

Kapitel 1: Differenzierungskriterien im Alten Reich

In diesem Kapitel geht es um die Differenzierungskriterien des 18. Jahrhunderts, die den Zugehörigen rechtlich definierten und diesen vom Fremden trennten. Die von diesen Statuskategorien geprägten Differenzierungen können dabei als Differenzierungen auch innerhalb der Bevölkerung einer Region oder Stadt rechtliche Grenzen konstituieren, solange auch der Fremde ausgeschlossen ist. Ziel der Darstellung in diesem ersten Kapitel ist es, den Stand der Rechtsetzung und Dogmatik vor den Entwicklungen ab etwa 1800 aufzuzeigen.

Die Genealogie der Staatsangehörigkeit ist äußerst unterschiedlich verortet worden. Eine vor allem in der älteren Forschung überwiegende Ansicht sah die Untertänigkeit als Vorläuferin der modernen Staatsangehörigkeit an.¹ Zum einen beruhte diese Überlegung auf der Vorstellung, dass die Untertänigkeit ein Rechtsinstitut war, das eng mit dem Absolutismus zusammenhing.² Zum anderen handelte es sich oftmals um Ansätze, bei denen der Zuordnungsfunktion der Staatsangehörigkeit die entscheidende Rolle eingeräumt wurde.³ Wenn dabei von einer „Vielzahl konkreter Angehörigkeitsbeziehungen“⁴ die Rede war, bezieht sich dies nicht auf eine Pluralität von Rechtskategorien, sondern auf die vielfältige Verschränkung der Untertänigkeit⁵ als Genusbezeichnung.⁶

Einen weiteren Vorläufer fanden manche in der Bürgerschaft von Städten. So tagte die Vereinigung für Verfassungsgeschichte 1987 in Hofgeismar zu dem Thema „Bürgerschaft in Stadt und Staat“, um auf Grundlage von

1 *Gilissen*, Le statut des étrangers, a la lumière de l'histoire comparative, in: Société Jean Bodin, L'étranger Foreigner, S. 10; vgl. *Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, S. 28.

2 *Reiling*, Art. Untertan, in: Erler/Kaufmann/Werkmüller/Schmidt-Wiegand, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, V. Band, 536; vgl. auch die Einschätzung von *Riesenberg*, dass im absolutistischen Europa der Untertan den Bürger als zentrale Kategorie abgelöst habe: *Riesenberg*, Citizenship in the Western Tradition, S. 203 f.

3 Vgl. *Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, S. 20 ff.

4 Ebd., S. 28 ff.; *Thedieck*, Deutsche Staatsangehörigkeit im Bund und in den Ländern, S. 31.

5 *Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, S. 37 ff.; *Thedieck*, Deutsche Staatsangehörigkeit im Bund und in den Ländern, S. 32.

6 *Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, S. 28.

Überlegungen von Otto von Gierke,⁷ Wilhelm Ebel⁸ und Karl Bosl⁹ zu diskutieren, inwieweit in der Stadtbürgerschaft des Mittelalters und der Frühen Neuzeit Elemente moderner Staatlichkeit entdeckt werden können.¹⁰ Diese Untersuchungen korrelierten in der Regel mit einer besonderen Betonung der Funktion der Staatsangehörigkeit, politische Rechte zu vermitteln.¹¹ Andere Kategorien, wie das in diesem Kapitel zentrale Indigenat, wurden wenig prominent und eher am Rande von Untersuchungen zur ständischen Politik der Frühen Neuzeit diskutiert.¹²

Gegenüber solchen Ansätzen, die sich auf einzelne Vorläufer der Staatsangehörigkeit konzentrierten, haben einige Autoren eine Vielfalt an Angehörigkeitsbeziehungen im Alten Reich festgestellt. So beobachtete Hannelore Burger für Österreich vor der Einführung des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1811, dass eine Vielzahl unterschiedlicher Begriffe gebraucht wurde und kontextabhängig „von österreichischen Staatsbürgern, dann wieder von Untertanen, Inländern, Mitgliedern des Staates, Einwohnern, Eingeborenen, bzw. von Fremden, Einwohnern fremder Staaten, Staatsbürgern eines fremden Landes, fremden Landeskindern, fremden Untertanen die Rede [war]“.¹³ Reinhart Koselleck stellte ähnliches für die Sprache des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten fest. Eine allgemeine Staatsbürgerschaft habe noch nicht bestanden, stattdessen seien Begriffe verwendet worden, die sich erst im Laufe des Vormärzes einander angleichen. Er nannte als solche Begriffe die „Person“, den „Einwohner des

7 Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Zweiter Band, S. 705, 733, 828.

8 Ebel, *Der Bürgereid als Geltungsgrund und Gestaltungsprinzip des deutschen mittelalterlichen Stadtrechts*, S. 1.

9 Bosl, *Staat, Gesellschaft, Wirtschaft im deutschen Mittelalter*, S. 209.

10 Dilcher, *Einleitung*, in: Dilcher, *Res publica*, S. 7; Pitz, *Untertanenverband, Bürgerrecht und Staatsbürgerschaft in Mittelalter und Neuzeit*, *Blätter für deutsche Landesgeschichte* 126 (1990), 263 (S. 263 ff.).

11 Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Zweiter Band, S. 828; vgl. Pitz, *Untertanenverband, Bürgerrecht und Staatsbürgerschaft in Mittelalter und Neuzeit*, *Blätter für deutsche Landesgeschichte* 126 (1990), 263 (S. 272 f.); Stolleis, *Untertan – Bürger – Staatsbürger*, in: Stolleis, *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit*, S. 299; Dilcher, *Die Stadtbürgerschaft zwischen Widerstand und Repräsentation*, in: Dilcher, *Bürgerrecht und Stadtverfassung im europäischen Mittelalter*, S. 335 (361).

12 Zu erwähnen ist jedoch: Karbach, *Die Rechtsfigur des Indigenats in der Geschichte Preußens und Württembergs von der Zeit des Heiligen Römischen Reichs bis zur Gründung des deutschen Nationalstaats von 1871*.

13 Burger, *Passwesen und Staatsbürgerschaft*, in: Heindl/Saurer, *Grenze und Staat*, S. 3 (98).

Staates“, den „Untertan“, das „Mitglied des Staates“, den „Landeseingeborenen“, den „Einheimischen“ sowie den „Staatsbürger“.¹⁴

Die Plausibilität der Vielfalt an rechtlichen Kategorien wird durch den Zustand der Rechtswissenschaft im 18. Jahrhundert untermauert. Die rechtlichen Argumentationen stützten sich auf naturrechtliche Systeme oder auf positives Recht. Im Naturrecht existierte als Unterform des allgemeinen Naturrechts die allgemeine Staatslehre. Im positiven Recht kann wiederum zwischen dem Reichsstaatsrecht, dem einheimischen Recht und dem römischen Recht, meist in Form des *usus modernus pandectarum*, unterschieden werden. Neben dieser Fächer- und Methodenvielfalt gab es eine bemerkenswerte personelle Überschneidung, indem viele Wissenschaftler im Laufe ihres Lebens in verschiedenen Bereichen forschten. Die Untersuchung von Differenzierungskriterien kann keiner einzelnen Fachrichtung zugeordnet werden, sondern fand in allen Bereichen der Rechtswissenschaft statt.

Den einzelnen Fächern der Rechtswissenschaft kamen dabei unterschiedliche Rollen zu. Unabhängig von einer konkreten Rechtsetzung durch Landesherren existierten rein wissenschaftliche Differenzierungskategorien, die mehr die Funktion von Erklärmustern und Argumentationsformen wahrnahmen. Dies ist bei den Systemen des Naturrechts und den Bearbeitungen des römischen Rechts der Fall. Daneben existieren Differenzierungskriterien, die sich in den Rechtsquellen niederschlugen, wie die Stadtbürgerschaft. Meistens ist der Übergang jedoch fließend, wenn etwa Normen des positiven Rechts vor dem Hintergrund römischrechtlicher Kategorien und naturrechtlicher Theorien aufgefasst wurden oder wenn die Wissenschaft des einheimischen Rechts aus einer Vielzahl an Vorschriften der Frühen Neuzeit über die Beschränkung der Ämtervergabe das Indigenat abstrahierte und diese Kategorie damit wiederum für die Gesetzgebung nutzbar machte. Den in diesem Kapitel dargestellten Kategorien ist gemein, dass ihre Dogmatik Versatzstücke für die weitere Entwicklung nach 1800 lieferte.

Die methodische Fragmentierung hatte auch die Fragmentierung der Begriffe zur Folge. Allein der Begriff des Bürgers konnte kontextabhängig sehr unterschiedliche Bedeutungen haben, mit denen auch die Zeitgenossen Schwierigkeiten hatten.¹⁵ Zunächst konnte damit der römischrechtliche

14 Koselleck, Preußen zwischen Reform und Revolution, S. 660 ff.

15 Vgl. die mehrfachen Bürgerdefinitionen bei: David Mevius, Kommentar zum Lübschen Recht, in: Bar/Dopffel, Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17.

Bürger des *corpus iuris civilis* gemeint sein. Dieser fiel in die Domäne der Romanisten die aber im Geiste des *usus modernus pandectarum* zeitgenössische Äquivalente suchten. Sodann konnte „Bürger“ als Bezeichnung eines gesellschaftlichen Standes genutzt werden, also in Abgrenzung zu Bauern- und Adelsstand. Dieser Bürgerbegriff könnte durch den Spruch „Bürger und Bauer scheidet die Mauer“ illustriert worden sein.¹⁶ Nicht jeder aber, der in der Umgrenzung einer Stadtmauer wohnte, war auch Bürger im Sinne eines Stadtbewohners mit vollem Bürgerrecht, also Bürger in einem konkreten statusrechtlichen Sinne. Zuletzt entwarf das Naturrecht den Staatsbürger als Mitglied der, durch den Gesellschaftsvertrag gegründeten, bürgerlichen Gesellschaft. Diese begriffliche Fragmentierung ist nicht nur auf den Bürger beschränkt. In geringerem Umfang betraf dies auch den Begriff „Untertan“, der mit weitgehender semantischer Kongruenz sowohl in den Theorien des Naturrechts als auch im positiven Staatsrecht vorkam.

Die Fragmentierung setzt sich in den Argumentationen um die einzelnen, durch die Differenzierungskriterien geprägten, Differenzierungen fort. So finden sich für einzelne Differenzierungen neben politischen, wirtschaftlichen und praktischen Argumenten auch eher theoretische, naturrechtliche Begründungen.

Die folgenden Ausführungen sind nach den in den Quellen auffindbaren Differenzierungskriterien geordnet,¹⁷ die zusammen mit den wichtigsten der von ihnen ausgelösten Differenzierungen dargestellt werden. Dabei geht es zunächst um den Untertanenbegriff des positiven Staatsrechts (A.). Sodann um das Indigenat als Rechtsinstitut, das das Produkt einer Abstrak-

Jahrhundert, Band 1, S. 418–527 (425); *Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem [...], Fünft- und letzter Theil, S. 1751; *Moser*, Von der Teutschen Reichs-Stände Landen, derer Landständen, Unterthanen, Landes-Freyheiten, Beschwerden, Schulden und Zusammenkünfften, S. 925; *Moser*, Von der Teutschen Unterthanen Rechten und Pflichten, S. 1f.; *Krünitz*, Art. Bürger, in: *Krünitz*, Oeconomische Encyclopädie, 7. Teil, S. 377; *Eisenhart*, Versuch einer Anleitung zum Teutschen Stadt- und Bürgerrechte, S. 3.

16 *Moser*, Von der Teutschen Reichs-Stände Landen, derer Landständen, Unterthanen, Landes-Freyheiten, Beschwerden, Schulden und Zusammenkünfften, S. 925; mit einer Interpretation, die nur auf den Ausschluss der Bewohner der Vorstädte vom Bürgerrecht gerichtet ist: *Eisenhart*, Grundsätze der deutschen Rechte in Spruchwörtern mit Anmerkungen erläutert, S. 48 ff. Zu diesem Sprichwort: *Schmidt-Wiegand*, Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, S. 61; *Cordes*, Burger und Baur scheidet nichts dann die Maur, in: *Cordes/Rückert/Schulze*, Stadt – Gemeinde – Genossenschaft, S. 201.

17 Zu der Verwendung analytischer und deskriptiver Sprache in dem Bereich der Stadt- und Staatsbürgerschaft: Willoweit in der Aussprache zu: *Schneider*, Der Bürger zwischen Stadt und Staat im 19. Jahrhundert, in: *Dilcher*, Res publica, S. 143 (164).

tionsleistung der Wissenschaft des einheimischen Rechts in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts ist (B.). Es folgt eine Darstellung der städtischen Bürgerschaft mit ihrer statusrechtlichen Abstufung in Vollbürgerschaft und anderen städtischen Statuskategorien (C.). Nach diesen Kategorien des positiven Rechts kommen die Deutungsmuster und Staatstheorien in den Fokus. Diese sind das Naturrecht, das vor allem gegen Ende des 18. Jahrhunderts Institute des positiven Rechts überformte (D.), und das römische Recht mit seiner Bürgerschaftskonzeption, die, vor allem durch die Frage nach dem zeitgenössischen Pendant aus Sicht der Wissenschaftler des 18. Jahrhunderts, Untersuchungsobjekt ist (E.).

Der Umfang der folgenden Darstellungen ist an dem Stand der bisherigen Forschung ausgerichtet: Während zur Untertänigkeit und zur Stadtbürgerschaft eine Vielzahl an Vorarbeiten existieren, ist das Indigenat weitgehend unerforscht. Dementsprechend stellen die Ausführungen über das Rechtsinstitut des Indigenats den Schwerpunkt des Kapitels dar, während im Rahmen der Darstellung der anderen Rechtsinstitute hauptsächlich die Funktion als Differenzierungskriterium im Zentrum steht.

A. Untertänigkeit

In diesem Abschnitt geht es darum, inwiefern das Rechtsinstitut der Untertänigkeit zur Differenzierung zwischen dem Untertanen und dem Fremden verwendet wurde und verwendet werden konnte. Dazu untersucht dieser Abschnitt zunächst die Untertänigkeit als Rechtsinstitut (I.), sodann die Prägung der Untertänigkeit durch die Landeshoheit (II.) und die zeitgenössische Einordnung des Fremden in diese Dogmatik (III.). Schließlich wird die Verwendung der Untertänigkeit als Differenzierungskriterium dargestellt (IV.)

I. Das Rechtsinstitut der Untertänigkeit

Die Untertänigkeit versteht sich am ehesten als Folge oder Reflex von Herrschaftsrechten, in deren Zusammenhang sie im 18. Jahrhundert auch meist dargestellt wurde. Das Lexikon von Johann Heinrich Zedler definierte den Untertanen folgendermaßen: „Unterthan, Unterthanen, Lat. Subditi, heissen alle diejenigen, welche einer Obrigkeit unterworfen, und deren

Gesetzen und Befehlen zu gehorchen verbunden sind.“¹⁸ Noch deutlicher formulierte Wiguläus von Kreittmayr¹⁹ diesen Rechtsreflex: „Die Untertänigkeit ergibt sich nicht nur per receptionem habitationem, & nativitem, sondern auch auf all andre Weis, wodurch die höchste Gewalt als das correlatum subjectionis erlangt wird.“²⁰

Die Untertänigkeit knüpfte an die zwei Anknüpfungspunkte der Person und der Immobilien als Bruchteile des Territoriums an. Dementsprechend wurde zwischen einer persönlichen und einer realen Untertänigkeit unterschieden. Bei der persönlichen Untertänigkeit ging es um die Rechte und Pflichten der Person als solche, bei der realen Untertänigkeit um die Rechte und Pflichten, die sich aus Immobilien ergaben.²¹ Dies berührte auch den Gerichtsstand, da Jurisdiktionsrechte als wichtige Begründung für eine Untertänigkeit galten und weitgehend mit der Unterscheidung innerhalb der Untertänigkeit zwischen persönlicher und realer Untertänigkeit korrelierten.²² Im Hinblick auf den Untertanenstatus der Fremden konnte die Differenzierung in eine persönliche und reale Untertänigkeit zu komplexen rechtlichen Sachverhalten führen.

Insbesondere konnte es bei einer Aufspaltung von Herrschaftsrechten zwischen mehreren Herrschern zur mehrfachen Untertänigkeit einer Person kommen. Johann Jacob Moser²³ führte dies wiederholt aus und bezog es auf die persönliche Untertänigkeit, vor allem aber auf die reale Untertä-

18 Grosses vollständiges Universal-Lexicon Aller Wissenschaften und Künste, Band 49, Sp. 2253.

19 Zu Kreittmayr: *Schelp*, Das Allgemeine Staatsrecht – Staatsrecht der Aufklärung, S. 72 f.; *Bauer/Schlosser*, Wiguläus Xaver Aloys Freiherr von Kreittmayr 1705–1790; *Kleinheyer*, Art. Wiguläus Xaverius Aloysius von Kreittmayr (1705–1790), in: *Kleinheyer/Schröder*, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, S. 256; *Hecker*, Art. Kreittmayr, Wiguläus Xaver Aloysius von (1705–1790), in: *Cordes/Haferkamp/Lück/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst*, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band III, 225–228.

20 *Kreittmayr*, Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes. Erster Theil, S. 71.

21 *Moser*, Von der Teutschen Reichs-Stände Landen, derer Landständen, Unterthanen, Landes-Freyheiten, Beschwerden, Schulden und Zusammenkünfften, S. 909.

22 *Willoweit*, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, S. 301 f.

23 Zu Moser: *Rürup*, Johann Jacob Moser; *Schömb*s, Das Staatsrecht Johann Jacob Mosers (1701–1785); *Gestr*ich/Lächele, Johann Jacob Moser; *Kleinheyer*, Art. Johann Jacob Moser (1701–1785), in: *Kleinheyer/Schröder*, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, S. 326; *Mohnhaupt*, Art. Moser, Johann Jacob (1701–1785), in: *Cordes/Haferkamp/Lück/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst*, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band III, 1650–1652; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band I, S. 258 ff.

nigkeit. Bezüglich der Person sei dies in erster Linie durch unterschiedliche Gerichtsbarkeiten der Fall, bezüglich der Güter durch verschiedene territoriale Landesherren.²⁴ Eines der Argumente für die mehrfache Untertänigkeit desjenigen, der in verschiedenen Territorien Immobilien und Wohnsitze hatte, war, dass dieser an jedem Ort die Vorteile des Staates genieße und auch die damit verbundenen Pflichten erfüllen müsse.²⁵ Moser inkorporierte die Möglichkeit mehrfacher Untertänigkeit in eine seiner Definitionen des Untertanen: „Unterthanen seynd diejenige Personen, welchen eine oder mehrere andere Personen in eigenem Namen zu gebieten und zu verbieten haben; und zwar nicht nur in gewissen einzelnen Fällen; Wenigstens in Ansehung gewisser Güter.“²⁶

Die Untertänigkeit war als Konsequenz von Herrschaftsrechten über Personen Teil einer theoretischen Dichotomie in Herrscher und Untertan.²⁷ Dies wurde dadurch begründet, dass „es der Natur der Sache entgegen ist, Besitzer einer Hoheit, und zugleich Unterthan derselben zu sein.“²⁸

II. Die Prägung durch die Landeshoheit

Ein wichtiger Faktor für die Entwicklung der Staatlichkeit der deutschen Territorien war die Idee der Landeshoheit als Konzentration von Herrschaftsrechten in der Person des Landesherrn. Diese Idee der Landeshoheit prägte die Vorstellungen des 18. Jahrhunderts über die Untertänigkeit nachhaltig.²⁹

Seit dem 16. Jahrhundert versuchten viele Territorialherren, über den tradierten Bestand einzelner Rechte und Regalien hinaus, eine Landesho-

24 Moser, Von der Teutschen Reichs-Stände Landen, derer Landständen, Unterthanen, Landes-Freyheiten, Beschwerden, Schulden und Zusammenkünfften, S. 909; Moser, Von der Teutschen Unterthanen Rechten und Pflichten, S. 3.

25 Struben, XXV. Bedenken, in: Struben, Rechtliche Bedenken, Zweyter Theil, S. 113 (115).

26 Moser, Von der Teutschen Reichs-Stände Landen, derer Landständen, Unterthanen, Landes-Freyheiten, Beschwerden, Schulden und Zusammenkünfften, S. 903.

27 Scopp, Zuverlässiger Entwurf derer Anfangsgründe Derer alten mittlern und neuen teutschen Rechtsgelehrsamkeit, S. 93; Schaumburg, Einleitung zum Sächsischen Rechte, S. 101; Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem [...], Erster Theil, S. 63.

