Rom. Burg. *L. R. von Salis* in MGH Leges (1892), S. 149 und 150.

<sup>4</sup> F II 24 N 16; vgl. auch F IV 552 N 528 (1313) und RQ Laupen 17 N 14 a (1411).

<sup>5</sup> *A. Heusler*, a. a. O. 87.

<sup>6</sup> Eingehend hierüber *Fr. E. Meyer*, Zur Gesch. d. Immobiliarrechts der deutschen Schweiz (1921), 143 ff.

<sup>7</sup> Vgl. *Windscheid*, a. a. O. I § 180 und dort zitierte Quellenstellen.

nannte jedoch die weiteren Ersitzungsbedingungen desselben – Titel und guten Glauben – nicht. Dies als richtig vorausgesetzt, würde sich in der zehnjährigen Ersitzungsfrist des bernischen Rechts ein mittelbarer Einfluss des römischen Rechts geltend gemacht haben<sup>1</sup>. Vom stadtbernischen Recht aus ging diese Frist 1494 in das Thuner Stadtrecht über<sup>2</sup>; ebenso in das Landrecht von Aeschi im Jahr 1514<sup>3</sup>, und wurde 1541 in Spiez angewandt<sup>4</sup>. Wo in Urkunden des bernischen Landes von «statt- und lands- gewerde» oder ähnlich gesprochen wird, dürfte durchwegs die zehnjährige Ersitzungsfrist gemeint gewesen sein<sup>5</sup>. Eine eigen- tümliche Entwicklung machte das Saaner Recht durch: In einem Schiedsverfahren vor dem Rat zu Bern und Boten des Rates von Fryburg klagte Graf Anton von Geyerz, die Saaner Landleute hätten ohne sein Dazutun «inen selbs ein gewerd uffgesetzt und mit urteil bekant, nemlich: wer ein gut bi inen jar und tag inne hat, und aber mit sinem gegenteil die zit uss zekilchen und ze merit gat und wandlet, unangesprochen als recht ist, das der denn nachmalen nieman nützet darumb ze antwürtenne haben sol»; die Saaner verantworteten sich, sie hätten «ein sölich ge- werd lange zit under inen selbs gehalten, durch ires gemeinen landes nutz, fromen und friden willen»; das Schiedsgericht er- klärte jedoch die Satzung als nichtig, da «sölich uffsatzungen ane der herrschaft willen nit zuogan noch bestan mögend»<sup>6</sup>. Nach 22 Jahren (1451), nachdem die Landleute von Saanen alle herr- schaftlichen Grundlasten losgekauft hatten, beschlossen sie neuerdings über die «gewerd» mit der Begründung, sie seien nun lange Zeit ohne eine solche gewesen, so dass «sich nieman keiner gewerd nit fröwen noch trösten mocht umb kein guot»; da sonst überall «ein gewerd ist, die eim jeglichen sin gut in frid setzet, ob er die gütter mit gewerd besessen hat», so setzten sie nun für ewig, dass jede Person, die ein Gut, «es sy in berg oder

<sup>1</sup> RQ Bern II 47 N 99 = I 81 N 99.

<sup>2</sup> C. Huber, Urk. der hist. Abteil. des Stadtarchivs Thun (1931), 363 (K 733).

<sup>3</sup> RQ Frutigen 146 N 45, Ziff. 7.

<sup>4</sup> A.a.O. 174 N 52, Ziff. 38.

<sup>5</sup> Z. B. in Obergoldbach 1471 (RQ Konolfingen 44 N 26), Oppligen (a.a.O. 152 N 79 mit Note 2), im Amt Laupen 1427 (RQ Laupen 31 N 22) und 1491 (a.a.O. 144 N 90); vgl. dazu a.a.O. 27 N 21 b (1432). Im Emmental war die 10jährige Frist im 16. Jahrhundert ebenfalls üblich (Zeitschr. für schweiz. Recht 9 [1861] 218 N 131, und Fr. E. Meyer, a.a.O. 146 f.).

<sup>6</sup> RQ Saanen 42 N 19 Ziff. 5 und 47, Ziff. 5 (1429).