28 Dabelow, Lehrbuch des Staats- und Völkerrechts der Deutschen, Erster Theil, S. 17.

29 Willoweit, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, S. 295 ff.; vgl. auch: Grawert, Staat und Staatsangehörigkeit, S. 78 ff.

heit oder *superioritas territorialis* zu etablieren.³⁰ Dabei behaupteten sie die umfassende Oberherrschaft über ein Territorium und seine Bewohner, die nur noch dem Kaiser untergeordnet sei.³¹ Das Sprichwort „Ein jeder Herr ist Kaiser in seinem Land“ verdeutlichte diese Unabhängigkeit der Ausübung der Landeshoheit.³² Während einige Autoren annahmen, dass die Landeshoheit der Landesherren schon immer bestanden hätte,³³ betonten andere deren geschichtliche Entwicklung.³⁴ Umstritten war auch die Frage, an welchen Herrschaftsrechten die Landeshoheit maßgeblich festzumachen sei. Neben den im Kern diskutierten Herrschaftsrechten, wie dem Jurisdiktionsrecht mit der Hochgerichtsbarkeit und dem landesherrlichen Schutz,³⁵ wurde zum Beispiel auch das Recht, Steuer zu erheben, der An-

-
- 30 Zu der wissenschaftlichen Entwicklung der Landeshoheit: *Willoweit*, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, S. 121 ff. Zu der Entwicklung der Landeshoheit aus der Lehre von den Regalien: *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 1, S. 167 ff.
- 31 *Simon*, Art. Landesherrschaft, in: Jaeger, Enzyklopädie der Neuzeit, Band 7, 476–481; *Schlinker*, Art. Landeshoheit, in: Cordes/Haferkamp/Lück/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band III, 438–445. Zeitgenössisch zum Verhältnis von Landeshoheit und Kaiser: *Pütter*, Kurzer Begriff des Teutschen Staatsrechts, S. 94 ff.; *Häberlin*, Handbuch des Teutschen Staatsrechts, Band 2, S. 83 ff.; *Günderrode*, Abhandlung des Teutschen Staats-Rechts, S. 1180 ff.
- 32 *Eisenhart*, Grundsätze der deutschen Rechte in Spruchwörtern mit Anmerkungen erläutert, S. 567 ff. Vgl. auch: *Czeguhn*, Art. Dominus imperator in territorio suo, in: Cordes/Lück/Werkmüller/Schmidt-Wiegand, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band I, IIII.
- 33 Z. B. *Ludewig*, Alte aber erneuerte Wahrheit: daß die Hertzoge des Teutschen Reiches, so wie ietzo, als auch gleich anfangs, alle Landeshoheit gehabt und selbige, über Grafen; Herren; Ritterschaft und Städte, ohne Ausnahme, gebraucht und ausgeübet haben, Gelehrte Anzeigen, in alle Wissenschaften, so wol geistlicher als weltlicher, alter und neuer Sachen 1 (1743), 1005; auf Karl den Großen zurückführend: *Ertel*, Neu-Eröffneter Schau-Platz der Lands-Fürstlichen Ober-Bottmässigkeit, S. 10 ff. M. w. N. *Schlinker*, Art. Landeshoheit, in: Cordes/Haferkamp/Lück/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band III, 438 (443).
- 34 Im Zedler wurde schon zu Beginn des Artikels klargestellt, dass die Landeshoheit „in denen ältern Zeiten ein ganz unbekannter Name in Teutschland gewesen“ sei: Grosses vollständiges Universal-Lexicon Aller Wissenschaften und Künste, Band 16, Sp. 500; *Bilderbeck*, Teutscher Reichs-Staat, Sp. 375 ff.; *Günderrode*, Abhandlung des Teutschen Staats-Rechts, S. 1124, 1126 f. Zum zeitgenössischen Meinungsstreit über den Ursprung der Landeshoheit: *Häberlin*, Repertorium des Teutschen Staats und Lehnrechts, Dritter Teil, S. 21 ff. Mit Bezug auf die Landesuntertänigkeit: Möser, Landesuntertanen so gar alt nicht, in: Justus Möser's Sämtliche Werke, Band 9, S. 296 – 298 (296).
- 35 *Willoweit*, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, S. 185 ff.

spruch auf Frondienste oder die Kirchenhoheit herangezogen.³⁶ Viele Autoren formulierten ganze Kataloge an Indizien für die Landeshoheit.³⁷ Dabei sticht der umfangreiche Katalog von Moser heraus, der alle ihm bekannten und geläufigen Argumente für eine Landeshoheit mit möglichen Gegenargumenten auflistete.³⁸ Die Bedeutung einzelner Herrschaftsrechte erklärten verschiedene Sprichwörter. So deutete das Sprichwort „Wer dich richtet ist dein Herr“ auf die herausstechende Bedeutung des Jurisdiktionsrechts.³⁹ Das Sprichwort „Schutz- und Schirmgerechtigkeit gibt keine Obrigkeit“ deutet hingegen auf die geringere Bedeutung der bloßen Schutzbeziehung hin.⁴⁰

Als eines der wichtigsten Anzeichen der Untertänigkeit galt die Huldigung der Untertanen durch das Ableisten eines Huldigungseides gegenüber dem Landesherrn.⁴¹ So bezeichnete der hessische Verwaltungsjurist Johann Maximilian von Günderrode die Huldigung als „Haupt-Kennzeichen der Landes-Hoheit“. ⁴² Als Sprichwort lautete dies: „Wer Landesherr ist, dem gebühret die Landeshuldigung.“ ⁴³ Der Umstand, dass eine Huldigung stattgefunden hatte, diente als Beweis für die Untertänigkeit der huldigenden Person.⁴⁴ Umgekehrt konnte der Herrscher von seinen Untertanen die Huldigung verlangen: „Es ist solche nichts anders, als eine versicherung derjenigen unterthänigkeit und treue, welche ein unterthan seinem Lan-

36 M. w. N. *Simon*, Art. Landesherrschaft, in: Jaeger, Enzyklopädie der Neuzeit, Band 7, 476 (479); *Schlinker*, Art. Landeshoheit, in: Cordes/Haferkamp/Lück/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band III, 438 (442).

37 *Sorge*, Die Landeshoheit der Teutschen Stände, in: *Sorge*, Kleinigkeiten, S. 23 (S. 31 f.); mit einem Fokus auf das Jurisdiktionsrecht: *Struben*, Vom Beweis der Landes-Hoheit, in: *Struben*, Neben-Stunden, Vierter Theil, S. 141; *Moser*, Von der Landeshoheit derer Teutschen Reichsstände überhaupt, S. 176 ff.

38 Ebd., S. 178 ff.

39 *Eisenhart*, Grundsätze der deutschen Rechte in Spruchwörtern mit Anmerkungen erläutert, S. 455 ff.

40 Ebd., S. 573 ff.; m. w. N. *Schmidt-Wiegand*, Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, S. 303.

41 Zu der Huldigung in der Literatur des 18. Jahrhunderts: *Holenstein*, Die Huldigung der Untertanen, S. 65 ff.

42 *Günderrode*, Abhandlung des Teutschen Staats-Rechts, S. 1150 f.

43 *Eisenhart*, Grundsätze der deutschen Rechte in Spruchwörtern mit Anmerkungen erläutert, S. 571 f.; m. w. N. *Schmidt-Wiegand*, Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, S. 219.

44 *Bilderbeck*, Teutscher Reichs-Staat, Sp. 405; *Scheidemantel*, Repertorium des Teutschen Staats und Lehnrechts, Zweiter Teil, S. 499; *Leist*, Lehrbuch des Teutschen Staatsrechts, S. 52.

des-Herrn schuldig ist, und sind zu leistung derselben alle unterthanen, Landsassen und einwohner, von was für condition sie auch seyn mögen, in person so oft verbunden, als sich eine veränderung in der person des Landes-Herrn begiebt.“⁴⁵ Die Huldigung wurde, analog zur Unterscheidung zwischen personaler und realer Untertänigkeit, in eine persönliche und eine dingliche Huldigung untergliedert.⁴⁶

Mit der umfassenden Oberherrschaft über ein Territorium ging die Annahme einer Herrschaft über alle Personen einher, die sich auf diesem Territorium befanden.⁴⁷ Damit erweiterte sich die Gruppe der Untertanen des Landesherrn erheblich. Waren zuvor in erster Linie diejenigen Untertanen, die mit dem Landesherrn direkt verbunden waren, indem sie etwa auf seinen Gütern lebten, wurden nun schlicht alle Personen im Territorium als Untertanen angesehen, so dass auch Personen, die zuvor keine direkte Beziehung zum Landesherrn hatten, als dessen Untertanen galten.⁴⁸ Dies betraf vor allem die Hintersassen, also diejenigen, deren Verhältnis zum Landesherrn durch einen Zwischenherren mediiert war.⁴⁹ Im Ergebnis entstand damit die Gruppe der mittelbaren Untertanen. Die Untertänigkeit durch die Landeshoheit ging so weit, dass Moser die Vermutung formulierte, dass „alles, was sich in dem Land befindet, auch der Landeshoheit unterworfen ist; es seye dann, daß jemand das Gegentheil darthue“.⁵⁰ An anderer Stelle ging Moser auf die Beweismöglichkeiten des Landesherrn, dass jemand sein Untertan sei, ein: „Der Beweis, daß Jemand ein Unterthan seye, wird in Possessorio dadurch geführt, wann man darthut, daß man sich im Besitz, wenigstens der meisten und vornehmsten, Stücke der Landeshoheit über ihn befinde, und in Petitorio, daß man zu solchem Besitz aus disem oder jenem rechtmäßigen Grund, z. E. Kauff, unfürdencklichem Herkommen, u. s. w. berechtiget, oder daß die Person in dem Land (und zwar nicht bloß zufälliger Weise,) geboren seye, die Landeshuldigung

45 *Bilderbeck*, Teutscher Reichs-Staat, Sp. 404 f.

46 *Scheidemantel*, Repertorium des Teutschen Staats und Lehnrechts, Zweiter Teil, S. 498; *Schnaubert*, Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande, S. 69; *Dabelow*, Lehrbuch des Staats- und Völkerrechts der Deutschen, Erster Theil, S. 23; *Leist*, Lehrbuch des Teutschen Staatsrechts, S. 51.

47 Dazu: *Willoweit*, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, S. 295 ff.; *Schnaubert*, Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande, S. 66.

48 *Willoweit*, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, S. 124 f.

49 *Werkmüller*, Art. Hintersasse, in: Cordes/Lück/Werkmüller, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band II, 1040–1041.

50 *Moser*, Von der Landeshoheit derer Teutschen Reichsstände überhaupt, S. 71.

geleistet habe, u. s. w.“⁵¹ Damit kam der Landeshoheit auch im Beweis der Untertänigkeit eine große Rolle zu. Am Ende des 18. Jahrhunderts galt die Landesuntertänigkeit als „das natürliche Korrelatium von der Staats- oder Landeshoheit“.⁵²

Zum Teil wurde die Untertänigkeit dabei noch als Resultat der in der Landeshoheit gebündelten Rechte gedacht, obwohl die Territorialhoheit als selbstständiges Recht anerkannt war. So formulierte Moser: „Redet man aber, wie hier, von denen Unterthanen eines Reichs-Standes; so heisset derjenige ein Unterthan, welchem ein Reichs-Stand in allen, oder doch denen meisten und wichtigsten, Rechten, welche zusammen die Landes-Hoheit ausmachen, zu befehlen hat.“⁵³ An anderer Stelle und ein paar Jahre später rückte Moser die Untertänigkeit sehr viel näher an die Landeshoheit: „Ordentlicher Weise seynd Alle, so sich in eines Reichsstandes, oder anderen Reichs-Unmittelbaren, Gebiet aufhalten, auch desselbigen Unterthanen.“⁵⁴

Die enge Verbindung zwischen Landeshoheit und Untertänigkeit drückte sich auch in der gemeinsamen wissenschaftlichen Bearbeitung aus. Ein Beispiel dafür ist das Compendium von Johann Jakob Schmauß.⁵⁵ Landeshoheit und Untertänigkeit handelte Schmauß gemeinsam im dritten Buch ab und den Untertan definierte er dort in engem Zusammenhang zur Landeshoheit: „Der Landes-Hoheit ist jedermann, der in dem Lande sich aufhält, hohen und niedern Standes, edel und unedel, fremd und einheimisch, angesessen und nicht angesessen, privilegiert und nicht privilegiert, geistlich und weltlich, unterworfen, und also deswegen ein Unterthan zu nennen.“⁵⁶

Auch wenn der tatsächliche Fokus der Herrschaftsrechte in den Territorien lag, konnte die Landeshoheit auch auf das Reich bezogen werden. Christoph Christian von Dabelow⁵⁷ formulierte so, dass es eine doppelte

51 Moser, Von der Teutschen Unterthanen Rechten und Pflichten, S. 4 f.; so ähnlich auch: Moser, Von der Teutschen Reichs-Stände Landen, derer Landständen, Unterthanen, Landes-Freyheiten, Beschwerden, Schulden und Zusammenkünfften, S. 905.

52 Majer, Teutsche Staatskonstitution, Zweyter Band, S. 661.

53 Moser, Von der Teutschen Reichs-Stände Landen, derer Landständen, Unterthanen, Landes-Freyheiten, Beschwerden, Schulden und Zusammenkünfften, S. 905.

54 Moser, Von der Teutschen Unterthanen Rechten und Pflichten, S. 2.

55 Zu Schmauß: Sellert, Johann Jacob Schmauss – Ein Göttinger Jurist, Juristische Schulung 25 (1985), 843.

56 Schmauß, Compendium Iuris Publici S. R. I., S. 235.

57 Zu Dabelow: Willoweit, Zur Grundlegung der Jurisprudenz an der Universität Dorpat durch Christoph Christian Dabelow, in: Kronauer, Aufklärer im Baltikum, S. 187.

Hoheit gebe, eine Hoheit des Reiches und eine Hoheit der einzelnen deutschen Staaten.⁵⁸ Dementsprechend gebe es auch eine doppelte Untertänigkeit gegenüber dem Reich und gegenüber dem Landesherrn, die sich aus Perspektive des Reiches als unmittelbare und mittelbare Untertänigkeit darstelle.⁵⁹

III. Der Fremde als Untertan

Zwei Arten der Untertänigkeit prägten die Stellung des Fremden als Untertan. Zunächst galt jeder Fremde als zeitlicher Untertan eines Landesherrn, solange er sich auf dessen Territorium befand. Daneben zogen manche Gesetze den Kreis der Untertanen noch enger, indem sie auf den wirklichen oder domizilierten Untertan abstellten, den die juristischen Autoren jedoch deutlich seltener behandelten als den zeitlichen Untertanen. Aufgrund der engen Verknüpfung mit der Gerichtshoheit spielte die Untertänigkeit auch eine wichtige Rolle als Anknüpfungspunkt im internationalen Privatrecht.

Grundsätzlich wurde die Untertänigkeit gegenüber einem Landesherrn mit dem dauerhaften Wohnsitz in dessen Territorium gleichgesetzt.⁶⁰ Aufgrund der Landeshoheit genügte jedoch schon der bloße Aufenthalt im Territorium eines Landesherrn zur Begründung der Untertänigkeit. Typisch ist die Argumentation im „Repertorium des deutschen Staats- und Lehnrechts“ von Heinrich Gottfried Scheidemantel⁶¹: „Der Fremde ist einstweiliger Untertan unsers Souverains, weil die Ungleichheit der bürgerlichen Gesellschaft es notwendig macht, daß ieder bei uns ein Untertan ist, der nicht die höchste Gewalt in unserm Territorium hat.“⁶² Wenn ein Fremder sich körperlich auf dem Territorium eines Landesherrn aufhielt, war er schon deswegen ein Untertan, der den Gesetzen und Befehlen des Landesherrn zu gehorchen hatte. Er galt dabei als zeitlicher Untertan oder *subditus temporalis*.⁶³ Dabei war umstritten, ob dieser Fremde auch huld-

58 Dabelow, Lehrbuch des Staats- und Völkerrechts der Deutschen, Erster Theil, S. 13.

59 Ebd., S. 15.

60 Dazu m. w. N.: Willoweit, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, S. 298; Moser, Von der Landeshoheit in Ansehung der Unterthanen Personen und Vermögens, S. 33; vgl. Dabelow, Lehrbuch des Staats- und Völkerrechts der Deutschen, Erster Theil, S. 16.

61 Zu Scheidemantel: Schelp, Das Allgemeine Staatsrecht – Staatsrecht der Aufklärung, S. 75 ff.; Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band I, S. 295 f.

62 Scheidemantel, Repertorium des Teutschen Staats und Lehnrechts, Erster Teil, S. 270.

63 Schmauß, Compendium Iuris Publici S. R. I., S. 238; Günderode, Abhandlung des Teutschen Staats-Rechts, S. 1151; Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem

gen musste.⁶⁴ Von der zeitlichen Untertänigkeit waren andere Herrscher und deren Diplomaten ausgeschlossen.⁶⁵ Moser wies darauf hin, dass es die Staatsklugheit gebiete, auf die Wirkungen der zeitlichen Untertänigkeit gegebenenfalls gegenüber Kronprinzen und Erben anderer Herrschaften zu verzichten.⁶⁶

Komplizierter war die Lage dann, wenn der Fremde sich gar nicht körperlich im Lande aufhielt, jedoch dort mit Immobilien ansässig war.⁶⁷ In welchem Maße solche Personen, Forensen genannt, Untertanen waren, war umstritten. Zum Teil wurde angenommen, dass sie schon durch ihren Grundbesitz vollständige Untertanen waren und in allen Belangen der Hoheit des Landesherrn unterstanden.⁶⁸ Überwiegend wurde zur Lösung dieses Problems die Differenzierung zwischen der persönlichen und der realen Untertänigkeit nutzbar gemacht mit der Folge, dass die Forensen zwar als realuntertänig, nicht aber als persönlich untertänig galten.⁶⁹

Ein besonderes Rechtsinstitut, dem Fremde unterliegen konnten und das eng mit Landeshoheit und Untertänigkeit verknüpft war, war das Wildfangrecht. Das Wildfangrecht war ein Rechtsinstitut in einigen Gegenden des Alten Reiches, nach dem Fremde, die das Gebiet betraten, leibeigen

Maximilianeum Bavaricum Civilem [...], Erster Theil, S. 28; Moser, Von der Teutschen Reichs-Stände Landen, derer Landständen, Unterthanen, Landes-Freyheiten, Beschwerden, Schulden und Zusammenkünfften, S. 909; Moser, Von der Landeshoheit in Ansehung der Unterthanen Personen und Vermögens, S. 29; Schnaubert, Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande, S. 67 f.; Feßmaier, Grundriß des bayerischen Staatsrechtes, S. 128.

64 Moser, Von der Landeshoheit in Ansehung der Unterthanen Personen und Vermögens, S. 29.

65 Kreittmayr, Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes. Erster Theil, S. 66; Moser, Von der Landeshoheit derer Teutschen Reichsstände überhaupt, S. 84; Feßmaier, Grundriß des bayerischen Staatsrechtes, S. 128.

66 Moser, Von der Landeshoheit derer Teutschen Reichsstände überhaupt, S. 84.

67 Zu diesem Problem: Willoweit, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, S. 299 ff.

68 Unter dem Begriff „völlige Landsasserei“ diskutiert: Riccius, Zuverlässlicher Entwurf von dem Landsäßigen Adel in Teutschland, S. 379; Feßmaier, Grundriß des bayerischen Staatsrechtes, S. 128.

69 Dazu: Willoweit, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, S. 302 ff. Vgl. Schmauß, Compendium Iuris Publici S. R. I., S. 238; Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem [...], Erster Theil, S. 28; Dabelow, Lehrbuch des Staats- und Völkerrechts der Deutschen, Erster Theil, S. 16; Schnaubert, Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande, S. 68. Mit Verweis auf unterschiedliche Territorialverfassungen: Moser, Von der Teutschen Reichs-Stände Landen, derer Landständen, Unterthanen, Landes-Freyheiten, Beschwerden, Schulden und Zusammenkünfften, S. 909; Leist, Lehrbuch des Teutschen Staatsrechtes, S. 50.

wurden.⁷⁰ Johann Peter von Ludewig⁷¹ erklärte in einer Abhandlung zu dem Thema das Wildfangrecht zunächst historisch: Da das Rechtsinstitut des *subditus temporalis* unbekannt gewesen sei, sei das Wildfangrecht die einzige Möglichkeit gewesen, die Fremden den Gesetzen und Befehlen des Landesherrn zu unterwerfen.⁷² Da es inzwischen „eine unwidertreibliche Wahrheit ist: daß ieder Landes-Herr, über alle Einwohner seiner Lande, das Gebiethe und Hoheit habe; sie mögen fremde oder einheimisch gebohrne seyn“,⁷³ stehe es jedem Landesherrn zu, „fremde und Herren-lose Leute auf zu suchen, einzufahren, ein zu rollieren, ins Buch und Register zu bringen, und an selbigen das Wildfangs-Recht, in Beytreibung der Abgabe oder des Schutz-Geldes, zu vollziehen.“⁷⁴ Das Wildfangrecht habe also ursprünglich die Funktion übernommen, die Rechtsunterwerfung der Fremden sicherzustellen, sei mit der Landeshoheit und der Konstruktion des zeitlichen Untertanen inzwischen jedoch ein Resultat derselben.