in tal, --- fridlich fünf jar besessen, an das in jeman mit clagt oder mit recht (d. h. Gerichtsverfahren) angriffen hat, das denn die person --- sin guot von deshin rüwig und fridlich han sol, --- denn dz die gewerd die selben person schirmen und in frid setzen sol sines guottes<sup>1</sup>». Die Saaner scheinen sich in Bern, wo sie Burgricht hatten, nach der dort geltenden Ersitzungsfrist erkundigt zu haben, fanden aber dann 10 Jahre zu lange. Diese Annahme wird dadurch gestützt, dass das niedersimmentalische Landrecht, das Bern 1454 auf Begehrungen der dortigen Landleute gewährte, nun ebenfalls eine fünfjährige Ersitzungsfrist («gwerd») einführte<sup>2</sup>; die Niedersimmentaler befolgten offenbar das Beispiel der Saaner. Dies wird noch einleuchtender, wenn die Rechtsentwicklung bei den unmittelbaren Nachbarn der Saaner, bei den Obersimmentalern, berücksichtigt wird: das 1457 von Bern bestätigte Landrecht des Obersimmentals sagt nämlich: «als denn unser lantlüt von Obersibental dahar ein gewerde umb --- zinsbar und fry eigenguot 10 jar gehept hand ---, so haben wir inen von *ir bitt willen* die gewerde --- gekurtzert» und «die uff fünf jaren gesetzt» ---<sup>3</sup>. Die Saaner Ersitzungsfrist hatte sich damit auch im ganzen Simmental durchgesetzt.

Im auffälligen Abstand von diesen nur indirekt vom römischen Recht beeinflussten Stadt- und Landrechten galt in den der Propstei Interlaken angehörigen Kirchspielen gemäss den von Propst und Kapitel nach Vorschlägen der Landleute im Jahr 1404 nach altem Recht und neuen «wandlungen» errichteten Satzungen folgendes über die «gewerd»: wenn jemand «ligende gütere von *erbe oder von köiffen oder von gaben* für ir guote *in guoten triüwen* siben jare angende und usgende ruwig besessen hat, unangesprochen von dien, die mit der persone ze kilchen und ze mercht gangen sint, --- sölten die gewerde und das innehan --- die persone als uff irem guote beschirmen»; diese Gewere sollte jedoch der Herrschaft, den Gotteshäusern und Landesabwesenden nicht schaden; diesen blieb vorbehalten, ihr Recht gerichtlich zu verfolgen, wie ihnen «billig und glimpflich» sein würde<sup>4</sup>. Unverkennbar haben hier die im römisch-kanonischen Recht bewanderten geistlichen Herren ihre Kenntnisse verwertet: der

<sup>1</sup> A. a. O. 102 N 35.

<sup>2</sup> RQ Niedersimm. 46 N 20 Ziff. 18.

<sup>3</sup> RQ Obersimmental 41 N 17 Ziff. 27.

<sup>4</sup> RQ Interlaken Nr. 88 (im Druck, noch nicht umbrochen).

nach römischem Recht erforderliche Besitztitel wurde verlangt mit den Worten «von erbe oder von köiffen oder von gaben», das Erfordernis des guten Glaubens mit den Worten «in guten trüwen».

Als Graf Eberhard von Kiburg, der selber in Bologna studiert hatte, 1334 als Schiedsrichter über eine Lehenstreitigkeit des Chorherrenstifts Amsoldingen gegen einen Lehenmann zu urteilen hatte, entschied er nach Beratung «mit wisen phaffen und leigen: wan daz *geschriben recht*, beide geistlichs und weltlichs, wider dem nieman tun sol, sprichtet: Versitzet der lienman older zinsman zwöi jar --- den jerlichen zins, und kunt er im selben balde im dritten jare snelleklich nicht ze helfe, den zins werende, ungemant danks und unbeklagt, so ist er gangen von allem rechte, daz er haben mochte an dem erbe guote, und *daz ist von geschriben rechte*, ane urteil; doch sucht der lenherre dar umb urteil vor dem richter, so hat er dez me gelimphe<sup>1</sup>.» Dies bestätigt die oben<sup>2</sup> gemachte Feststellung, dass die Geistlichkeit in erster Linie beteiligt war an der Übernahme römisch-kanonischen Rechts.

Weitere sichere Anhaltspunkte für die wirkliche Anwendung von Bestimmungen des römischen Rechts sind schwerlich in den bernischen Urkunden zu finden. Gewiss kommen, um ein Beispiel für viele ähnliche herauszugreifen, in der Vereinbarung, welche bei der Gründung des Städtchens Unterseen zwischen den Herren von Eschenbach und der Propstei Interlaken geschlossen wurde (1280), Ausdrücke vor, die auf einige Vertrautheit des Verfassers mit dem römischen Recht schliessen lassen; der Schreiber, wohl ein Geistlicher, übersetzt zum Beispiel das deutsche Wort «erblēn» mit «*jus emphyteoticum*», den Vertragsschluss nennt er «*stipulatio*»; er bemerkt in einem Nebensatz, die eigenmächtigen Pfändungen seien «*legibus invisa*» (dem geschriebenen römischen Recht verhasst), wenigstens solange ein Belangter bereit sei, Recht vor dem Richter zu nehmen<sup>3</sup>, hier

<sup>1</sup> F VI 154 N 163. Das «*geschriben recht*» war lex 54 § 1 D 19.2 sowie lex 2 C 4.65; dazu B. Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts, 6. Aufl. 1887 II 547 § 402 mit Anm. 6 sowie besonders I 763 § 222. Eingehend hierüber P. Liver, Zur Entstehung des freien bäuerlichen Eigentums, in Zeitschr. f. schweiz. Recht 65 (1946) 341, 354 ff.

<sup>2</sup> S. 91 f. hievor.

<sup>3</sup> F III 278 ff. N 297.

wie gelegentlich auch anderwärts, wird «vendicare» im Sinn von ansprechen, fordern gebraucht und nicht, wie später meistens, im Sinn von rächen<sup>1</sup>. In dem Spruch, den der Vicearchidiconus von Köniz 1410 fällte über den Jungezehnten, der in der Kirchhöre Gsteig dem Kloster Interlaken zukam, wird von «legitima praescriptio» gesprochen, der Schiedsrichter fällt eine «sententia interlocutoria», verlangt das «juramentum super evitanda calumpnia» von Parteien und Zeugen und beruft sich auf das «consilium peritorum juris<sup>2</sup>. Es ist aber weder ersichtlich noch auch nur wahrscheinlich, dass mit den lateinischen Wörtern auch sachlich römische Rechtsanschauungen eingezogen wären. Ebensowenig scheint ein ursächlicher Zusammenhang zu bestehen zwischen den römischen Vorschriften über die Teilung gemeinsamer Rechte (communi dividundo)<sup>3</sup> und der in Bern 1316 entstandenen Satzung, wonach im allgemeinen dem Miteigentümer oder Mitbelehnten das Recht gegeben wurde, die Teilung des gemeinsamen Gutes zu fordern und über seinen Anteil zu verfügen<sup>4</sup>; in der Justingerschen Fassung des ältesten erhaltenen Satzungenbuches folgt nämlich auf diese Satzung eine solche, welche die Teilbarkeit von Häusern und Hofstätten unter ein bestimmtes Mindestmass verbot<sup>5</sup>.

In der westschweizerischen Nachbarschaft war der Einfluss materieller römischer Rechtssätze stärker; als Beispiel hiefür mag dienen der Schiedsspruch, den die aus Milden (Moudon) berufenen Schiedsleute in dem Streit der Saaner Landleute um ihr Burgrecht mit Bern 1447 vorschlugen: sie beriefen sich unter anderem auf die «regula vulgata, quod socius socii mei socius meus non est<sup>6</sup>», die dem römischen Recht entnommen ist<sup>7</sup>; sie erklärten das Burgrecht als eine Art «contractus societatis», der aufgekündet werden könne («cum aliquis renuntiaverit societati, solvatur societas»); römisch-rechtliche Reminiszenzen dürften

<sup>1</sup> A. a. O. 699 N 696 (1297), im Gegensatz zu RQ Bern III 24 N 2 (1224), 27 N 5 (1243) usw. Vgl. S. 80 hievor.

<sup>2</sup> RQ Interlaken N 93.

<sup>3</sup> D X tit. 3 und C III tit. 37.

<sup>4</sup> RQ Bern II 35 N 72 = I 76 N 94.

<sup>5</sup> RQ Bern II 36 N 73 (s. d. In RQ I 69 N 81 ist die zweite Satzung an anderer Stelle wiedergegeben).

<sup>6</sup> RQ Saanen 73 N 30.

<sup>7</sup> 1. 20 D XVII 2.

auch in ihren Aussprüchen stecken: «juramentum interpretatur secundum naturam contractus, cui accidit»; «juramentum est personalissimum», «beneficium non conferatur in invitum» und «nemo dat, quod non habet<sup>1</sup>».

Da in Saanen bis anfangs des 17. Jahrhunderts subsidiär Mildener Recht, das heisst das von Savoyen inspirierte Waadt-länder Recht galt<sup>2</sup>, so ist zu schliessen, dass geschulte Notare und andere Juristen auch römisch-kanonische Rechtsregeln, die im Mildener Recht Eingang gefunden hatten, im Saaner Rechtsleben anwandten<sup>3</sup>.