Die Kategorie des beständigen, eingesessenen oder wirklichen Untertanen ergänzte die Konstruktion des temporären Untertanen, die schlicht jeden Anwesenden erfasste, indem sie den Kreis der Untertanen deutlich enger fasste. Diese Kategorie hat wenig Spuren in der juristischen Literatur des Staatsrechts hinterlassen und findet sich eher in spezielleren Abhandlungen zu Einzelfragen. Moser erwähnte diese Kategorie mit zwei divergierenden Erklärungen. 1773 stellte er sowohl auf die Niederlassung als auch auf den Bürger- oder Beisasseneid ab: „Wann jemand sich in einem Lande sonst ohne Dienst häuslich niederlässet, ohne sich mit Gütern anzukauffen, oder das Bürger- oder Beysassen-Recht zu erlangen, oder ein burgerliches Gewerbe zu treiben, sondern bloß für sein Geld lebt, der ist ebenfalls nur ein zeitlicher Unterthan [...]. Wann hingegen einer zwar keine unbeweglichen Güter besizet, aber das Bürger- oder Beysassen-Recht erlangt, oder sonst beständige bürgerliche Nahrung treibt, u. d. der ist allerdings als ein

70 Dotzauer, Art. Wildfangrecht, in: Erler/Kaufmann/Werkmüller/Schmidt-Wiegand, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, V. Band, 1421–1423.

71 Zu Ludewig: Roeck, Art. Ludewig, Johann Peter von, in: Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Neue Deutsche Biographie, Band 15, S. 293; Sellert, Art. Ludewig, in: Erler/Kaufmann, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, III. Band, 85–87; Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 1, S. 302 f.

72 Ludewig, Besonderer Unterricht, vom Wildfangs-Recht, Gelehrte Anzeigen, in alle Wissenschaften, so wol geistlicher als weltlicher, alter und neuer Sachen 2 (1742), 141 (142).

73 Ebd., 141 (142).

74 Ebd., 141 (142).

beständiger Unterthan anzusehen.“⁷⁵ Im folgenden Jahr stellte er hingegen nur auf den festen Wohnsitz ab: „Ordentlicher Weise seynd alle Unterthanen beständige Unterthanen, die es verbleiben, so lange sie leben, oder nicht ihre beständige Wohnung andernwärts aufschlagen.“⁷⁶ Damit nannte Moser zwei Hauptelemente der Untertänigkeit, die bei einem beständigen Untertan vorliegen müssen: Zum einen der dauerhafte Wohnsitz auf dem Territorium mit der Folge der Gerichtsbarkeit.⁷⁷ Zum anderen die Huldigung, in deren engen Zusammenhang der Bürger- oder Beisasseneid angesiedelt wurde.⁷⁸ Andere Autoren stellten ausdrücklich auf den Wohnsitz ab, der auch an mehreren Orten sein konnte, und nannten als Voraussetzung den tatsächlichen Aufenthalt und den Willen der Person zum dauerhaften Aufenthalt.⁷⁹ Neben Moser findet sich die Differenzierung zwischen den Untertanenkategorien in wissenschaftlichen Werken, anders als in Rechtsquellen, nur selten.⁸⁰

Als Reflex der Herrschaftsmacht knüpften auch viele Theorien des internationalen Privatrechts neben anderen Aspekten auch an die (zeitliche) Untertänigkeit an.⁸¹ Einige Autoren knüpften dabei generell an den Untertanen, also auch an den nur zeitlichen Untertanen, an.⁸² Andere Autoren stellten hingegen auf die Untertänigkeitsbegründung durch den festen

75 Moser, Von der Landeshoheit in Ansehung der Unterthanen Personen und Vermögens, S. 33.

76 Moser, Von der Teutschen Unterthanen Rechten und Pflichten, S. 7.

77 Willoweit, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, S. 298.

78 Holenstein, Die Huldigung der Untertanen, S. 32 f.

79 Weidner, Versuch einer ausführlichen Abhandlung vom Abzugsgelde, S. 36, 38. Zu der Geschichte des Wohnsitzes: Reiling, Art. Wohnsitz, in: Erler/Kaufmann/Werkmüller/Schmidt-Wiegand, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, V. Band, 1492–1497; Coing, Europäisches Privatrecht. Band 1, S. 147; Duve, Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer, in: Schmoekel/Rückert/Zimmermann, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I, S. 166 (S. 198 ff.).

80 Differenzierung anhand abgestufter Widerstandsrechte gegenüber einem Regenten: Scheidemann, Das Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker betrachtet, Band 3, S. 286. Eine Abgrenzung zwischen dem zeitlichen Untertan und dem dauerhaften Untertan findet sich auch bei: Weidner, Versuch einer ausführlichen Abhandlung vom Abzugsgelde, S. 35.

81 Zu den Aspekten der Territorialhoheit und der Untertänigkeit im deutschen internationalen Privatrechts des 17. Jahrhunderts: Boosfeld, Die Lehre von der Statutenkollision, S. 291 ff.

82 So zum Beispiel Franz Joseph Hartleben, der die Herrschaft des Fürsten über einen zeitlichen Untertanen zu einem Grundprinzip erhob: Vgl. Gutzwiller, Geschichte des Internationalprivatrechts, S. 231 f. Vgl. auch: Moser, Teutsches Nachbarliches Staatsrecht, S. 539 ff.

Wohnsitz und damit eher auf die dauerhafte Untertänigkeit ab.⁸³ David Mevius⁸⁴ wies in seinem Kommentar zum lübischen Recht auf die Verbindung zwischen Untertänigkeit und Rechtsgeltung hin.⁸⁵ Auch Christian Gottlieb Riccius⁸⁶ betonte in Bezug auf Stadtstatuten die enge Verbindung der Geltungskraft der Statuten zur Untertänigkeit, indem die Verbindlichkeit der Statuten „so weit als die Gerichtsbarkeit der Stadt-Obrigkeit gehet, und die Stadt-Unterthanen werden durch dieselben [sc. die Statuten] so lange verbunden gehalten, als diese ihre Unterthänigkeit dauret.“⁸⁷ Ihm ging es in erster Linie um den dauerhaften Wohnsitz als stärksten Grund der Statutenunterwerfung,⁸⁸ während der vorübergehende Untertan nur in einigen begrenzten Fällen als statutengebunden galt.⁸⁹

IV. Die Verwendung der Untertänigkeit als Differenzierungskriterium

Die Rolle der Untertänigkeit als Differenzierungskriterium war dadurch limitiert, dass es sich um einen Reflex der Herrschaftsrechte handelte und auch Fremde mit der Idee der Landeshoheit grundsätzlich Untertanen waren. Vor dem Hintergrund des Rechtsinstituts des zeitlichen Untertanen wurde die Untertänigkeit als Differenzierungskriterium dann relevant, wenn es um die Kollision von Herrschaftsrechten ging. Anderes galt für die weitere Einschränkung der Untertänigkeit durch zusätzliche Voraussetzungen, die den wirklichen Untertanen konstituierten.

83 So zum Beispiel Johann Nikolaus Hert. Dazu: *Herrmann*, Johan Nikolaus Hert und die deutsche Statutenlehre, S. 85 f.; *Boosfeld*, Die Lehre von der Statutenkollision, S. 327.

84 Zu Mevius: *Jörn*, David Mevius (1609 – 1670); *Jörn*, Art. Mevius, David (1609–1670), in: Cordes/Haferkamp/Lück/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band III, 1488–1491; *Otto*, Art. Mevius, David (1609–1660), in: Stolleis, Juristen, S. 425.

85 David Mevius, Kommentar zum Lübschen Recht, in: *Bar/Dopffel*, Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert, Band I, S. 418–527 (419 ff.).

86 Zu Riccius: *Landsberg*, Art. Riccius, Christian Gottlieb, in: Historische Commission bei der Königlichen Akademie der Wissenschaften, Allgemeine Deutsche Biographie, Band 28, S. 409.

87 *Riccius*, Zuverlässiger Entwurff von Stadt-Gesetzen, S. 453.

88 Ebd., S. 455.

89 Ebd., S. 456 f. Dazu: *Herrmann*, Johan Nikolaus Hert und die deutsche Statutenlehre, S. 163.

1. Vormundschaftsrecht

Ein Beispiel für eine Differenzierung zwischen eigenen und fremden Untertanen findet sich in den Regelungen der Vormundschaft. Zwar findet sich in den Regelungen zu der Materie oft nicht der Begriff des Untertan,⁹⁰ doch wurde insbesondere auf den Hauptwohnsitz als gewöhnlicher Aufenthaltsort und auf die Jurisdiktion abgestellt. Insbesondere die Bestimmung von Fremden nach dem Wohnsitz stellt inhaltlich eine Orientierung an der tatsächlichen Herrschaftsmacht, mithin eine Differenzierung entlang der Untertänigkeit dar. Die Jurisdiktion war eines der wichtigeren Herrschaftsrechte zur Begründung der Landeshoheit und der damit verknüpften Untertänigkeit.⁹¹

a) Bestandsaufnahme

Vor allem in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts existierten Regelungen, die Ausländern in verschiedenen Formulierungen das Führen der Vormundschaft entweder unmöglich machten oder zusätzliche Voraussetzungen bestimmten. Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis versagte derjenigen Person die Übernahme einer Vormundschaft, die „ausser Lands wohnhaft, oder sonst von denen Pfleg-Kindern und ihren Gütern so weit entessen ist, daß man ohne grossen Kösten und Beschwernissen der Vormundschaft nicht wol abwarten kann.“⁹² Das – nie in Gesetzeskraft getretene – Projekt eines Corpus Juris Fridericiani von Samuel von Coccej aus dem Jahr 1750 ging davon aus, dass in der Regel nur im Herrschaftsgebiet

90 Von „auswärtiger fremder Untertan“ sprachen indes: Hofdekret des Wiener Hofes vom 27. Juli 1787, in: Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die K. K. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze [...], Band 13, S. 406; Hofdekret des Wiener Hofes vom 5. Dezember 1788, in: Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die K. K. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze [...], Band 16, S. 848 – 849 (848). Von „fremde Unterthanen“ sprach: Hofdekret des Wiener Hofes vom 2. November 1887, in: Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die K. K. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze [...], Band 13, S. 407.

91 Willoweit, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, S. 301 f.

92 Teil 1, Kapitel 7, § 3 Nr. 9, Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis [...], Erster Theil, S. 77.

wohnende Untertanen eine Vormundschaft übernehmen können.⁹³ Andere mussten für die Übernahme der Vormundschaft eine Kautions stellen.⁹⁴ Das Kurmainzische Landrecht von 1755 sah vor, dass in Ermangelung von Verwandten, die die Vormundschaft übernehmen können, „ehrbahre, bemittelte, ohnverschuldete Innwohnere“ zu Vormündern bestellt werden.⁹⁵ Nach der erneuerten Frankfurter Reformation konnten zwar Ausländer als Vormünder bestellt werden, neben diesen Vormündern mussten jedoch immer auch einheimische Vormünder bestellt werden, die die tatsächliche Verwaltung des Mündelvermögens übernahmen.⁹⁶ Sowohl die sächsische Allgemeine Vormundschafts-Ordnung vom 10. Oktober 1782 als auch die – in dieser Hinsicht – wortgleiche Allgemeine Vormundschafts-Ordnung für die Oberlausitz vom 13. März 1790⁹⁷ bestimmten, dass „Personen, die sich mit wesentlicher Wohnung außerhalb Unserer Lande aufhalten“ keine Vormundschaft übernehmen können.⁹⁸ Auch das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 regelte: „Fremde, die in Königlichen Landen keinen ordentlichen Gerichtsstand haben, können inländischen Pflegebefohlenen nur aus überwiegenden Gründen des Bestens derselben und nur unter Genehmigung des Justizdepartements, zu Vormündern bestellt werden.“⁹⁹ Der ordentliche Gerichtsstand war nach den §§ 23 ff. der Einleitung des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten am Gericht des Wohnortes, andernfalls an dem des Herkunftsortes. In Österreich beinhalteten die Vormundschaftsregelungen des 1787 in Kraft getrete-

93 „Zu Vormündern können regulariter bestellt werden alle Unterthanen, die in Unsern Ländern wohnen [...]“, Band 1, Buch 3, Titel II, § 6, *Cocceji*, Project des Corpus Juris Fridericiani [...], Erster Theil, S. 103.

94 Band 1, Buch 3, Titel II § 14, ebd., S. 106.

95 Titel 5, § 1, *Kurz*, Das Churfürstlich Mainz'sche Land-Recht vom Jahre 1755, S. 273.

96 *Orth*, Nötig und nützlich erachteter Anmerkungen über die sogenannte erneuerte Reformation der Stadt Frankfurt am Main dritte Fortsetzung [Band 4], S. 271 ff.

97 Die Gesetzgebungsgeschichte der Allgemeinen Vormundschafts-Ordnung skizzierte: *Haubold*, Lehrbuch des Königlich-Sächsischen Privatrechts, Erste Abtheilung, S. 122 (Fn. b).

98 Kapitel VIII, § 1, Allgemeine Vormundschafts-Ordnung vom 10. Oktober 1782, in: Zweyte Fortsetzung des Codicis Augustei [...]. worinnen die in dem Churfürstenthum Sachsen [...] auch denen Markgraffthümern Ober- und Nieder-Lausitz ergangene Mandata, Generalien, und andere gesetzliche Vorschriften bis zum Jahr 1800 enthalten [...], Abteilung 2, Sp. 383–450 (397).; vgl. auch Kapitel VIII, § 1 Nr. 4, Allgemeine Vormundschafts-Ordnung für das Marggraffthum Ober-Lausitz vom 13. März 1790, in: Ebd., Abteilung 3, Sp. 293 – 358 (307).

99 Teil 2, Titel 18, § 156, *Hattenhauer*, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, S. 638.

nen „Josephinischen Gesetzbuches“ zunächst keinen Ausschluss auswärtiger Untertanen.¹⁰⁰ Erst ein Hofdekret vom 27. Juli 1787 bestimmte, dass auswärtige Untertanen nicht zu Vormündern ernannt werden konnten.¹⁰¹ Nur wenig später, am 2. November 1787, stellte ein weiteres Hofdekret klar, dass dies nur für gerichtlich erwählte Vormünder gelten solle.¹⁰² Diese zeitliche Verzögerung des Verbotes gegenüber dem Inkrafttreten des „Josephinischen Gesetzbuches“ scheint eine Regelung für die Fälle der Erteilung der Vormundschaft an Ausländer Anfang 1787 nötig gemacht zu haben, die durch ein Hofdekret vom 5. Dezember 1788 erfolgte.¹⁰³ Auch das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811 schränkte die Möglichkeit der Vormundschaft durch Ausländer ein, indem diesen nach § 192 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches in der Regel keine Vormundschaft angetragen werden sollte.¹⁰⁴ Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern von 1811 übernahm zu der Frage fast wortgetreu die Formulierung des Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis.¹⁰⁵

Die Einschränkungen der Übernahme einer Vormundschaft durch Fremde scheint ein relativ neues Phänomen gewesen zu sein, da in den vorherigen Rechtsquellen zur Vormundschaft solche Regelungen kaum bekannt waren. In den, in dem Bereich der Vormundschaft sehr früh einsetzenden,¹⁰⁶ Reichsgesetzgebungsakten zur Vormundschaft der Reichspolizeiordnungen existierten keine solchen Beschränkungen.¹⁰⁷ Dies könn-

100 Vgl. Fünftes Hauptstück des Allgemeinen Gesetzbuchs, in: Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die K. K. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze [...], Band 10, S. 303 – 441 (394 – 441).

101 Hofdekret vom 27. Juli 1787, in: Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die K. K. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze [...], Band 13, S. 406.

102 Hofdekret vom 2. November 1787, in: Ebd., S. 407.

103 Hofdekret vom 5. Dezember 1788, in: Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die K. K. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze [...], Band 16, S. 848 – 849.

104 § 192, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, I. Theil, S. 73.

105 Achtes Kapitel, § 2 (VII 3), *Demel/Schubert*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern von 1811, S. 69.

106 *Reppen*, Privatrechtliche Altersgrenzen in rechtshistorischer Perspektive, in: Bork/Reppen, Das Kind im Recht, S. 9 (S. 11 ff.); *Reppen*, Vormundschaft über Minderjährige, in: Schmoekel/Rückert/Zimmermann, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band IV, S. 1346 (S. 1372 (Rn. 37)).

107 Vgl. § 31, Reichspolizeiordnung von 1548, in: *Weber*, Die Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577, S. 167 – 214 (205 f.); vgl. § 32 der Reichspolizeiordnung von 1577, in: Ebd., S. 215 – 271 (260 f.).

te an der Reichsperspektive dieser Regelungen gelegen haben. Aber auch Kreittmayr führte zu dem Thema in seinem Kommentar zum Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis aus: „Zwischen In- und Auswärtigen macht das Jus Privatum, sofern keine besondere Statuta vorhanden seynd, der Vormundsschaft halber keinen Unterschied [...] doch kann keine Obrigkeit ex defectu Jurisdictionis einem Extraneo solche auftragen, sondern wann er in testamento benannt ist, oder sich sonst brauchen lassen will, so gehet der Auftrag durch Requisitions-Brief. [...] Eine grössere Differenz zwischen In- und Auswärtigen macht hierinnfalls das Jus Publicum universale bey Fürstlichen Vormundschaften, dann da darf sich kein auswärtiger Fürst unter diesem Vorwand in die Interna Reipublicae einmischen [...]“¹⁰⁸ Kreittmayr verwies damit schon auf ein Defizit an Jurisdiktionsmacht, die eng mit der Untertänigkeit verknüpft war. Nach Kreittmayr hatte diese fehlende Jurisdiktionsmacht jedoch vor allem verfahrenstechnische Folgen.

b) Gründe für die Differenzierung

Die Gründe für den Ausschluss von Ausländern im Vormundschaftsrecht sind schwer nachzuverfolgen, da die Literatur diese nur selten untersuchte. Es liegt zudem ein Gemisch verschiedener Begründungen vor. Neben praktischen Erwägungen über die Ausübung der Vormundschaft spielten die Idee der Landeshoheit, das Interesse der Obrigkeit an der Überwachung der Vormünder durch die Gerichte, die Angst vor dem Verlust der Landeshoheit, der Zweck der Vormundschaft und politische Gründe eine Rolle.

Zunächst sprachen praktische Gründe für einen solchen Ausschluss. Auffällig ist die scheinbare Diskrepanz zwischen der Regelung des Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis und den Aussagen Kreittmayrs in seinen Anmerkungen zu diesen. Sowohl der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis als auch der wortgleiche Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern von 1811 stellten auf den Wohnsitz ab und nannten den Fall des Wohnsitzes im Ausland zusammen mit sonstigen Fällen der räumlichen Distanz.¹⁰⁹ Wenn Kreittmayr zugleich die fehlende Differenzierung zwischen In- und Ausländern in der privatrechtlichen Vormundschaft betont, liegt es nahe, dass es in erster Linie um einen Sonderfall des zu

108 Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem [...], Erster Theil, 198.

109 Teil 1, Kapitel 7, § 3 Nr. 9, Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis [...], Erster Theil, S. 77.

weit vom Mündel und Mündelvermögen entfernt wohnenden Vormundes ging. Dafür spricht auch, dass das Reisen im 18. Jahrhundert immer noch langsam vonstattenging.¹¹⁰ In der Regel sollten Vormundschaften sogar innerhalb des Gerichtsbezirkes erteilt werden.¹¹¹ Weite Entfernungen zum Mündel hatten in der vormodernen Welt schon häufiger zu Einschränkungen der Möglichkeit, die Vormundschaft zu übernehmen, geführt. Auch im römischen Recht existierten zeitweise Regelungen, die verhinderten, dass jemand Vormund wird, der dort, wo die Vormundschaft zu führen war, keinen Wohnsitz hatte.¹¹² Andere Vormundschaftsregelungen spiegelten diese Besorgnis. Eine Schrift über die Vormundschaft von 1792 erklärte diese Regelungen mit der Erwägung, dass jemand, der „ein Amt hat, das entweder beständige Aufmerksamkeit und Thätigkeit, oder wohl gar öftere Reisen und Abwesenheit mit sich bringt“,¹¹³ keine Vormundschaft übernehmen müsse, da ansonsten die sachgemäße Führung der Vormundschaft gefährdet wäre. Der Entwurf eines Corpus Juris Fridericiani von Cocceji sah gar bei weiter Entfernung vom Mündelvermögen die Bestellung eines Nebenvormundes vor.¹¹⁴ Insbesondere aufgrund der Struktur der meisten Vorschriften, die den Ausschluss von im Ausland lebenden Personen entweder nur als Regel oder als Sonderfall vom Vormund, der zu weit vom Mündel und Mündelvermögen weg wohnte, behandelten, ist es plausibel, als Motiv dieser Vorschriften in erster Linie die Sorge um Mündel und Mündelvermögen anzunehmen.