In ähnlicher Rechtslage, wie Saanen, befand sich das damals auf der welschen Seite der Sprachgrenze liegende Murten; diese Stadt war seit dem Tod Berchtolds V. von Zähringen (1218) bis 1255 reichsunmittelbar wie Bern; nachher stand sie bis 1475 unter savoyischer Herrschaft; diese brachte es mit sich, dass neben ihrem Stadtrecht aushilfsweise, wie in Saanen, Waadt-länder Recht beigezogen wurde: eine Stadtsatzung von 1382 erklärte, dass die Murtener Rechtsbräuche (consuetudines Mureti) mit denjenigen von Lausanne besser übereinstimmten als mit andern und dass deshalb in Murten Zweifelsfälle entschieden werden sollten gemäss dem Rat von Leuten, denen das Lausanner Gewohnheitsrecht bekannt sei (quidquid consultum fuerit per scientes consuetudinem Lausannensem, teneri debeat)<sup>4</sup>. Nachdem 1399 der Graf von Savoyen bestimmt hatte, dass die Appellation gegen Urteile des Murtener Gerichts nach Milden (Moudon) zu gehen habe, berief sich Murten darauf, dass man sich in ihrer Stadt nach den Rechten und Gewohnheiten des Reiches richte (jura et consuetudines imperii); der Graf verfügte deshalb, das Appellationsgericht in Milden habe in Murtener Prozessen jeweilen bei den am Streit unbeteiligten Ratsmitgliedern zu Murten über das dort geltende Recht Auskunft einzuholen und danach zu urteilen<sup>5</sup>. Was konnten die Murtener damals unter den

<sup>1</sup> RQ Saanen a.a.O. 73 ff.; dazu c. 11 und c. 54 D 50. 17 und c. 20 D 41. 1 (freundliche Mitteilung des Herrn Prof. Alexander Beck).

<sup>2</sup> RQ Saanen, Einleitung S. XLII ff.

<sup>3</sup> Über die consuetudo patrie Vuaudi, die mit geringen Unterschieden sowohl in Milden als auch für das Gebiet der Lausanner Bischofskirche galt, vgl. J.-Fr. Pou-dret, La succession testamentaire dans le pays de Vaud à l'époque savoyarde, 13<sup>e</sup> à 16<sup>e</sup> siècle (1955) 22 ff.

<sup>4</sup> RQ Murten 74 N 52.

<sup>5</sup> A.a.O. 115 N 80.

«*jura et consuetudines imperii*» verstehen? Wahrscheinlich das den Juristen zu Murten bekannte römisch-kanonische Recht, wie es durch Reichsgesetze seit Kaiser Friedrich I. ergänzt worden war.

Daraus darf gefolgert werden, dass auch Bern, das von 1218 bis 1255 und nach Beendigung der savoyischen Schutzherrschaft (1286) dauernd reichsunmittelbar war, ebenfalls Reichsrecht aus hilfsweise gebrauchte, wenn weder das in der Handfeste enthaltene eigene Stadtrecht noch das in derselben als anwendbar bezeichnete Mutterrecht der Stadt Freiburg im Breisgau ausreichte. Der grosse Unterschied gegenüber Murten bestand jedoch darin, dass die im 13. Jahrhundert beginnende, im 14. sehr lebhafte eigene Gesetzgebung die subsidiären Rechte unnötig machte. Erst als Bern im 15. Jahrhundert landesherrliche Rechte auszuüben begann, berief es sich nicht mehr nur im Kriminalstrafrecht<sup>1</sup>, sondern auch in bezug auf seine landesherrlichen Befugnisse, namentlich zur Begründung seiner Ansprüche auf Regalien, auf «kaiserliches Recht» oder, wie geläufiger gesagt wurde, auf die «hoche herlikeit» oder «oberkeit», die Souveränität<sup>2</sup>. Im Twingherrenstreit (1470/71) wurden diese «oberkeitlichen» Rechte aus der Hochgerichtsbarkeit hergeleitet<sup>3</sup>, also einem grundsätzlich dem König bzw. dem Kaiser zustehenden Recht. Diese späte Entwicklung kann hier nicht dargestellt werden; sie entsprach den politischen Verhältnissen Berns und war unabhängig vom bernischen Urkundswesen.

<sup>1</sup> Vgl. *H. Rennefahrt*, Das Richten nach «kaiserlichem Recht» im alten Bern (Zeitschr. d. bern. Juristenvereins 65 (1929) 529 ff.

<sup>2</sup> RQ Bern I 148 N 239 (1459).

<sup>3</sup> *Thüring Frickart*, Twingherrenstreit, hsg. G. Studer (1877), z. B. 29 ff., 91, 114 f., 124, 158 («verletzer der obristen herrschaft»), 185. – Über das von Bern, gestützt auf die «obreste herschaft» ausgeübte Wasserregal, *Hans Traeber*, Das Wasserregal über den Thuner- und Brienzersee bis zur Reformation (1946), 46 ff. – Über die spätere Entwicklung der landesherrlichen Rechte in den Twingherrschaften RQ Bern IV 885 ff N 194, insbes. S. 908, Bemerkung 10.