110 Zur Reisegeschwindigkeit im 18. Jahrhundert siehe: *Kaschuba*, Die Überwindung der Distanz, S. 47 ff.

111 Kapitel VII, § 2, Allgemeine Vormundschafts-Ordnung vom 10. Oktober 1782, in: Zweyte Fortsetzung des Codicis Augustei [...]. worinnen die in dem Churfürstenthum Sachsen [...] auch denen Markgrafthümern Ober- und Nieder-Lausitz ergangene Mandata, Generalien, und andere gesetzliche Vorschriften bis zum Jahr 1800 enthalten [...], Abteilung 2, Sp. 383 – 450 (397 f.); Kapitel VII, § 2, Allgemeine Vormundschafts-Ordnung für das Marggrathum Ober-Lausitz, in: Ebd., Abteilung 3, Sp. 293 – 358 (305 f.); Band 1, Buch 3, Titel II, § 12, *Cocceji*, Project des Corpus Juris Fridericiani [...], Erster Theil, S. 105; *Liekefett*, Handbuch des Bürgerlichen Rechts in Teutschland [...], Zweyter Theil, S. 661; Teil II, Titel 18, § 250, *Hattenhauer*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, S. 638.

112 *Hähnchen*, Vormundschaft (tutela) und Pflugschaft (cura), in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner, Handbuch des Römischen Privatrechts, Band I, S. 780 (Rn. 46 (S. 792)).

113 *Keerl*, Einige Bemerkungen über zweckmäßige Behandlung der Unmündigkeit und Vormundschaften, S. 24.

114 Band 1, Buch 3, Titel V, § 4 Nr. 2, *Cocceji*, Project des Corpus Juris Fridericiani [...], Erster Theil, S. 113.

Die Gründe für den Ausschluss von Fremden von der Vormundschaft kann in deren rechtlich-theoretischen Konstruktion im 18. Jahrhundert und ihrer engen Verbindung mit der Landeshoheit gesucht werden. Die Obervormundschaft, die durch die Gerichte im konkreten Fall ausgeübt wurde, galt, zusammen mit der Gerichtsbarkeit, als integraler Bestandteil der Landeshoheit. Der Landesherr wurde als Obervormund, als grundsätzlicher Vormund aller Untertanen, angesehen.¹¹⁵ Diese Obervormundschaft leitete sich zeittypisch auch naturrechtlich aus dem Gesellschaftsvertrag her. Coccej erklärt so die (subsidiäre) Auswahl eines Vormundes durch die Obrigkeit: „Und wann keine Verwandten vorhanden; so muß die Obrigkeit vor die Unmündigen sorgen, weil eben dieserwegen die Menschen sich einer Republic unterworfen, daß alle und jede Glieder derselben, welche sich selber nicht vorstehen können, von der Obrigkeit durch Bestellung eines Vormundes beschützt werden sollen und müssen.“¹¹⁶ Auch Kreittmayr leitete das Einspringen des Landesherrn im Falle fehlender Vormundschaftsregelungen durch Testament und Verwandtschaft vernunftrechtlich aus dem Zweck des Staates her.¹¹⁷

Die Gerichte übten die Obervormundschaft im konkreten Fall für den Landesherrn aus, indem sie die Vormundschaft auf den einzelnen Vormund delegierten.¹¹⁸ Dabei bestand bei einem potentiellen Vormund, der nicht Gerichtsuntertan war, schon bei der Beauftragung das Problem der fehlenden Jurisdiktion, wie Kreittmayr betonte.¹¹⁹ Neben der Überprüfung, ob die Vormünder als solche berufen werden konnten, oblag den Gerichten auch

115 Moser räumte der Obervormundschaft des Landesherrn so einen prominenten Platz in seinem Buch über die Landeshoheit ein: *Moser*, Von der Landeshoheit in Ansehung der Unterthanen Personen und Vermögens, S. 104 ff. Vgl. auch *Banniza*, Gründliche Anleitung zu dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Erster Theil, S. 234 f.; *Fischer*, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band I, S. 167 ff. Zur Obervormundschaft: *Reppen*, Vormundschaft über Minderjährige, in: Schmökel/Rückert/Zimmermann, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band IV, S. 1346 (Rn. 37 (S. 1372 ff.)).

116 Band I, Buch 3, Titel II, § 3, *Cocceji*, Project des Corpus Juris Fridericiani [...], Erster Theil, S. 103.

117 *Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem [...], Erster Theil, 207.

118 *Banniza*, Gründliche Anleitung zu dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Erster Theil, S. 243, 254 f.

119 *Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem [...], Erster Theil, 198.

die Überwachung der Vormünder.¹²⁰ Eine Überwachung konnte nur dann funktionieren, wenn der Landesherr als Obervormund mittels seiner Justiz Zugriff auf die Vormünder hatte.¹²¹ Dieses Argument findet sich im Kommentar des lübischen Rechts durch Mevius, indem eine Vormundschaft „durch anwesende und durch die Fessel der Gerichtsbarkeit fest gebundene Bürger sicherer gesorgt erscheint als durch solche, die einer fremden Gewalt unterstehen“.¹²² Auch die bereits genannte Regel, dass der Vormund aus dem Gerichtsbezirk des Mündels und des Mündelvermögens kommen soll, wird neben der erwähnten Erwägung einer sachgemäßen Führung der Vormundschaft auch dem praktischen Erfordernis einer Überwachung geschuldet sein.

Zudem stand die Befürchtung des Verlusts der Landeshoheit im Raum, wenn Fremde Elemente der Landeshoheit ausübten. Dabei ging es im Fall der Vormundschaft um die Delegation von Jurisdiktionsrechten an fremde Untertanen und Ausübung der Jurisdiktionsmacht durch diese. Die Jurisdiktionsmacht stand auch dann dem Landesherrn als oberster Richter zu, wenn sie von niederen Gerichten ausgeübt wurden.¹²³ Die Vormundschaft über das Mündelvermögen wurde nicht nur durch die Gerichte erteilt, sofern das Mündel Gerichtsbarkeit, etwa in Form der Patrimonialgerichtsbarkeit, ausüben konnte, musste dies auch durch den Vormund erfolgen, der damit Richter wurde.¹²⁴ Diese Furcht vor dem Verlust der Landeshoheit bestand jenseits der Vormundschaft auch in anderen Fällen. Ein Befehl Friedrich August von Sachsens von 1722 verbot die Einsetzung von Personen, die in fremden Territorien wohnten, zu Gerichtsverwaltern und

120 Teil I, Kapitel 7, § 16, Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis [...], Erster Theil, S. 88 ff.; Teil II, Titel 18, § 237, *Hattenhauer*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, S. 641.

121 So zu der Regelung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten: *Schmid*, Kritische Einleitung in das bürgerliche Recht des französischen Reiches, Band I, S. 402.

122 David Mevius, Kommentar zum Lübischen Recht, in: *Bar/Dopffel*, Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert, Band I, S. 418 – 527 (481).

123 *Moser*, Von der Landes-Hoheit in Justiz-Sachen, S. 49 ff., 62; Teil 2, Titel 17, § 18, *Hattenhauer*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, S. 626.

124 Vgl. zum Beispiel Kapitel XXI, § 2 f., Allgemeine Vormundschafts-Ordnung, in: Zweyte Fortsetzung des Codicis Augustei [...]. worinnen die in dem Churfürstenthum Sachsen [...] auch denen Markgraffthümern Ober- und Nieder-Lausitz ergangene Mandata, Generalien, und andere gesetzliche Vorschriften bis zum Jahr 1800 enthalten [...], Abteilung 2, Sp. 383 – 450 (423 – 426).

Actuarien,¹²⁵ da „hierdurch aber sowohl Unsern hohen Juribus, als auch denen Gräntzen Nachtheil zugezogen werden kan“.¹²⁶ Ähnliche Befürchtungen bestanden auch in Frankreich.¹²⁷ Schließlich schlug sich diese Furcht auch in Regelungen des gegenteiligen Falles nieder, in denen nicht ein fremder Untertan Funktionen der Landeshoheit delegiert bekam, sondern ein eigener Untertan sich an fremde Herrscher wendete, um Schutz zu erlangen. Die dagegen gerichteten Schutznahmeverbote sollten die Gefahr einer gegebenenfalls gewaltsamen Einmischung in innere Angelegenheiten und Vereinnahmungen der eigenen Untertanen durch fremde Herrscher verhindern.¹²⁸ Die kaiserlichen Wahlkapitulationen von 1658 und 1690 verboten so das Ersuchen von Schutz bei reichsfremden Herrschern.¹²⁹

Die Vormundschaft wurde zudem als eine Einrichtung verstanden, die zum Besten des Staates und nicht nur zum Besten des Mündels ausgeübt wurde.¹³⁰ So begründete der Leipziger Jurist Adam Friedrich Glafey¹³¹ die Verpflichtung jedes Bürgers, eine zugewiesene Vormundschaft zu übernehmen, damit, dass der Vormund auch wiederum von der Vormundschaft profitiere. Ein Mangel an Vormündern solle hingegen für „desperate Bürger [...], welche allen Unfug anfangen, und mit Galgen und Schwerdt zu demjenigen angehalten werden müssen, was ihnen in der Jugend eine gute Zucht lernen können.“¹³² Der preußische Polizeirechtler Friedrich Fischer¹³³

125 Dabei handelte es sich um eine Art Gerichtsschreiber, vgl. zum Beispiel: Kapitel 2, § 3, Codex Juris Bavarici Judiciarii de Anno M.DCC.LIII., S. 11.

126 Befehl Herrn Friderici Augusti, Königs in Pohlen und Churfürstens zu Sachsen, vom 7. September 1722, daß keine Personen, die in fremden Territoriis wohnen, zu Gerichts-Verwaltern und Actuaren in dero Landen sollen angenommen und bestellt werden, in: *Lünig*, Codex Augusteus, oder neuvermehrtes Corpus Juris Saxonici [...], Band 1, Special-Supplementa zu Band 1, Sp. 2537 – 2538 (2537).

127 *Fahrmeir*, Citizenship, S. 12.

128 *Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, S. 54 f.

129 Art. 9, Wahlkapitulation Leopold I. vom 18. Juli 1658, in: *Burgdorf*, Die Wahlkapitulationen der römisch-deutschen Könige und Kaiser 1519–1792, S. 186 – 230 (196 f.); Art. 9, Wahlkapitulation Joseph I. vom 24. Januar 1690, in: Ebd., S. 231 – 275 (241 f.).

130 *Bauriedel*, Theoretisch-praktischer Commentar über die Pandekten nach Anleitung des Hellfeldischen Lehrbuchs, Band 2, S. 156 f.; *Banniza*, Gründliche Anleitung zu dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Erster Theil, S. 261 f.; *Liekefett*, Handbuch des Bürgerlichen Rechts in Teutschland [...], Zweyter Theil, S. 645.

131 Zu Glafey: *Kobuch*, Zensur und Aufklärung in Kursachsen, S. 133 ff.; *Schmidt*, Praktisches Naturrecht zwischen Thomasius und Wolff: Der Völkerrechtler Adam Friedrich Glafey (1692–1753).

132 *Glafey*, Grund-Sätze der Bürgerlichen Rechtsgelehrsamkeit, S. 116.

133 Zu Fischer: *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 1, S. 387 f.

sah den Zweck der Vormundschaft auch im fiskalischen Staatsinteresse, „daß sie [sc. die Einwohner des Staates] ihr Vermögen auf eine dem Staate vortheilhafte Weise benutzen, gebrauchen und erhalten. Weil es nun durch verschiedene Ereignisse geschehen kann, daß einige unmündige Glieder von Personen verlassen sind, die sich ihres Erziehungsgeschäfts unterziehen müssen, oder andern noch die nöthigen Kräfte abgehen, ihr Vermögen selbst zu verwalten, so hat der Staat diese Vorsorge selbst zu übernehmen, und Personen zu bestellen, die sowol die Erziehung, als die Vermögensadministration von derlei Personen gehörig besorgen.“¹³⁴ Wenn die Vormundschaft für das allgemeine Beste erfolgen sollte, liegt es nahe, dass dies durch jemanden erfolgen sollte, der in den Staat auch als Angehöriger investiert war und als solcher profitierte.

Zuletzt könnte – wie bei Fürstenvormundschaften¹³⁵ – auch die Idee im Raum gestanden haben, dass politische Macht nicht von außen gesteuert werden sollte. Oft ging es beim Mündelvermögen um Rittergüter, mit deren Inhaberschaft politische Rechte in Landständen verbunden waren,¹³⁶ deren Ausübung aufgrund dieser politischen Brisanz nicht durch ausländische Vormünder erfolgen sollte. Neben den politischen Ämtern, die mit dem Mündelvermögen verbunden waren, galt auch die Vormundschaft selbst als öffentliches Amt.¹³⁷ Der Vormund sei damit „bloß Stellvertreter der Obrigkeit, als welcher eigentlich das Vormundschaftsrecht zukömmt.“¹³⁸ Insofern spielten wahrscheinlich auch die Vorbehalte gegen die Amtsausführung durch Fremde eine Rolle.¹³⁹

Neben den zentralen Fragen der Landeshoheit spielten auch praktische Erwägungen der ordnungsgemäßen Ausübung der Vormundschaft und der Überwachungsmöglichkeiten der Gerichte sowie politische Erwägungen eine Rolle beim Ausschluss von Fremden von der Vormundschaft. Dabei kam es auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort, mithin auf die beständige Untertänigkeit, an.

134 *Fischer*, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 163 f.

135 *Moser*, Teutsches Staats-Recht, Achtzehender Theil, S. 271 f.

136 *Wanninger*, Art. Rittergut, in: Cordes/Haferkamp/Kannowski/Lück/Wall/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band V.

137 *Cramer*, Anfangs-Gründe des Bürgerlichen Rechts, S. 82; *Wiesner*, Das Vormundschaftsrecht, S. 43 ff.; *Wiesner*, Ausführliches Elementarwerk über das Vormundschaftsrecht, Erstes Bändchen, S. 17 ff.;

138 *Fischer*, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 169.

139 Siehe unten unter Kapitel I B III 1 b).

2. Die N herrechte der Marklosung und des Territorialretrakts

Ein weiteres Rechtsinstitut, dass die Untertänigkeit als Differenzierungskriterium nutzte, war das sogenannte N herrecht, auch Retraktrecht genannt, das eine große Anzahl an Bezeichnungen aufwies,¹⁴⁰ und mit dem eine Übertragung von Immobilien an Fremde vermieden werden konnte. Trotz seines seltenen Vorkommens galt es vereinzelt als Prototyp der Fremdenungleichbehandlung.¹⁴¹

Das N herrecht war ein Überbegriff für eine Vielzahl an bestimmten Vorkaufsrechten. Diese hatten je nach unterschiedlicher Situation und Region unterschiedliche Namen. So existierten Erblosung, ritterschaftliche Retrakte, Miteigent merretrakte, grundherrliche und lehnsherrliche Retrakte, Zinslosung und Nachbarlosung.¹⁴² Der Vorkauf von Immobilien gegenüber Fremden wurde meist als Marklosung oder Territorialretrakt bezeichnet. Den N herrechten wurde bis ins 20. Jahrhundert ein, wenn nicht gar spätantiker, dann doch mittelalterlicher Ursprung bescheinigt. Auch für die Marklosung wurden mittelalterliche Ursprünge vermutet.¹⁴³ Heutzutage wird der Ursprung um die Wende zur Neuzeit verortet.¹⁴⁴ Um diesen Zeitraum verorteten auch einige Zeitgenossen des 18. Jahrhunderts die Entstehung der N herrechte.¹⁴⁵

140 Mit Auflistung der weiteren Bezeichnungen: *Becker*, Art. N herrecht, in: Cordes/Haferkamp/Lück/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band III, 1753 (Sp. 1753 f.).

141 So leitete ein Autor aus der entsprechenden Vorschrift der württembergischen Landordnung die allgemeine Fremdeneigenschaft her: *Weishaar*, Handbuch des Württembergischen Privatrechts, Erster Theil, S. 30.

142 *Schurig*, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, S. 29 ff.

143 Bis Tacitus zurückgehend: *Walch*, Das N herrecht systematisch entworfen, S. 90. Mittelalter: *Stobbe*, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Zweiter Band, Erste Abtheilung, S. 121; *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Zweiter Band, S. 767; *Wernli*, Art. Marklosung, in: Erler/Kaufmann, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, III. Band, 320 (Sp. 322 ff.).

144 *Schmidt-Recla*, Art. Marklosung, in: Cordes/Haferkamp/Lück/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band III, 1306 (1307).

145 *Griesinger*, Commentar über das Herzoglich Wirtembergische Landrecht, Band 3, S. 891.

a) Die Rechtsinstitute Marklosung und Territorialretrakt

Üblich war im 18. Jahrhundert eine Aufteilung der Marklosung je nach Bezugspunkt in eine Marklosung im engeren Sinne, die den kommunalen Rahmen betraf und den Territorialretrakt, der die Marklosung in einem ganzen Territorium beschrieb. So unterteilte auch Karl Friedrich Walch,¹⁴⁶ Autor einer detaillierten Monografie zum Näherrecht, die Marklosung in die zwei verschiedenen Untergruppen ein. Dies begründete er damit, dass die Berechtigten und Verpflichteten in beiden Fällen unterschiedliche seien: „Da der Begriff eines Auswärtigen sowohl; als Einheimischen relativisch ist und sich allemal auf einen District beziehet, in Ansehung dessen einer einheimisch oder auswärtig ist; dieser aber bald in einer Fluhr, bald in dem ganzen Land besteht, theile ich billig die Marklosung in die eigentlich so genannte Marklosung und den Territorialretract.“¹⁴⁷ Diese Untergliederung wurde mit sprachlichen und inhaltlichen Nuancen allgemein vertreten: Fischer sah das Territorialretrakt lediglich als eine Ausweitung der Marklosung an.¹⁴⁸ Ludwig Friedrich Griesinger,¹⁴⁹ Kommentator des württembergischen Landrechts, nannte die auf ein ganzes Territorium erweiterte Marklosung Landlosung.¹⁵⁰ Der tübinger Professor Johann Andreas Frommann unterschied eine allgemeine Marklosung und spezielle Ausformungen zunächst in Orten mit eigener Gerichtsbarkeit, sodann in Markungen ohne eigene Gerichtsbarkeit.¹⁵¹

Die Marklosung im engeren Sinn sollte Grundstücke im Besitz der lokalen Gemeinschaft halten und fand damit auf einer lokalen Ebene statt. Der Begriff des Fremden war daher bei der Marklosung im engeren Sinn auf die örtliche Gemeinschaft gemünzt: „Durch die auswärtigen, oder fremden,

146 Zu Walch: *Landsberg*, Art. Walch, Karl Friedrich, in: Historische Commission bei der Königlichen Akademie der Wissenschaften, Allgemeine Deutsche Biographie, Band 40, S. 656.

147 Walch, Das Näherrecht systematisch entworfen, S. 389 f. Später plagiiert von: Griesinger, Commentar über das Herzoglich Württembergische Landrecht, Band 3, S. 888.

148 Fischer, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 2, S. 612.

149 Zu Griesinger: *Steffenhagen*, Art. Griesinger, Ludwig Friedrich, in: Historische Commission bei der Königlichen Akademie der Wissenschaften, Allgemeine Deutsche Biographie, Band 9, S. 668.

150 Griesinger, Commentar über das Herzoglich Württembergische Landrecht, Band 3, S. 888.

151 Frommann, Von der Württembergischen Losungs-Gerechtigkeit, in: Vermischte Abhandlungen aus der bürgerlichen Rechtswissenschaft, Erster Theil, Zweites Stück, S. 174 (S. 178 f.).

verstehet man nicht allein diejenigen, welche unter einer andern landesherrschaft wonen; sondern auch die, welche nicht aus dem orte, jedoch aus dem lande sind.“¹⁵² Denjenigen, dem das Recht der Marklosung zustand, bezeichnete Johann Georg Estor¹⁵³ als „dorfs- oder stadt- oder landeseinwohner“.¹⁵⁴

Das Rechtsinstitut des Territorialretrakts bezog sich hingegen auf das gesamte Territorium. Da es meist in kleineren Territorien galt, unterschied es sich von der Marklosung auf lokaler Ebene eher graduell.¹⁵⁵ Nur der Bezugsrahmen für Fremde und Einheimische war das gesamte Territorium und nicht die lokale Gemeinschaft. Sofern ein allgemeines Verbot des Erwerbs von Grundstücken gegenüber Fremden bestand,¹⁵⁶ war der Territorialretrakt hinfällig. Insofern stand der Territorialretrakt mit diesem Verbot in Konkurrenz.¹⁵⁷

b) Bestandsaufnahme

In Württemberg existierte sowohl ein Territorialretrakt als auch eine Marklosung. In einem Druck von 1650 der Württembergischen Landordnung findet sich ein Territorialretrakt: „Sovil aber die ligende Güter / so in Unserm Hertzogthumb und Oberkeit gelegen / [...] Wöllen und bevehlen Wir / daß in allen Unsern Stätten und Emptern / so offft und dick ein Außmann oder Fremdbder / Uns mit der Erbhuldigung nicht zugethon / noch Unser Oberkeit underworfen / derselbigen ligenden Güter [...] / in Unserm Hertzogthumb und Oberkeit gelegen / kaufft und verkaufft / daß

152 Estor, *Der Teutschen Rechtsgelahrtheit andrer Teil*, S. 592.

153 Zu Estor: *Stamm*, Johann Georg Estor (1699–1773), *Zeitschrift des Vereins für Hessische Geschichte und Landeskunde* 116 (2011), 107; *Buschmann*, Art. Estor, Johann Georg (1699–1773), in: Cordes/Lück/Werkmüller/Schmidt-Wiegand, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Band I, 1430–1432.

154 Estor, *Der Teutschen Rechtsgelahrtheit dritter Teil*, S. 1281.

155 Stobbe, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, Zweiter Band, Erste Abtheilung, S. 123 Fn. 17.

156 Dazu siehe unten unter Kapitel 1 B III 2; Kapitel 1 C III 1.

157 *Frommann*, Von der Wirtembergischen Losungs-Gerechtigkeit, in: *Vermischte Abhandlungen aus der bürgerlichen Rechtswissenschaft*, Erster Theil, Zweites Stück, S. 174 (S. 208 f.); *Walch*, *Das Nöherrecht systematisch entworfen*, S. 395. Diese Konkurrenz hat grundsätzlich das Problem, dass die Erwerbsverbote gegen Fremde einen anderen Anknüpfungspunkt als die Untertänigkeit haben. Bei Walch ging dies dadurch auf, dass er auch bei der Marklosung mehr auf verrechtlichte Statuskategorien abstellte.

dann alßbaldt ein Gemeinsame / oder ein jeder Burger und Einwohner / insonderheit desselbigen Ampts / Statt oder Flecken / in welcher Zwing und Bännen solche gelegen / dieselbigen Güter im Kauffgelt / wie die mit Hauptsumma / Zihlen / und zimblechem Weinkauff / verkaufft / in einem Monat den nechsten / als der Kauff abgeredt und beschlossen / oder wis-sendt oder sonst offenbar worden ist / ohne länger verziehen / wider an sich bringen und lösen sollen.“¹⁵⁸ Das Württemberger Landrecht ordnete hingegen eine Marklosung an, indem „wann ein Burger oder Einwohner einer Stadt oder Dorffs / gegen einem ausserhalb selbiger Marckung Gesessenen / ein liegend Gut / so in derselben Stadt oder Dorffs-Bännen und Bezirck gelegen / verkaufft / oder sonsten verändert / oder auch ein ligend Gut einem Außgesessenen an der Bezahlung heimb geschlagen wird / daß alsdann ein jeder so in derselben Stadt oder Dorff Burgerlich seßshafft [...] wo nicht andere ein bedingte oder ältere Losung hätten / ein Jahr und Tag die Losung darzu haben soll.“¹⁵⁹

Nach der Altenburgischen Landesordnung von 1705 sollte beim Ankauf eines „in einer Gemeind Flur gelegene Güther von anders wo Gesessenen [...] iedesmahl / wenn der Käuffer nicht des Orts zugleich ein wesentlicher Einwohner wird / oder doch alldar Hauß und Hof schaffet und verrechnet / die Eingesessenen sich innerhalb sonsten zum Einstande Land-üblich zugelassener Jahres-Frist / des Näher-geltungs-Rechtens / wo dergleichen beständig hergebracht / gebrauchen mögen.“¹⁶⁰

Auch in der Brandenburg-Kulmbachischen Landeskonstitution von 1723 kommen beide Arten des Retraktes vor. Eine Marklosung im engeren Sinn kommt in Titel 6, § 7 vor: „Mit-Bürgern / Stadt-Marckts- oder Dorffs-Genossen soll das Einstand-Recht gegen einen Fremden zukommen / auf denen Häusern / Güthern [...] in derselben Stadt / Marckt-Flecken / oder Dorff-Bezirck gelegen; es wäre dann / daß der frembde Käuffer selbst und persönlich dahin ziehen / ein Mit-Bürger / Stadt-Marcks-oder Dorffs-Genoß werden wollte.“¹⁶¹ Im folgenden Paragraphen findet sich der sehr ähnlich ausgestaltete Territorialretrakt: „Wann Frembde extra Territorium gesessene ein in Unsern Territorio gelegenes Guth / oder anderes Grund-Stück kauffen / soll unsern würcklich eingesessenen Unterthanen der Vorkauff / oder das Einstand-Recht gelassen werden; es wäre dann / daß der Frembde

158 Titel 20, § 5, Des Hertzogthumbs Württemberg Gemeine LandtsOrdnungen, S. 42 f.

159 Teil 2, Titel 16, Deß Hertzogthumbs Würtemberg Erneuert gemein Land-Recht, S. 291 f.

160 Teil 2, Kapitel 1, Titel 14, Fürstl. Sächß. Altenburgische Landes-Ordnung, S. 158.

161 Titel 6, § 7, Hoch-Fürstliche Brandenburg-Culmbachische Landes-Contitution, S. 15.

in Unser Land und Fürstenthum ziehen / und darinnen wohnhafft und haussäßig werden wollte.“¹⁶²

Ein weiteres Beispiel für einen Territorialretrakt und eine Marklosung findet sich auch im Kurmainzer Landrecht von 1755: „Wann aber ein liegendes gantzes oder Stücklein Gut an einen außer dem Ertz-Stifft Gesesse- nen verkaufft würde, so solle ein jeder aus der Gemeind, oder sonsten aus dem Ertz-Stifft innerhalb 6 Monate zu diesem Abtrieb gelassen werden.“¹⁶³

Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756 hielt fest, dass ein „Einstand von Incolat- oder Lands-Einwohnerschaft-wegen“ in Bezug auf Bayern als Ganzes nicht existiert.¹⁶⁴ Die Marklosung in den einzelnen Orten berührte diese Vorschrift ausdrücklich nicht.¹⁶⁵

c) Zeitgenössische Begründungen

Die Marklosung wurde mit einigen typischen Argumenten begründet. Zunächst findet sich, wie bei der Eigentumsbeschränkung von Immobilien in Städten,¹⁶⁶ das Argument, dass das Grundeigentum die Basis darstelle, damit die Einwohner einer Mark oder einer Stadt Abgaben und Steuern bestreiten können.¹⁶⁷ Zudem sei das Eintreiben von Steuern und Abgaben bei Ausländern deutlich schwieriger.¹⁶⁸ Die Altenburger Landesordnung regelte so direkt nach dem Retraktrecht, dass Ausländer, die Inhaber eines Grundstücks geworden sind, „damit man sich so wohl der Landes-Fürstlichen / als anderer Obrigkeitlichen Gebührrüsse halben desto eher an ihnen zuerhohlen / auf Begehren schuldig seyn / eine iedes Orts gnugsam gesessene Person zu vermögen / die sich verpflichtet / für solche Gebührrüsse selbst schuldig / und ohne alle Ausrede zu hafften.“¹⁶⁹ Ein weiterer in der Literatur

162 Titel 6, § 8, Hoch-Fürstliche Brandenburg-Culmbachische Landes-Contitution, S. 15.

163 Titel 24, § 3, *Kurz*, Das Churfürstlich Mainz'sche Land-Recht vom Jahre 1755, S. 705.

164 Teil 4, Kapitel 5, § 16, Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis [...], Vierter Theil, S. 78.

165 Teil 4, Kapitel 5, § 16, ebd., S. 78.

166 Dazu siehe unten unter Kapitel I C III 1.

167 *Estor*, Der Teutschen Rechtsgelahrtheit andrer Teil, S. 593; *Estor*, Der Teutschen Rechtsgelahrtheit dritter Teil, S. 1283.

168 *Frommann*, Von der Wirtembergischen Lösungs-Gerechtigkeit, in: Vermischte Abhandlungen aus der bürgerlichen Rechtswissenschaft, Erster Theil, Zweites Stück, S. 174 (188); *Griesinger*, Commentar über das Herzoglich Wirtembergische Landrecht, Band 3, S. 890.

169 Teil 2, Kapitel 1, Titel 14, Fürstl. Sächß. Altenburgische Landes-Ordnung, S. 158 f.

genannter Grund war „die Billigkeit, vermöge welcher man den Inländern immer auch ein Gut eher gönnet als einem Ausländer.“¹⁷⁰ Schließlich wurde im Eigentum der Einwohner an ihren Häusern ein wesentlicher Grund für den Wohlstand eines Ortes gesehen.¹⁷¹

Nach einer seit dem 18. Jahrhundert verbreiteten Theorie basierte die Marklösung auf dem Miteigentum der Gemeindeglieder an der Markung, so dass denjenigen, die einen Anteil am Eigentum hatten, das Näherrecht der Marklösung zustand.¹⁷² Diese genossenschaftliche Begründung war jedoch schon im 18. Jahrhundert umstritten.¹⁷³ Johann Heinrich Christian von Selchow¹⁷⁴ hielt so „die angebliche Gemeinschaft, nach heutigen Rechten, für eine Erdichtung.“¹⁷⁵ Nach Justus Friedrich Runde¹⁷⁶ „leistet das Gesamteigentum als allgemeiner Grund des Retracts nicht einmal den Dienst einer brauchbaren Hypothese; geschweige historisch erwiesener Wahrheit.“¹⁷⁷ Dennoch stellte diese Ansicht bis ins 20. Jahrhundert eine

170 *Frommann*, Von der Wirtembergischen Lösungs-Gerechtigkeit, in: *Vermischte Abhandlungen aus der bürgerlichen Rechtswissenschaft*, Erster Theil, Zweites Stück, S. 174 (S. 188 f.).

171 *Griesinger*, *Commentar über das Herzoglich Wirtembergische Landrecht*, Band 3, S. 890.

172 *Estor*, *Der Deutschen Rechtsgelahrtheit andrer Teil*, S. 593; *Walch*, *Das Näherrecht systematisch entworfen*, S. 89 ff., 391, 396; *Fischer*, *Lehrbegrif sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte*, Band 2, S. 612.

173 *Griesinger*, *Commentar über das Herzoglich Wirtembergische Landrecht*, Band 3, S. 890 Fn. f; *Selchow*, *Rezension zu Walch, Das Näherrecht systematisch entworfen*, in: *Selchow, Juristische Bibliothek von neuen juristischen Büchern und Abhandlungen*, Band 2, S. 594 (598); *Runde*, *Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts*, S. 131.

174 Zu *Selchow*: *Landsberg*, *Art. Selchow, Johann Heinrich Christian von*, in: *Historische Commission bei der Königlichen Akademie der Wissenschaften, Allgemeine Deutsche Biographie*, Band 33, S. 670.

175 *Selchow*, *Rezension zu Walch, Das Näherrecht systematisch entworfen*, in: *Selchow, Juristische Bibliothek von neuen juristischen Büchern und Abhandlungen*, Band 2, S. 594 (598).

176 Zu *Runde*: *Thier*, *Art. Runde, Justus Friedrich*, in: *Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Neue Deutsche Biographie*, Band 22, S. 257.

177 *Runde*, *Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts*, S. 131.

wesentliche Theorie zum Näherrecht und der Marklösung dar,¹⁷⁸ die erst in jüngerer Zeit hinterfragt wird.¹⁷⁹

d) Die Untertänigkeit als maßgebliches Differenzierungskriterium

Der letzte Abschnitt zeigte für Marklösung und Territorialretrakt die unterschiedlichen Zuordnungsebenen zur lokalen Kommune und zum Territorium mit den grundsätzlichen Folgen für den Begriff des Fremden auf. Nach welcher Kategorie der Fremde bestimmt wurde, ist damit noch nicht geklärt. Bis in die aktuelle Literatur findet sich die Idee, dass dies die Kategorie des Ausmärkers war. Eine Auswertung der zeitgenössischen Literatur ergibt jedoch, dass es sich beim Fremden um denjenigen handelte, der nicht dauerhafter Untertan war.

Für diejenigen, die nicht Teil der Mark waren, also als Fremde Grundstücke erwerben wollten, wurde später der Begriff „Ausmärker“ geprägt.¹⁸⁰ Dieser kommt in den Quellen des 18. Jahrhunderts jedoch nur selten vor.¹⁸¹ In der Regel ist dort, wie in den oben zitierten Rechtsquellen, schlicht von Fremden¹⁸² oder Auswärtigen¹⁸³ die Rede. Wenn über den Ausmärker geschrieben wurde, scheint darunter oftmals etwas anderes verstanden worden zu sein, als denjenigen, der nicht Teil einer Mark ist. So sah Scheidemantel in seinem Repertorium des deutschen Staats- und Lehnrechts den Ausmärker als Synonym zum Forensen, also als jemanden, der in

178 Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Erster Band, S. 66; Gierke, Deutsches Privatrecht, Zweiter Band, S. 791; Coing, Europäisches Privatrecht. Band 1, S. 383; Wernli, Art. Marklösung, in: Erler/Kaufmann, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, III. Band, 320 (321).

179 Schmidt-Recla, Art. Marklösung, in: Cordes/Haferkamp/Lück/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band III, 1306 (1307).

180 So z. B.: Unterholzner, Art. Ausmärker, in: Erler/Kaufmann, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, I. Band, 265 (266); Unterholzner/Schildt, Art. Ausmärker, in: Cordes/Lück/Werkmüller/Schmidt-Wiegand, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band I, 377.

181 Erwähnung an wenig prominenter Stelle jedoch bei: Griesinger, Kommentar über das Herzoglich Württembergische Landrecht, Band 3, S. 895.

182 Estor, Der Teutschen Rechtsgelahrtheit andrer Teil, S. 592; Frommann, Von der Württembergischen Lösungs-Gerechtigkeit, in: Vermischte Abhandlungen aus der bürgerlichen Rechtswissenschaft, Erster Theil, Zweites Stück, S. 174 (207); Griesinger, Kommentar über das Herzoglich Württembergische Landrecht, Band 3, S. 889.

183 Walch, Das Näherrecht systematisch entworfen, S. 389; Fischer, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 2, S. 612.

einem Territorium zwar Grundstücke besaß, ohne auch in dem Territorium zu wohnen.¹⁸⁴ Der Ausmärker ist weniger Kategorie der Rechtswissenschaft des 18. Jahrhunderts und mehr späterer analytischer Begriff der deutschen Rechtsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts.¹⁸⁵ Wer im Sinne der Marklosung als Fremder galt, kann nicht schlicht mit dem Begriff des Ausmärkers erfasst, sondern muss anderweitig bestimmt werden.

Vieles spricht dafür, den Anknüpfungspunkt für Marklosung und Territorialretrakt im dauerhaften Wohnsitz und damit im Falle des Territorialretraktes im beständigen Untertanen mit seinem dauerhaften Wohnsitz im Territorium¹⁸⁶ zu sehen, was die Brandenburg-Kulmbachische Landeskonstitution von 1723 ausdrücklich benennt.¹⁸⁷

So stelle der Territorialretrakt der Württembergischen Landesordnung für die Frage, ob jemand Fremder ist, zum einen auf den Huldigungseid und zum anderen auf das Unterworfensein unter die Obrigkeit ab.¹⁸⁸ Bei der Marklosung des Württemberger Landrechts kam es auf den Wohnsitz der Person an,¹⁸⁹ der als ein wichtiges Element der Begründung dauerhafter Untertänigkeit galt. Fremde als nur zeitige Untertanen hatten hingegen keinen dauerhaften Wohnsitz am Belegenheitsort. Damit kann also nicht auf den Untertanen per se, sondern nur auf den dauerhaften oder beständigen Untertanen abgestellt worden sein. Diese fehlende beständige Wohnung ist auch das verbindende Element in der Aufzählung der vom Territorialretrakt oder der Marklosung betroffenen Fremden in einem Aufsatz Frommanns über Marklosung und Territorialretrakt in Württemberg: „All' diesen [sc. den Einheimischen] werden entgegengesetzt – die Ausländer (forenses), Ausgesessene, Fremde, worunter auch begriffen werden – diejenige, welche aus besonderer Begünstigung zwar unbewegliche Güter im Lande besitzen und darin wohnen, aber keinen festen Wohnsitz haben, oder, welche unbewegliche Güter im Lande besitzen und nicht darin wohnen, oder, welche zwar keine Güter besitzen, aber gleichwol in Württemberg wohnen, einen Handel treiben und dabei bald da bald dort sich aufhalten, sich mit

184 *Scheidemantel*, Repertorium des Teutschen Staats und Lehnrechts, Erster Teil, S. 276.

185 Zum analytischen Begriff: *Wanninger*, Die Bedeutung der Sprache, *Clio @ Themis* 26 (2024), 13 (S. 24 ff.).

186 *Moser*, Von der Teutschen Unterthanen Rechten und Pflichten, S. 7.

187 Titel 6, § 8, Hoch-Fürstliche Brandenburg-Culmbachische Landes-Contitution, S. 15.

188 Titel 20, § 5, Des Hertzogthums Württemberg Gemeine LandtsOrdnungen, S. 42 f.

189 Teil 2, Titel 16, Deß Hertzogthums Württemberg Erneuert gemein Land-Recht, S. 291 f.

Tagelöner wären, und nur im Schirm sitzen, und endlich auch diejenige, welche nur Gastweise sich eine Zeitlang in Württemberg aufhalten.“¹⁹⁰ Einen weiteren Hinweis lieferte Frommann mit seiner Unterteilung der Ebenen der Marklosung und des Territorialretraktes anhand der Jurisdiktion,¹⁹¹ ein wichtiges Element der untertänigkeitsbegründenden Landeshoheit. Griesinger sah als Fremde bei der Marklosung auch diejenigen an, „welche zwar Württembergische Unterthanen sind, aber nicht in der Markung gesessen sind, worinn das veräußerte Gut liegt; man darf also unter jenen Worten keine Ausländer verstehen, welche nemlich gar keine Wirt. Unterthanen sind“.¹⁹² Die Marklosung war nach Griesinger also gegen württembergische Untertanen, die nicht am Belegenheitsort ihren dauerhaften Aufenthaltsort hatten und gegen Ausländer gerichtet, die im Sinne dieses Rechtsinstitut dadurch definiert wurden, dass sie keinen dauerhaften Wohnsitz in Württemberg aufwiesen. Dieser Fokus auf den Wohnsitz findet sich auch in den anderen Beispielen von Marklosung und Territorialretrakt, etwa wenn in der Altenburger Landordnung von demjenigen als Fremden die Rede war, der „anders wo gesessen“ ist und ihm der Eingesessene entgegengestellt wurde. In der Brandenburg-Kulmbachischen Konstitution ergab sich dies daraus, dass Marklosung und Territorialretrakt dann nicht anwendbar waren, wenn der Fremde sich vor Ort häuslich niederließ.¹⁹³ Schließlich war der Fremde auch im Kurmainzer Landrecht derjenige, der seinen dauerhaften Wohnsitz nicht im kurmainzer Gebiet hatte.¹⁹⁴

Dass diese Zuordnung zur beständigen Untertänigkeit auch im 18. Jahrhundert nicht unumstritten war, zeigt die zeitgenössische Diskussion eines Zweifelfalls: Konnte auch gegen denjenigen, der Bürger einer inländischen Stadt ist, der seinen dauerhaften Wohnsitz jedoch woanders hatte, die Marklosung angewendet werden? Walch verneinte dies,¹⁹⁵ indem er auf die verrechtlichte Mitgliedschaft in der Gemeinde abstellte.¹⁹⁶ Griesinger

190 Frommann, Von der Württembergischen Lösungs-Gerechtigkeit, in: Vermischte Abhandlungen aus der bürgerlichen Rechtswissenschaft, Erster Theil, Zweites Stück, S. 174 (S. 207 f.).

191 Ebd., S. 174 (S. 178 f.).

192 Griesinger, Commentar über das Herzoglich Württembergische Landrecht, Band 3, S. 892.

193 Vgl. Titel 6, § 7, Hoch-Fürstliche Brandenburg-Culmbachische Landes-Contitution, S. 15.

194 Vgl. Titel 24, § 3, Kurz, Das Churfürstlich Mainz'sche Land-Recht vom Jahre 1755, S. 705.

195 Walch, Das Näherrecht systematisch entworfen, S. 394.

196 Ebd., S. 392.

bejahte dies hingegen mit Verweis auf den Wortlaut der württembergischen Vorschriften, die den dauerhaften Wohnsitz ins Zentrum rückten.¹⁹⁷ Dies entspräche auch dem Zweck der Marklosung, die Eigentumslage in einem lokalen Rahmen zu halten.¹⁹⁸ Diese Diskussion illustriert den Charakter der Untertänigkeit im Vergleich zu anderen Statuskategorien: Die Untertänigkeit als Rechtsreflex der Herrschaftsrechte der Landeshoheit war vom tatsächlichen und damit meist dem gewöhnlichen Aufenthaltsort abhängig. Andere Statuskategorien, wie das Bürgerrecht¹⁹⁹ oder das Indigenat,²⁰⁰ folgten jedoch dem Inhaber unabhängig von dessen Aufenthalts- und Wohnort.

3. Abzugsgeld

Das Abzugsgeld, auch Abfahrtgeld, Abschied, Abschoss und Nachsteuer genannt, war eine Steuer, die von den Landesherren oder anderen Berechtigten auf Vermögen erhoben wurde, das das Land verließ. Es stellte eine äußerst oft von der Literatur diskutierten Materie dar.²⁰¹ Das Abzugsgeld wurde auch etwas drastisch in einem Rechtsspruchwort ausgedrückt: „Wenn einer ziehet ein, soll man ihm helfen mit Rath; wenn er ziehet aus, soll man ihm nehmen was er hat.“²⁰² Der Abzug war in verschiedenen Situationen statthaft. Der wichtigste und meistdiskutierte Fall war mit der Emigration eines Untertanen verbunden, der dann einen festgelegten Teil seines Vermögens zurücklassen musste. Daneben konnte eine Abzugspflichtigkeit im Falle des Verkaufs einer Immobilie ins Ausland bestehen, da dann ebenso ein Geldbetrag die Ländergrenzen überschritt. Zuletzt konnte auch im Falle einer Erbschaft, die Landesgrenzen überschritt, ein Abzugsgeld erhoben werden.²⁰³ Zuweilen wurde der Begriff der Nachsteuer speziell für die

197 Griesinger, Kommentar über das Herzoglich Württembergische Landrecht, Band 3, S. 894.

198 Ebd., S. 894 ff.

199 Dazu unten unter Kapitel I C.

200 Dazu unten unter Kapitel I B.

201 „Nichts ist häufiger, als die Materie des Abzuges“, Westphal, Das Teutsche und Reichsständische Privatrecht, S. 32.

202 Eisenhart, Grundsätze der deutschen Rechte in Spruchwörtern mit Anmerkungen erläutert, S. 68 ff.

203 Weidner, Versuch einer ausführlichen Abhandlung vom Abzugsgelde, S. 1; Fresenius, Vollständige Gedanken über die Rechtmäßigkeit der Nachsteuer, in: Fresenius, Meditationen für Rechtsgelehrte, S. 71 (S. 80 f.); Eggers, Ursprung und verschiedene Arten des Abzugs, in: Eggers, Archiv für Staatswissenschaft und Gesetzgebung, Erster Band, S. 62 (S. 62 f.).

Situation der Auswanderung gebraucht und der Begriff des Abzugs für die Situation der abfließenden Erbschaft,²⁰⁴ wobei die Darstellungen der Materien in der Literatur meist gemeinsam erfolgten. Beide Rechtsinstitute wurden später auch gemeinsam durch Art. 18 der Deutschen Bundesakte abgeschafft.²⁰⁵ Einige Autoren rückten auch das *droit d'aubaine*, also die Testierunfähigkeit des Fremden und Einbehaltung des Nachlasses durch den Staat in Frankreich, in die Nähe des Abzugsgeldes.²⁰⁶

Das Recht, Abzugsgeld zu fordern, galt als eng mit der Landeshoheit verbunden.²⁰⁷ Aus dieser Perspektive galt das Abzugsgeld meist als ein Regal aller Landesherren.²⁰⁸

Die Begründung des Abzugsgeldes war im 18. Jahrhundert umstritten und wurde umfassend diskutiert. Als Begründung wurde die Entschädigung für die in Zukunft ausbleibenden Staatseinkünfte²⁰⁹ oder für das

204 Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 140 f.

205 Dazu siehe unten unter Kapitel 3 C.

206 Runde, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 214; Eggers, Ursprung und verschiedene Arten des Abzugs, in: Eggers, Archiv für Staatswissenschaft und Gesetzgebung, Erster Band, S. 62 (S. 64 f.); vgl. Fischer, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 424 f.; Weidner, Versuch einer ausführlichen Abhandlung vom Abzugsgelde, S. 2; Weidner, Ausführliche Abhandlung vom Erwerbungs- oder Wiedervergeltungsrechte, S. 9. So auch Klüber in der zweiten Auflage seines Lehrbuchs: Klüber, Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten, S. 759.

207 Lange, Anmerkungen und Berichtigungen zu weyl. Herrn Joh. Jodoci Beck rechtlichen Abhandlung von Nachsteuer und Handlohn, S. 21; Weidner, Versuch einer ausführlichen Abhandlung vom Abzugsgelde, S. 3 f.; Walther, System der Abzugsgerechtigkeit, S. 29; Fresenius, Vollständige Gedanken über die Rechtmäßigkeit der Nachsteuer, in: Fresenius, Meditationen für Rechtsgelehrte, S. 71 (S. 150 ff.); Reitemeyer, Das allgemeine Abschoßrecht in Deutschland, S. 1; Welcker, Art. Abfahrt, in: Rotteck/Welcker, Staats-Lexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften, Erster Band, S. 58 (59).

208 Faust, Geforderter Beweis Daß das Recht der Nachsteuer ein Regale seye; Jagow, Einleitung zu der Lehre von den Regalien, S. 548 ff.; Fischer, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 428; Runde, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 216 f.; Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 194; Welcker, Art. Abfahrt, in: Rotteck/Welcker, Staats-Lexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften, Erster Band, S. 58 (60).

209 Leist, Lehrbuch des Teutschen Staatsrechts, S. 640; Fischer, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 425; Lange, Anmerkungen und Berichtigungen zu weyl. Herrn Joh. Jodoci Beck rechtlichen Abhandlung von Nachsteuer und Handlohn, S. 1. Dagegen: Westphal, Das Teutsche und Reichsständische Privatrecht, S. 33; Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 151 f.; Welcker, Art. Abfahrt, in: Rotteck/Welcker, Staats-Lexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften, Erster Band, S. 58 (64).

verlorene Staatsvermögen gesehen.²¹⁰ Andere Ansichten sahen den Grund des Abzugsgeldes in der Begleichung von Staatsschulden, für die jedes Mitglied des Staates mit haften müsse,²¹¹ andere begründeten das Abzugsgeld als ein ursprünglich mit der Leibeigenschaft verbundenes Institut²¹² oder als Entgelt für den in der Vergangenheit geleisteten Schutz durch den Staat.²¹³ Zumindest das Abzugsgeld im Falle der Auswanderung galt auch als Instrument zur Verhinderung der Auswanderung.²¹⁴ Daneben wurde das merkantilistisch geprägte Motiv, die inländische Geldzirkulation zu erhalten, diskutiert.²¹⁵ Ein naturrechtlicher Begründungsansatz verwies auf den Staatszweck, die allgemeine Wohlfahrt zu befördern, der den Mitgliedern des Staates immer erhalten bleiben muss und daher nach einer Kompensation des Verlusts von Vermögenswerten verlange.²¹⁶ Viele sahen

210 *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 152. Dagegen: *Eggers*, Ist das Abzugsrecht dem allgemeinen Staatsrecht gemäs?, in: *Eggers*, Archiv für Staatswissenschaft und Gesetzgebung, Erster Band, S. 80 (82).

211 Dagegen: *Welcker*, Art. Abfahrt, in: *Rotteck/Welcker*, Staats-Lexikon oder Encyklopädie der Staatswissenschaften, Erster Band, S. 58 (62).

212 *Eisenhart*, Grundsätze der deutschen Rechte in Spruchwörtern mit Anmerkungen erläutert, S. 69; *Welcker*, Art. Abfahrt, in: *Rotteck/Welcker*, Staats-Lexikon oder Encyklopädie der Staatswissenschaften, Erster Band, S. 58 (63). Dagegen: *Fischer*, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 429; *Westphal*, Das Teutsche und Reichsständische Privatrecht, S. 33; *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 151; *Fresenius*, Vollständige Gedanken über die Rechtmäßigkeit der Nachsteuer, in: *Fresenius*, Meditationen für Rechtsgelehrte, S. 71 (S. 89 f.).

213 *Lange*, Anmerkungen und Berichtigungen zu weyl. Herrn Joh. Jodoci Beck rechtlichen Abhandlung von Nachsteuer und Handlohn, S. 4. Dagegen: *Fresenius*, Vollständige Gedanken über die Rechtmäßigkeit der Nachsteuer, in: *Fresenius*, Meditationen für Rechtsgelehrte, S. 71 (90); *Eggers*, Bemerkungen zur Verbesserung der Deutschen Gesetzgebung, Erster Theil, S. 14; *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 151; *Reitemeier*, Das allgemeine Abschoßrecht in Deutschland, S. XIII; *Zachariae*, Geist der Deutschen Territorial-Verfassung, S. 168 f.; *Welcker*, Art. Abfahrt, in: *Rotteck/Welcker*, Staats-Lexikon oder Encyklopädie der Staatswissenschaften, Erster Band, S. 58 (61).

214 *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 143 ff. Dagegen: *Eggers*, Ist das Abzugsrecht dem allgemeinen Staatsrecht gemäs?, in: *Eggers*, Archiv für Staatswissenschaft und Gesetzgebung, Erster Band, S. 80 (S. 80 f.); *Reitemeier*, Das allgemeine Abschoßrecht in Deutschland, S. XIII; *Welcker*, Art. Abfahrt, in: *Rotteck/Welcker*, Staats-Lexikon oder Encyklopädie der Staatswissenschaften, Erster Band, S. 58 (S. 62 f.).

215 Kritisch: *Eggers*, Ist das Abzugsrecht dem allgemeinen Staatsrecht gemäs?, in: *Eggers*, Archiv für Staatswissenschaft und Gesetzgebung, Erster Band, S. 80 (81).

216 *Fresenius*, Vollständige Gedanken über die Rechtmäßigkeit der Nachsteuer, in: *Fresenius*, Meditationen für Rechtsgelehrte, S. 71 (S. 93 ff.).

im Abzugsgeld ein Gegenstück zum Zoll,²¹⁷ mit dem großen Unterschied, dass der Zoll in erster Linie Einheimische belaste, das Abzugsgeld hingegen Fremde und damit als Finanzinstrument vorzugswürdig sei.²¹⁸

Im Rahmen des Abzugsgeldes wurden die Voraussetzungen sehr viel deutlicher formuliert, als dies bei anderen Diskriminierungen der Fall war. Die Voraussetzungen für die Erhebung des Abzugsgeldes ergaben sich aus der Landeshoheit. Dabei sind jedoch die Situationen der Auswanderung und der Erbschaft zu differenzieren, auch wenn sie dasselbe Differenzierungskriterium nutzbar machten.

Bei der Ausreise war das Abzugsgeld nicht von jedem, der ein Territorium verließ und dabei Werte mitnahm, zu entrichten. Dies hätte auch Händler und Reisende belastet. Vielmehr war das Abzugsgeld nur von dauerhaften Untertanen im Falle der Auswanderung zu begleichen. Die genaueste Formulierung findet sich bei Johann Gottfried Weidner, einem der Bearbeiter des Abzugsrechts, der für den Fall des Abzuges bei Auswanderung den dauerhaften Untertanen als Zahlungspflichtigen benannte.²¹⁹ Alle anderen galten ihm als Fremde oder nur teilweise (bezüglich Immobilien) untertänige Forensen. Von zeitlichen Untertanen konnte ausdrücklich kein Abzug bezüglich ihres gewöhnlichen Vermögens gefordert werden.²²⁰ Entscheidend war demnach nach der überwiegenden Ansicht der Literatur die Ansässigkeit, somit der dauerhafte Wohnsitz auf dem Territorium des Landesherrn.²²¹ Auf andere Statuskategorien, wie zum Beispiel die städtischen Kategorien des Bürgers oder Beisitzers,²²² kam es ausdrücklich nicht an.²²³

217 *Reitemeier*, Das allgemeine Abschoßrecht in Deutschland, S. XI. Dagegen: *Fresenius*, Vollständige Gedanken über die Rechtmäßigkeit der Nachsteuer, in: *Fresenius*, Meditationen für Rechtsgelehrte, S. 71 (90).

218 *Reitemeier*, Das allgemeine Abschoßrecht in Deutschland, S. XII.

219 *Weidner*, Versuch einer ausführlichen Abhandlung vom Abzugsgelde, S. 35.

220 Ebd., S. 40; *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 153.

221 *Moser*, Von der Landeshoheit in Ansehung der Unterthanen Personen und Vermögens, S. 234; *Lange*, Anmerkungen und Berichtigungen zu weyl. Herrn Joh. Jodoci Beck rechtlichen Abhandlung von Nachsteuer und Handlohn, S. 37; *Bodmann*, Inneres Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachsteuerrechts, S. 32, 36 ff.; *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 153; *Leist*, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, S. 643; *Eggers*, Personen, welche den Abzug entrichten, in: *Eggers*, Archiv für Staatswissenschaft und Gesetzgebung, Erster Band, S. 67.

222 Dazu unten unter Kapitel 1 C II.

223 *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 170. Unter Berücksichtigung der Gegenauffassung: *Weidner*, Versuch einer ausführlichen Abhandlung vom Abzugsgelde, S. 35 f.

Im Falle des Abzugsgeldes bei der Erbschaft oder in anderen Fällen, in denen Vermögen die Landesgrenzen überschritt, war das Differenzierungskriterium nötig, um nicht den dauerhaften Untertanen, sondern den steuerpflichtigen Fremden als dessen Gegenteil zu identifizieren. Weidner zog so die Kategorien des Forensen und Fremden auf der negativen Seite seiner Definition des dauerhaften Untertanen heran, um den Abzugspflichtigen im Falle des Immobilienverkaufs ins Ausland und des Erbschaftsabzugs zu beschreiben.²²⁴

Auch Autoren, die andere Kriterien für die Bestimmung des Abzugsgeldpflichtigen verwendeten, gingen von Elementen der Landeshoheit aus. Ein anderer Ansatz stellte die Jurisdiktionsunterworfenheit in den Mittelpunkt der Abzugspflichtigkeit.²²⁵ Im Ergebnis kam dies zu weitgehend gleichen Resultaten, da der Wohnsitz entscheidend für die Gerichtsunterworfenheit war.

4. Konkursrecht

Eine unterschiedliche Behandlung von Fremden fand außerdem im Falle des Konkurses statt. Das Konkursrecht professionalisierte sich in Deutschland im Laufe der Frühen Neuzeit.²²⁶ Im Konkursrecht des 18. Jahrhunderts wurden die Gläubiger im Konkursfall in verschiedene Klassen geteilt, die ihrem Rang nach befriedigt wurden. Die Einordnung in die Gläubigerklassen war für die Wahrscheinlichkeit der Anspruchsbefriedigung entscheidend. Die dabei vorgenommenen Privilegierungen hatten oft politische Ziele. So wurden bestimmte Ausgaben wie die Beerdigungskosten des verstorbenen Schuldners, die Bezahlung ausstehender Löhne für Hausangestellte und Kredite für die bauliche Instandhaltung von Häusern privile-

224 Weidner, Versuch einer ausführlichen Abhandlung vom Abzugsgelde, S. 38 f.

225 Reitemeier, Das allgemeine Abschoßrecht in Deutschland, S. 16 ff. Dagegen: Weidner, Versuch einer ausführlichen Abhandlung vom Abzugsgelde, S. 5 f. Das Abzugsgeld wurde auch im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten systematisch als Institut der Gerichtsorganisation eingeordnet: Teil 2, Titel 17, § 127 ff, Hattenhauer, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, S. 630 ff. Vgl. auch die Darstellung des Meinungsstand mit besonderer Berücksichtigung der Entstehung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten über die Einordnung im Rahmen der Gesetzesrevision 1825: Schubert, Gesetzesrevision (1825 – 1848), II. Abteilung, Band 1, 1. Halbband, S. 297 ff.

226 Fischer, Bankruptcy in early modern German territories, in: Safley, The History of Bankruptcy, S. 173.

giert.²²⁷ Ansonsten erfolgte die Einordnung nach der Art der Nachweise für die Schuld und nach Kreditsicherungsmitteln. Die Ungleichbehandlung der Fremden erfolgte meist dergestalt, dass die Forderungen fremder Kreditgeber unabhängig vom sachlichen Grund in die letzte Gläubigerkategorie fielen. Alternativ konnten Fremde innerhalb jeder Klasse nachrangig gegenüber den anderen Gläubigern befriedigt werden. Mit der Einordnung in nachrangige Gläubigerklassen oder eine Zurückstellung innerhalb einer Gläubigerklasse verringerte sich die Wahrscheinlichkeit einer Anspruchsbefriedigung fremder Gläubiger. Gleichzeitig erhöhte sich die Wahrscheinlichkeit der restlichen Gläubiger, ihre Forderung zu befriedigen.

Diese scharfe Unterscheidung zwischen Einheimischen und Fremden war im Konkursrecht des 18. Jahrhunderts auf dem Rückzug. Sehr viel häufiger waren Retorsionsvorschriften, die die Gleichbehandlung von Einheimischen und Fremden durch Androhung einer spiegelbildlichen Vergeltung einer Ungleichbehandlung erreichten.²²⁸ In seinem Kommentar zu dem von ihm selbst verfassten Prozessrecht von 1753 zählte Kreittmayr nur noch das Würzburger Recht, das Neuburger Recht, das Recht der Stadt Biberach und schweizer Rechtsquellen als Konkursrechte mit einer Diskriminierung von Fremden auf.²²⁹ Über diese Auflistung hinaus wiesen das Celler Stadtrecht und die Brandenburg-Kulmbacher Regelung zum Konkurs Diskriminierungen von Fremden auf.

In der Züricher „Auffallordnung“ war eine sehr aufwändige Differenzierung entlang von Statuskategorien normiert. War normalerweise innerhalb einer Klasse von Gläubigern die ältere Forderung vorrangig, differenzierte das züricher Recht zwischen Inburgern (innerhalb der Stadt wohnende Bürger), Ausburgern (außerhalb der Stadt wohnende Bürger), Landleuten und Fremden.²³⁰ In der Baseler Gerichtsordnung vom 5. Juni 1719 ist die Behandlung fremder Gläubiger nicht einheitlich geregelt: In der fünften

227 Hofer, „So haben Wir zu Beförderung des Credits vor nöthig befunden (...)“ – Kreditsteuerung durch Konkursrecht in der frühen Neuzeit, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 26 (2004), 177 (S. 180 ff.).

228 Dazu unten unter Kapitel 3 B.

229 Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici Judiciarii, S. 678.

230 Text mit Erläuterung: Wyss, Geschichte des Concursprozesses der Stadt und Landschaft Zürich bis zu dem Erlasse des Stadt- und Landrechtes von 1715, S. 131 ff. In der Version von 1715 war diese Differenzierung nur noch für Schuldner untergeordneter Gemeinden normiert, für andere galt eine Retorsionsklausel: Titel 10 § 55, Satz- und Ordnungen eines Frey-Loblichen Stadt-Gerichts, von An. 1715 samt neuer Erläuterungen, in: Sammlung der Bürgerlichen und Policy-Geseze und Ordnungen, Lobl. Stadt und Landschaft Zürich, Erster Band, S. 161 f.

Klasse von Gläubigern sollen die dort behandelten Handschulden „ohne Unterscheid der Zeit, iedoch die Einheimischen allwegen vor denen Frembden, so nicht mit denen Unserigen concurriren, collociret werden.“²³¹ In den ersten vier Klassen von Gläubigern sollte hingegen gerade kein Unterschied zwischen Einheimischen und Fremden gemacht werden außer im ausdrücklich genannten Fall der Retorsion.²³²

In Brandenburg-Kulmbach fand sich eine sehr ähnliche Regelung vom 16. September 1722 zur letzten Klasse an Gläubigern. Grundsätzlich werde in dieser Klasse zwar keine Privilegierung von Gläubigern vorgenommen, jedoch sei „hierbey in Acht zu nehmen, daß fremder Herrschaft Unterthanen in dieser Classe den hiesigen landesingesessenen Unterthanen mit der Bezahlung nachzusetzen“.²³³

Die wahrscheinlich wichtigste Regelung dieser Art findet sich in Würzburg. Eine Verordnung vom 28. Januar 1721 regelte in vielen, genau bezeichneten Fällen ein Vorrang des „hiesige[n] Burger oder Landesunterthan“ vor dem ausländischen Gläubiger.²³⁴ Die, sehr viel umfassendere, Hochfürstlich Würzburgische Concurs- und Prioritäts-Ordnung von 1747 nahm in dieser Frage auf die Regelung von 1721 Bezug und abstrahierte diese.²³⁵ Diese Bevorzugung galt in den einzelnen Klassen. Während normalerweise die älteren Forderungen den jüngeren vorgingen, ging nun die Forderung des Einheimischen vor, auch wenn diese jünger war. Dies war in der Verordnung von 1721 noch fallorientiert geregelt.²³⁶ Einen deutlichen Grundsatz formulierte indes die Konkurs- und Prioritätsordnung von 1747: „[D]aß in einer jeden Class die innheimischen Unterthanen denen

231 § 183, Der Stadt Basel Statuta und Gerichtsordnung vom 5. Juni 1719, in: Rechtsquellen von Basel, Erster Theil, S. 749 – 915 (811).

232 § 185, Der Stadt Basel Statuta und Gerichtsordnung vom 5. Juni 1719, in: Ebd., S. 749 – 915 (811 f.).

233 Landes-Constitution, wie es in Sachen baares Geld-Vorlehen und dessen Widerzahlung, Verabhandlung der Concurs- und Gant-Processe, Zerschlagung der Güter, Lehens-Veränderungen [...], hinfüro zu halten sey, 16. September 1722, in: Corpus Constitutionum Brandenburgico-Culmbacensium, Zweyten Theils erster Band, S. 185 – 220 (220).

234 Verordnung, vom 28. Januar 1721 den Vorzug inheimischer Gläubiger vor den ausländischen in Concurs-Sachen betreffend, in: Sammlung der hochfürstlich-wirzburgischen Landesverordnungen, Erster Theil, S. 649 f.

235 Concurs- und Prioritäts-Ordnung, in: Sammlung der hochfürstlich-wirzburgischen Landesverordnungen, Zweyter Theil, S. 496 – 505 (504).

236 Vgl. Verordnung, vom 28. Januar 1721 den Vorzug inheimischer Gläubiger vor den ausländischen in Concurs-Sachen betreffend, in: Sammlung der hochfürstlich-wirzburgischen Landesverordnungen, Erster Theil, S. 649 f.

fremd-herrischen vorgezogen werden.“²³⁷ Drei entstehende Streitfälle regelte eine weitere Verordnung vom 4. Dezember 1784, nämlich den Fall, dass eine Person zwischen Vertragsschluss und Konkursverfahren inzwischen aus Würzburg weggezogen war, den Fall, dass ein ehemalig Fremder inzwischen zugezogen war, sowie den Fall der Abtretung einer Forderung von einem Fremden an einen Innländer. Während im ersten Fall nichts näher über die Rechtsänderung in der Person des Gläubigers ausgeführt wurde, ist die Ausführung für den zweiten Fall deutlicher: „[D]er Gläubiger, welcher bey Entstehung der Schuld die Rechte der Einheimischen nicht zu genießen gehabt, in dem allenfalls ausbrechenden Konkurs seines Schuldners immerhin für einen Ausländer zu halten; Sollte er auch wirklich noch vor oder nach erlassener Ediktalcitation in Unserm Fürstlich Würzburgischen Landen das Bürgerrecht erlanget haben.“²³⁸

Titel 7 des Stadtrechts von Celle normierte auch einen Vorrang von Bürgern und Einwohnern im Konkurs, wobei nach dem Kommentar von Christoph Lorenz Bilderbeck dies nur innerhalb der jeweiligen Gläubigerklassen gelten sollte.²³⁹ Die Rechtsquelle stellte dabei auf „die Bürger und Einwohner dieser Stadt“²⁴⁰ ab. Wie Bilderbeck mit Verweis auf die Rechtsprechung ausführte, war damit keineswegs ein doppelter Anknüpfungspunkt an bloße Einwohner auf der einen und Bürger auf der anderen Seite gemeint. Es kam ausschließlich auf die Bürgerstellung an. Ein Bürger, der gegenwärtig nicht Einwohner war, demnach auswärts wohnte, sollte von dieser Regelung profitieren können.²⁴¹

Auch wenn sich einige Beispiele für eine Schlechterstellung des Fremden im Konkursrecht finden lassen, kamen die meisten Konkursregelungen ohne diese Diskriminierung aus. Teilweise existierten Regelungen, die Gläubiger besserstellten. Die Hamburger Fallitenordnung begegnete dem typischen Problem, dass fremde Gläubiger vom Ort des Konkurses zu weit entfernt waren, um ihre Interessen geltend zu machen,²⁴² indem diese

237 Concurs- und Prioritäts-Ordnung, in: Sammlung der hochfürstlich-wirzburgischen Landesverordnungen, Zweyter Theil, S. 496 – 505 (504).

238 Verordnung, wann einer für einheimisch, oder fremdherrisch in Ausschätzungen zu halten, vom 4. Dezember 1784, in: *Heffner*, Sammlung der Hochfürstlich-Würzburgischen Landes-Verordnungen, dritter Theil, S. 315.

239 *Bilderbeck*, Zellsches Stadt-Recht, S. 20 f. (Fn. p).

240 Ebd., S. 19 f.

241 Ebd., S. 19 f. (Fn. o).

242 *Hollander/Mooi*, Protecting the Foreign Creditor – International Insolvency in Early Modern Amsterdam and Frankfurt am Main, *The Low Countries Journal of Social and Economic History* 16 (2020), 37 (38); *Mooi*, „Without regard to foreignness“;

besonders schriftlich benachrichtigt wurden und die Obrigkeit ihren Anteil am Erlös des Schuldnervermögens aufbewahrte, falls sie nicht persönlich oder durch einen Vertreter im Verfahren involviert waren. Theodor Hasche, Kommentator der Hamburger Fallitenordnung, kritisierte dies als zu großzügig und erklärte dies mit den wirtschaftlichen Interessen des vom Handel abhängenden Hamburgs.²⁴³ Zentrales Differenzierungskriterium war aus seiner Sicht der auswärtige Wohnort.²⁴⁴

Das Differenzierungskriterium ist in den Rechtsquellen nicht einheitlich zu bestimmen. Wenn einige Autoren, wie Runde, das Indigenat als Differenzierungskriterium anführten,²⁴⁵ entsprach dies nicht der Terminologie der Rechtstexte, sondern stellte eine spätere Deutung dar. Diese Deutung fasste alle Vorrechte der Einheimischen unter dem Titel Indigenat zusammen. Wahrscheinlich ist, dass es sich um zwei verschiedene Kriterien handelte. In einigen Rechtsquellen war die dauerhafte Untertänigkeit und der damit verbundene Wohnsitz zentrales Differenzierungskriterium. Dann ging es in erster Linie um das fiskalische Interesse, Vermögen im Territorium zu halten. In anderen Rechtsquellen, wie in der aus Celle, war das volle Bürgerrecht entscheidend, womit die lokale Elite auch gegenüber anderen Bewohnern der Stadt bevorzugt wurde. Insofern das Stadtbürgerrecht als lokales Indigenat gedeutet wurde oder beide Kategorien kongruent waren, ist im letzten Fall die Einordnung Rundes folgerichtig für das späte 18. Jahrhundert.

V. Fazit

Auf dem ersten Blick stellte die Untertänigkeit als staatsrechtlich begründetes Rechtsinstitut einen simplen Reflex der Landeshoheit dar, der durch die Gebietsbezogenheit schlicht jeden erfasste, der sich auf dem Gebiet eines Landesherrn aufhielt. Diese Untertanendefinition beschrieb die personelle Reichweite der rechtlichen Macht des Landesherrn. Damit begründete diese Art der Untertänigkeit die Gesetzesunterwerfung jeder Person in einem Territorium. Für Differenzierungen innerhalb einer Rechtsordnung war dieser Begriff des Untertanen jedoch nicht geeignet. Dennoch wurde die

in: Ruysscher/Cordes/Dauchy/Gialdroni/Pihlajamäki, Commerce, Citizenship, and Identity in Legal History, S. 26 (28).

243 Hasche, Erläuterung der hamburgischen Falliten-Ordnung, Zweyter Theil, S. 378 f.

244 Vgl. ebd., S. 382 ff.

245 Runde, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 208.

Untertänigkeit als Differenzierungskriterium herangezogen. Dafür bedurfte es weiterer Voraussetzungen, indem auf den Wohnsitz und den dauerhaften Aufenthalt abgestellt wurde, um die Kategorie des dauerhaften Untertanen zu konstituieren. Diese konnte in vielfältiger Weise als Differenzierungskriterium dienen, etwa in den dargestellten Fällen des Vormundschaftsrechts, des Näherrechts, Abzugsgeldes und des Konkursrechtes. Diese Kategorie des Untertanen wird auch gemeint sein, wenn Fälle der extraterritorialen Weitergeltung von Herrschaftsrechten erwähnt wurden.²⁴⁶

B. Indigenat

Die Abgrenzung zwischen Eingeborenen und Fremden war Ende des 18. Jahrhunderts in den Lehr- und Handbüchern des einheimischen Privatrechts eine der wichtigeren Materien des Personenrechts. Das mit dieser Unterscheidung verbundene Rechtsinstitut war das Indigenat als Vorrecht und Eigenschaft des Eingeborenen gegenüber dem Fremden.

Das Indigenat erlangte erst in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts durch seine Bearbeitung durch die Wissenschaft eine überragende Bedeutung im Personenrecht. Zwar existierten seit dem Mittelalter Rechtsquellen, die die Grundlage dieser wissenschaftlichen Weiterentwicklung bildeten. Diese Rechtsquellen schlossen Fremde von der Ausübung bestimmter Ämter oder dem Erwerb von Immobilien aus. Dies wurde jedoch nur selten mit dem Ausdruck „Indigenat“ bezeichnet, oder in Zusammenhang mit anderen Regelungen dieser Art gebracht. Das war eine Entwicklung des 18. Jahrhunderts, die im 17. Jahrhundert einsetzte.²⁴⁷

Ob das Indigenat als eigenständiges Rechtsinstitut angesehen werden kann, wurde bislang kontrovers beurteilt. Grawert sah das Indigenat als eine Binnendifferenzierung innerhalb der allgemeinen Gruppe der Untertanen.²⁴⁸ Andere behandelten das Indigenat als eigenständiges Rechtsinstitut.²⁴⁹

Zunächst wird das Rechtsinstitut des Indigenats, wie es gegen Ende des 18. Jahrhunderts gedacht wurde, präsentiert (I.), sodann dargestellt, wie die

246 Vgl. Moser, Grund-Sätze des jetzt üblichen Europäischen Völker-Rechts in Friedens-Zeiten, S. 388.

247 Dazu unten unter Kapitel 1 B II.

248 Grawert, Staat und Staatsangehörigkeit, S. 42.

249 So z. B. *Karbach*, Die Rechtsfigur des Indigenats in der Geschichte Preußens und Württembergs von der Zeit des Heiligen Römischen Reichs bis zur Gründung des deutschen Nationalstaats von 1871.

Rechtswissenschaft das Indigenat im 18. Jahrhundert „entdeckte“, indem sie im Wege des Vergleichs verschiedener deutscher Rechtsquellen das Indigenat als Rechtsinstitut abstrahierte (II.) und zuletzt wird die Verwendung als Differenzierungskriterium, sowohl in einer – aus der Perspektive des 18. Jahrhunderts – zuschreibenden als auch in einer direkt an das Rechtsinstitut anknüpfenden Weise, gezeigt (III.).

I. Begriff

Schon begrifflich war in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts die Struktur des Indigenats umstritten, was eng damit zusammenhängt, dass es sich um eine neuere Entwicklung der Wissenschaft handelte, die als Begriff meist nur in die Rechtsquellen hineingelesen werden konnte. Neben Fragen der Terminologie und rechtlichen Struktur wurden dem Indigenat dabei auch verschiedene Differenzierungswirkungen zugesprochen. Einige übergreifende Beobachtungen über den Begriff des Indigenats gegen Ende des 18. Jahrhunderts ergeben sich dennoch.

Oftmals wurde das Indigenat als Inbegriff der Rechte angesehen, die einem Eingeborenen im Gegensatz zu Fremden zustanden. Selchow definierte das Indigenat so als „Inbegriff aller Vortheile, welche einem eingebornen Unterthanen zustehen.“²⁵⁰ Auf Bayern bezogen formulierte der Landshuter Professor Johann Feßmaier: „Das baierische Indigenat ist der Inbegriff der besondern Rechte, welche den baierischen Landes-Eingebornen vor Auswärtigen zustehen.“²⁵¹ Eine allgemeine Definition, die sowohl auf Rechte als auch auf Pflichten in Bezug zum Staat hinwies, gab Fischer: „Alle Rechte und Verbindlichkeiten, die aus der einheimischen Geburt in Rücksicht auf den Staat entspringen, machen das Indigenatrecht aus.“²⁵²

Daneben wurde das Indigenat auch als die Eigenschaft, Eingeborener zu sein, verstanden. Dies führte – vor allem gegen Ende des 18. Jahrhunderts – zu Definitionen, die beide Aspekte aufnahmen. Im Lexikon von Krünitz war das Indigenat sowohl die Eigenschaft, in einem Land geboren

250 Selchow, Anfangsgründe des Braunschweig Lüneburgischen Privatrechts, S. 50; so auch: Schröter, In wiefern die Eingebornen begünstigt werden, in: Schröter, Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privatrechts, Erster Band, S. 235 (S. 235 f.); Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 101.

251 Feßmaier, Grundriß des baierischen Staatsrechtes, S. 128.

252 Fischer, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 364 f.

zu sein, als auch das Recht, das aus dieser Eigenschaft floß.²⁵³ Eine typische und aufgrund des Erfolgs seines Lehrbuchs bis ins 19. Jahrhundert bedeutende Definition war die von Runde: „Der Inbegriff aller Gerechtsame, welche Einheimischen vor Fremden zukommen, heißt das Indigenat. Im strengeren Verstande wird aber das Indigenat auch für Eingeborenheit gebraucht“.²⁵⁴

Die Entwicklung des Indigenats in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts erfolgte durch den Vergleich einer Vielzahl von Rechtsquellen, um allgemeine Prinzipien des einheimischen Rechts festzustellen.²⁵⁵ Dies zeigte auch begriffliche Folgen. Das Indigenat wurde dabei vor allem auf Rechtsquellen gestützt, die ein Vorrecht von Einheimischen auf öffentliche Ämter normierten. Trotz der inhaltlichen Ähnlichkeit vieler Rechtsquellen fand sich der Begriff des Indigenats nur in wenigen von ihnen. Die Kompilatoren erklärten dies über die Nennung von Synonymen wie „Eingeborene“, „Einheimische“, „Eingesessene“ und „Landeskinder“.²⁵⁶ Umgekehrt wurden vor allem die Beschränkungen in der Ämtervergabe in der Folge unabhängig von der tatsächlichen Bezeichnung in den Rechtsquellen als Indigenat bezeichnet. Diese Verwendung von „Indigenat“ als analytischer Begriff²⁵⁷ hält in der Geschichtswissenschaft bis heute an und birgt die dafür typischen methodischen Probleme.²⁵⁸

253 Krünitz, Art. Indigenat, in: Krünitz, Oeconomische Encyclopädie, 29. Theil, S. 677.

254 Runde, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 206. Später ohne Kennzeichnung wortwörtlich übernommen von: Liekefett, Praktischer Commentar über die Pandekten, Zweyter Theil, S. 343.

255 Dazu unten unter Kapitel I B II 2.

256 Schröter, In wiefern die Eingebornen begünstigt werden, in: Schröter, Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen und Peinlichen Rechts, Erster Band, S. 235.

257 Zum analytischen Begriff: Wanninger, Die Bedeutung der Sprache, Clio @ Themis 26 (2024), 13 (S. 24 ff.).

258 Es besteht vor allem das Problem der unzulässigen Annahme einer Kontinuität durch die Vertauschung des analytischen Begriffs mit Quellenbegriffen, da Wandlungen des Begriffsinhalts nicht näher untersucht werden: Ebd., 13 (26). Eine fragwürdige Kontinuität des Indigenats von der frühen Neuzeit bis zu Art. 3 der Reichsverfassung von 1871 wird dabei angedeutet von: Becker, Der Kampf um ein gemeinsames Indigenat in Deutschland; Burgdorf, Protokstitutionalismus, S. 197 f.; Karbach, Die Rechtsfigur des Indigenats in der Geschichte Preußens und Württembergs von der Zeit des Heiligen Römischen Reichs bis zur Gründung des deutschen Nationalstaats von 1871. Unabhängig von zweifelhaften Kontinuitäten handelt es sich um einen gängigen analytischen Begriff für solche Regelungen, die Vorrechte der Einheimischen bei der Ämtervergabe beinhalten: Z. B. Oestreich, Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde, in: Oestreich, Strukturprobleme

Auch sonst gab es Begriffsunklarheiten, insbesondere im Hinblick auf den Begriff des Incolats. Die Abgrenzung zwischen beiden Begriffen wurde nicht einheitlich vorgenommen. Es finden sich viele Beispiele für einen synonymen Gebrauch.²⁵⁹ Zuweilen wurde jedoch eine strenge Unterscheidung angemahnt. Meistens wurde das Incolat im Gegensatz zum Indigenat als durch Naturalisation erworbene Position verstanden.²⁶⁰ Zum Teil scheint das Incolat als weniger als das Indigenat gesehen worden zu sein.²⁶¹ Vereinzelt wurde das Indigenat als die erworbene Rechtsposition gesehen.²⁶²

Ein Beispiel für die begriffliche Diskussion um Indigenat und Incolat ist diejenige, die sich um den Artikel „Incolat“ im Lexikon von Krünitz entfaltete. Der Autor erklärte unter dem Stichpunkt „Indigenat“ zum einen das Indigenat und grenzte es zum anderen vom Incolat ab.²⁶³ Unter dem Stichwort „Incolat“ fand die eigentliche Diskussion um das Indigenat statt. In diesem Artikel trennte der Autor die beiden Begriffe nicht mehr und erklärte sie für regionale sprachliche Besonderheiten.²⁶⁴ Die fehlende Trennung der Begriffe fand die Kritik durch den anonymen Rezensenten der Allgemeinen Deutschen Bibliothek, der zu dem Artikel „Incolat“ ausführte: „Noch weniger ist das Indigenat wie zuweilen vorausgesetzt zu werden scheint, mit dem Incolat einerley, da das erste in den Rechten und Vorzügen, der Eingebornen in Beziehung auf die Fremden, welche sich im Lande befinden, bestehet; das Incolat aber, das von einem Fremden erworbene Recht, den Bürgern des Staats, wo selbst er wohnte, in allen oder gewissen Befugnissen gleich geschätzt zu werden begreift.“²⁶⁵ Diese Diskrepanz zwischen den einzelnen Artikeln im Krünitz lässt sich dadurch erklären, dass der Autor weite Teile des Artikels zum Incolat aus Quellen übernommen

der frühen Neuzeit, S. 229 (231); *Willoweit*, Die Entwicklung und Verwaltung der spätmittelalterlichen Landesherrschaft, in: *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Band 1, S. 66 (S. 89 f.); *Hattenhauer*, Geschichte des deutschen Beamtentums, S. 79.

259 Z. B.: *Benekendorf*, *Oeconomia Forensis*, Zweyter Band, S. 210.

260 *Krünitz*, Art. Indigenat, in: *Krünitz*, *Oeconomische Encyclopädie*, 29. Theil, S. 677.

261 *Feißmaier*, Grundriß des bayerischen Staatsrechtes, S. 129 f.

262 Jedoch schon 1760, so dass sich noch kaum die wissenschaftliche Kategorie herausgebildet hatte: *Hellfeld*, *Repertorium reale practicum iuris privati imperii Romano-Germanici*, Band 3, S. 1917. Als Indigenat im engeren Sinne bezeichnet: *Danz*, *Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts*, Band 3, S. 102.

263 *Krünitz*, Art. Indigenat, in: *Krünitz*, *Oeconomische Encyclopädie*, 29. Theil, S. 677.

264 *Krünitz*, Art. Incolat, in: *Krünitz*, *Oeconomische Encyclopädie*, 29. Theil, S. 499.

265 Rezension zu: *Oekonomisch-technologische Encyclopädie* von *Krünitz*, 28. Theil bis 41. Theil, in: *Anhang zu dem drey und funfzigsten bis sechs und achtzigsten Bande der allgemeinen deutschen Bibliothek*, Dritte Abtheilung, 1351 – 1380 (1357).

hat, die eine entsprechende Abgrenzung nicht vornahmen oder sich nicht mit terminologischen Abgrenzungsfragen aufhielten.²⁶⁶

Das Indigenat knüpfte an hierarchisch verschiedene Bezugspunkte an: Neben dem Reichsindigenat gab es in der Rechtsliteratur ein Territorialindigenat sowie ein Gemeindeindigenat.²⁶⁷ Diese verschiedenen Indigenate liefen in den Darstellungen des 18. Jahrhunderts weitgehend parallel. Zuweilen wurde ein Unterschied zwischen der Struktur des Reichs- und Territorial- sowie Gemeinheitsindigenat angenommen, indem beim Reichsindigenat im Gegensatz zu den anderen beiden Formen des Indigenats keine Verleihung des Indigenats oder Naturalisation durch den jeweiligen Herrscher oder die Stände vorgesehen war.²⁶⁸

Obwohl einige Autoren die Eingeboreneneigenschaft als bloße Folge des Geburtsortes sahen,²⁶⁹ ging die deutliche Tendenz in der Literatur zu einem Erwerb kraft Abstammung, die sich nach rechtlichen Kategorien und nicht nach dem alltäglichen Wortsinn bestimmte. In der Regel wurde davon ausgegangen, dass es sich beim Indigenat um einen rechtlichen und damit auch rechtlich gestaltbaren Status handelte. Dass es sich beim Indigenat um eine rechtliche Eigenschaft handelte, formulierte vor allem Moser, der eine detaillierte Abhandlung über das Reichsindigenat schrieb.²⁷⁰ Zu der Frage, wer ein Deutscher sei, stellte er klar: „Uebrigens braucht es hier kaum, zum voraus erinnern, daß die Rede nicht von dem seye, wer im gemeinen Leben ein Teutscher oder Ausländer genannt zu werden pflege? (da z. E. ein Mömpelgarter, ein Franzos- und ein Schweizer ein Teutscher heißt, da doch nach der Staatssprache jener ein Teutscher, und dieser ein

266 Einzelne Ausführungen im Krünitz stammen aus: *Benekendorf*, *Oeconomia Forensis*, Zweyter Band, S. 211 ff.; *Ludewig*, Besondere Anmerckung: vom Recht gegen die Fremde, der Römer; der Frantzosen, in albinagio; der Teutschen in dem Wildfang, Gelehrte Anzeigen, in alle Wissenschaften, so wol geistlicher als weltlicher, alter und neuer Sachen 2 (1742), 135; *Schirach*, Ueber das Königliche Dänische Indigenatrecht und einige andre Gegenstände der Staatswissenschaft und Geschichte, S. 67 ff.

267 *Fischer*, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 367; *Runde*, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, 207; *Rößig*, Erste Grundsätze des deutschen Privatrechts, S. 76; *Selchow*, Elementa iuris Germanici privati hodierni, S. 274. Mit dem Vorschlag der Ergänzung eines Kreisindigenats: *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 103.

268 *Moser*, Von der Ausländer Fähig- und Unfähigkeit zu Teutschen Geistlichen Würden, S. 14 f.; *Runde*, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 207.

269 *Schmalz*, Handbuch des teutschen Land- und Lehnrechts, S. 119; *Höpfner*, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, S. 109.

270 Zu dieser Schrift unten unter Kapitel I B II 2.

Ausländer ist;) sondern wer, in rechtlichem Verstand und in Rücksicht auf den deutschen Staatskörper, ein Teutscher oder Ausländer seye?“²⁷¹

Als rechtliche Eigenschaft gab es ein gewisses Regelungsbewusstsein, indem Erwerbs- und Verlustgründe normiert werden konnten und Naturalisationen denkbar waren. Die Naturalisation oblag der Literatur nach vor allem dem Herrscher.²⁷² Die Naturalisation durch Erteilung des Indigenats galt als Pendant der Naturalisationspraxis in Frankreich.²⁷³ Zuweilen beanspruchten aber auch die Landstände die Befugnis für sich, das Indigenat zu erteilen.²⁷⁴ Die Naturalisation galt jedoch nicht als einzige Möglichkeit, den Status des Fremden an den des Einheimischen anzugleichen. In seinem „Repertorium des Teutschen Staats und Lehnrechts“ deutete Scheidemantel das Indigenat als Inbegriff von Vorteilen, was für die Stellung des Fremden neben der Naturalisation noch ganz andere Möglichkeiten zur Angleichung bieten würde: „Ein Mitglied unserer Gemeinde und bürgerlichen Gesellschaft hat als solches verschiedene Beschwerlichkeiten, aber auch gewisse Vorteile, deren Inbegrif das Indigenat genennt werden. Der Ausländer kann diese Vorteile nicht anders genießen, als wenn er diese Befugnis insbesondere erwirbt, z. B. durch Naturalisation, oder Dispensation, oder durch Bündnis seines Souverains mit dem unsrigen, z. B. zwischen Frankreich und Sachsen wegen des Albiginalrechts.“²⁷⁵ Neben der individuellen Sta-

271 Moser, Von der Ausländer Fähig- und Unfähigkeit zu Teutschen Geistlichen Würden, S. 7.

272 Selchow, Anfangsgründe des Braunschweig Lüneburgischen Privatrechts, S. 50; Estor, Der Teutschen Rechtsgelahrtheit dritter Teil, S. 145; Moser, Von der Ausländer Fähig- und Unfähigkeit zu Teutschen Geistlichen Würden, S. 14; Schröter, In wiefern die Eingebornen begünstigt werden, in: Schröter, Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen und Peinlichen Rechts, Erster Band, S. 235 (236); Runde, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 207; Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 105.

273 So am Beispiel der Naturalisation Moritz von Sachsens in Frankreich: Estor, Der Teutschen Rechtsgelahrtheit dritter Teil, S. 145.

274 M. w. N. zu Ostfriesland: Engelberg, Ständerechte im Verfassungsstaat, S. 163 ff.; König, Verwaltungsgeschichte Ostfrieslands, S. 332. Zum Anspruch des mecklenburgischen Adels, die „Reception“ durchzuführen: Flotow, Ueber die Rechte des eingetohrnen und recipirten Adels in Mecklenburg und deren Verhältniß zur Landeshoheit, S. 73 ff.

275 Scheidemantel, Repertorium des Teutschen Staats und Lehnrechts, Zweiter Teil, S. 513.

tusangleichung steht bei Scheidemantel damit auch die einseitige Privilegierung oder der bilaterale Vertrag.²⁷⁶

Als personengebundene, durch Abstammung oder Naturalisation erworbene Kategorie ging das Indigenat durch ein bloßes Verlassen der betreffenden Gegend nicht verloren, sondern war ortsungebunden und konnte auch auswärts geborene Kinder des Indigenatsinhabers umfassen.²⁷⁷

Das Indigenat war eng mit der vorherrschenden Stellung des Adels verbunden. Dies kommt kaum in den wissenschaftlichen Bearbeitungen zum Vorschein, die das Indigenat meist als ständisch neutrales Rechtsinstitut darstellten.²⁷⁸ Die Rechtsquellen der Frühen Neuzeit, aus denen das Rechtsinstitut des Indigenats abstrahiert wurde, waren jedoch stark zugunsten des Adels ausgerichtet, indem die Erwerbs- und Verlustgründe des Indigenats den Adel privilegierten oder das Indigenat ausschließlich dem Adel vorbehielten.²⁷⁹ Auch dann, wenn solche Regelungen eine ständische Differenzierung nicht ausdrücklich erwähnten, handelte es sich bei diesen Rechtsquellen um Instrumente, die Lebensbereiche des Adels oder dessen Einfluss regelten: Es ging um die Besetzung von Ämtern und den Erwerb von Immobilien, vor allem von Landgütern.²⁸⁰ Dies waren Bereiche, die oftmals ausschließlich dem Adel vorbehalten waren.²⁸¹ Neben dem persönlichen Bereich der Inhaberschaft eines Amtes oder eines Landgutes war auch ein breiterer politischer Bereich tangiert, indem durch diese Regelungen die lokale Machtverteilung der kollektiven ständischen Kontrolle des Adels unterlag. Zuletzt wurde das Indigenat oft in die Ahnenprobe

276 Zum *droit d'aubaine* (*ius albinagii*) und den Verträgen zu seiner wechselseitigen Aufhebung, sowie zu den Verträgen zur Regelung des Abzugsgeldes, siehe unten unter Kapitel 3 A II.

277 Schröter, In wiefern die Eingebornen begünstigt werden, in: Schröter, Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen und Peinlichen Rechts, Erster Band, S. 235 (S. 256 f.).

278 Eine Ausnahme davon war das zwischen hohem und niederen Adel abgestufte System Mosers: Moser, Von der Ausländer Fähig- und Unfähigkeit zu Teutschen Geistlichen Würden, S. 16. In den quellennahen Darstellungen der Mitte des 18. Jahrhunderts finden sich auch noch Hinweise auf eine ständische Gliederung: Vgl. Selchow, Anfangsgründe des Braunschweig Lüneburgischen Privatrechts, S. 51.

279 M. w. N. zur Rechtslage, vor allem in Schlesien: Krug, Geschichte der staatswirthschaftlichen Gesetzgebung im preußischen Staate, S. 3 ff.

280 Siehe unten unter Kapitel 1 B III 2.

281 Zum adeligen Vorrecht bei der Ämtervergabe: Riccius, Zuverlässlicher Entwurf von dem Landsäßigen Adel in Teutschland, S. 362 ff. Zur allmählichen Abschaffung des adeligen Vorrechts auf Rittergütern: Flügel, Bürgerliche Rittergüter.

integriert, die dem Nachweis der adeligen Geburt diente, so dass neben der adeligen auch die einheimische Geburt geprüft wurde.²⁸²

Den Inhabern des Indigenats waren die Fremden entgegengestellt. Dennoch konnten nicht alle Differenzierungen zwischen Einheimischen und Fremden durch das Indigenat erklärt werden. In den Lehrbüchern findet sich oft eine Zweiteilung: Zunächst behandelten sie unter dem Stichwort des Indigenats die Vorrechte des Eingeborenen, bevor es um die Rechtsstellung des Fremden ging.²⁸³ Die Vorrechte der Indigenatsinhaber wurden heterogen verortet: Selchow nannte so den Vorrang in der Ämtervergabe, ein Vorrecht zu eingezogenen Lehen und Vorrang in der Armenversorgung;²⁸⁴ Runde neben dem Vorrecht im Immobilienerwerb, den Vorrang in der Ämtervergabe und den Vorrang im Konkursrecht;²⁸⁵ Karl Gottlob Rößig neben der Ämtervergabe das Vorkaufsrecht für Grundstücke und Vorrang im Konkursverfahren.²⁸⁶ Zum Kernbestand der zugeschriebenen Differenzierungen können damit die Ämtervergabe und die Beschränkung im Immobilienerwerb gezählt werden. Nicht zum Indigenat, sondern nur zum Sonderrecht des Fremden gerechnet wurde das Wildfangrecht,²⁸⁷ die spezielle Gerichtsbarkeit der Gastgerichte, das *droit d'aubaine*, also die Beschränkung in der Testierfähigkeit, und weitere Beschränkungen, die nur retorsionsweise²⁸⁸ galten, sowie das Abzugsgeld.²⁸⁹

282 Dazu unten unter Kapitel I B II 2.

283 Schröter verfasste zwei separate Aufsätze zu dem Thema: *Schröter*, In wiefern die Eingebornen begünstigt werden, in: *Schröter*, Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen und Peinlichen Rechts, Erster Band, S. 235; *Schröter*, Die Fremden rechtlich betrachtet, in: *Schröter*, Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen und Peinlichen Rechts, Erster Band, S. 258. Vgl. *Runde*, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 208 ff.; *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 109 ff.

284 *Selchow*, Anfangsgründe des Braunschweig Lüneburgischen Privatrechts, S. 50.

285 *Runde*, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 208. Wiederholung der Auflistung von Runde durch *Danz*: *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 110 ff.

286 *Rößig*, Erste Grundsätze des deutschen Privatrechts, S. 77.

287 Dazu oben unter Kapitel I A III.

288 Bei der Retorsion wurde eine Ungleichbehandlung gespiegelt, indem ein Fremder in dem Maße ungleich behandelt wurden, wie eigene Untertanen in dem Heimatland des Fremden. Zum Retorsionsrecht siehe unten unter Kapitel 3 B.

289 *Runde*, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 209 ff.; *Rößig*, Erste Grundsätze des deutschen Privatrechts, S. 79 ff.; *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 112 ff. *Schröter* ordnet hier vor allem die Beschränkung des Immobilienerwerbs ein: *Schröter*, Die Fremden rechtlich betrachtet,

II. Die Bearbeitung des Indigenats in der Wissenschaft des einheimischen Rechts

Anders als die Darstellungen des römischen Rechts²⁹⁰ enthielten in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts die umfassenderen Darstellungen des einheimischen Rechts und des positiven Staatsrechts noch keine Ausführungen zur Unterscheidung zwischen Eingeborenen und Fremden (1.). Erst durch eine Hinwendung in der Rechtsquellenlehre des deutschen Rechts zum aktuellen Partikularrecht wurden die Vorschriften des einheimischen Rechts systematisch erfasst und unter dem Begriff „Indigenat“ abstrahiert (2.). Gegenläufig zur Abstrahierung kam es zu einer Neubewertung partikularrechtlicher Differenzierungen, die nun mit den Eigenschaften der abstrakten Kategorie des Indigenats angereichert wurden (3.).

1. Die Bearbeitung in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts

Die rechtliche Beschäftigung mit dem Fremden, seiner rechtlichen Stellung, seinen rechtlichen Fähigkeiten und seinem Zugang zu Recht und Rechtsprechung hatte eine gewisse Tradition. So verwies das später rezipierte römische Recht den Fremden als denjenigen ohne das Bürgerrecht der Stadt Rom auf das Völkergemeinrecht und an den Fremdenprätor. Auch die im Indigenat anklingende besondere Rechtstellung desjenigen, der nicht nur angesessen, sondern sogar eingeboren war, war bekannt. So formulierten die italienischen Juristen Bartolus und Baldus für die mittelalterlichen italienischen Städte die Vorrechte des alteingesessenen Bürgers (*civis originarius*).²⁹¹ Eine ähnliche Abgrenzung findet sich auch im Naturrecht in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts.²⁹² Schließlich finden sich auch im Deutschland des 17. und beginnenden 18. Jahrhunderts juristische Arbeiten, die sich zuweilen mit dem Begriff des Indigenats und mit Vorrechten der Einheimischen und Eingeborenen beschäftigten.²⁹³ Diese Arbeiten

in: Schröter, Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen und Peinlichen Rechts, Erster Band, S. 258.

290 Dazu unten unter Kapitel I E.

291 Dazu m. w. N.: Canning, The Political Thought of Baldus de Ubaldis, S. 169 ff.; Boosfeld, Die Lehre von der Statutenkollision, S. 82 f., 118 f.

292 Dazu unten unter Kapitel I D I.

293 Hahn/Lembke, De jure indigenatus; Lau/Treug, De jure indigenatus; Strecker/Schneyer, De indigenis Germaniae eorumque iuribus, vulgo Von Landes-Kindern; Engau/Hoffmann, De iuribus indigenarum Germaniae.

bewegten sich in dem tradierten Fahrwasser, differenzierten oft im städtischen Kontext zwischen alteingesessenen und aufgenommenen Bürgern oder beschäftigten sich nur mit den höchsten Reichsämtern, arbeiteten der Methodik der Zeit gemäß eher abstrakt und beruhten daher kaum auf den partikularen Rechtsquellen der Frühen Neuzeit. Das Indigenat war noch nicht der Gegensatz zum Recht der Fremden und auch noch nicht feststehender Begriff. Diese Arbeiten fanden schließlich keinen Eingang in die umfassenderen Darstellungen des geltenden einheimischen Rechts. Die wichtigen Autoren des einheimischen Rechts, wie Beyer,²⁹⁴ Heineccius²⁹⁵ und Engau²⁹⁶ gingen in ihren Lehrbüchern nicht auf die Kategorie des Indigenats ein.

Dass das Indigenat bis Mitte des 18. Jahrhunderts mit den ihm später zugesprochenen Differenzierungen kaum als Rechtsinstitut in den Lehrbüchern des positiven Staatsrechts und des deutschen bürgerlichen Rechts auftauchte, hing auch mit den Rechtsquellen zusammen, aus denen sich das Indigenat später ergab. Diese Rechtsquellen, die das Verhältnis zwischen Ständen und Fürsten behandelten, galten als Arkana der fürstlichen Politik, die in der Öffentlichkeit nichts zu suchen hatten. Nur durch vereinzelte Sammlungen und durch Streitigkeiten zwischen Ständen und Fürsten vor den Reichsgerichten gelangten solche Rechtsquellen an die Öffentlichkeit.²⁹⁷ Die germanistische Rechtswissenschaft konzentrierte sich Anfang des 18. Jahrhunderts zudem mehr auf mittelalterliche und weniger auf die zeitgenössischen Rechtsquellen.²⁹⁸

Dies bedeutet nicht, dass das Wort „Indigenat“ noch keine Verwendung in Rechtsquellen fand. Die wahrscheinlich ersten deutschen und deutschsprachigen Rechtsquellen, die das Indigenat erwähnten, sind die Wahlkapitulationen von Kaiser Leopold I. von 1658 und Kaiser Joseph I. von 1690.²⁹⁹

294 Vgl. Beyer, *Delineatio juris Germanici*.

295 Vgl. Heineccius, *Elementa iuris Germanici tum veteris, tum hodierni*, Band 1, S. 14 ff., 98 ff.

296 Vgl. Engau, *Elementa iuris Germanici civilis*, S. 201 f.

297 Stollberg-Rilinger, *Vormünder des Volkes?*, S. 38 ff.

298 Klippel, *Das Deutsche Privatrecht in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts*, in: Haferkamp/Repgen, *Usus modernus pandectarum*, S. 63 (69); Schäfer, *Juristische Germanistik*, S. 102 ff. Zu diesem Aspekt in den Werken von Thomasius, Beyer und Heineccius: Luig, *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*, *Ius Commune* 1 (1967), 195 (204, 211, 220).

299 Art. 9, Wahlkapitulation Leopold I. vom 18. Juli 1658, in: Burgdorf, *Die Wahlkapitulationen der römisch-deutschen Könige und Kaiser 1519–1792*, S. 186 – 230 (197); Art. 9, Wahlkapitulation Joseph I. vom 24. Januar 1690, in: Ebd., S. 231 – 275 (242).

Bezeichnenderweise ging es in den Wahlkapitulationen an den Stellen, an denen das Wort „Indigenat“ verwendet wurde, nicht um die Beschränkung der Ämtervergabe, die erst später so bezeichnet wurden, sondern um das Verbot der Untertanen des Reiches, im Ausland gegen das Reich Unterstützung zu suchen.³⁰⁰ Sowohl in Hübners Staatslexikon in der Auflage von 1711 als auch im 14. Band des Lexikons von Zedler von 1739 finden sich schon (fast wortgleiche) Erklärungen der Begriffe „Indigenat“ und „Incolat“, wobei das Indigenat das Erwerben der Rechtsposition eines Eingeborenen durch einen Ausländer beschreiben sollte.³⁰¹ Der Begriff „Incolat“ sollte hingegen speziell die böhmische Rechtslage betreffen.³⁰² Dies zeigt, dass es sich noch nicht um ein etabliertes, abstrahiertes Rechtsinstitut handelte. Vielmehr finden sich Bezüge speziell zur polnischen,³⁰³ böhmischen, schlesischen³⁰⁴ oder pommerschen³⁰⁵ Rechtslage. Noch nicht einmal die Bezeichnung war endgültig etabliert: Neben „Indigenat“ findet sich die Bezeichnung „*originarios*“. Zum einen knüpft diese an die eingangs erwähnte mittelalterliche Tradition an, zum anderen ist dies wohl auch ein Versuch, eine lateinische Übersetzung der „Eingeborenheit“ der partikularen Rechtsquellen zu finden.³⁰⁶ Dies zeigt das Register der Rechtsquellensammlung Lünigs zum

300 Zu der Rolle der Schutznahmeverbote siehe oben unter Kapitel I A IV 1 b).

301 Hübner, Reales Staats- Zeitungs- und Conversations-Lexicon, Sp. 699 ff.; Grosses vollständiges Universal-Lexicon Aller Wissenschaften und Künste, Band 14, S. 623, 652 f.

302 Hübner, Reales Staats- Zeitungs- und Conversations-Lexicon, Sp. 699; Grosses vollständiges Universal-Lexicon Aller Wissenschaften und Künste, Band 14, S. 623. Vgl. auch Glafey, Pragmatische Geschichte der Cron Böhmen, S. 685 ff. So wohl auch: Pütter, Historisch-politisches Handbuch von den besonderen Teutschen Staaten, Erster Theil, S. 166.

303 F., Das Glorwürdigste Leben und Thaten Friedrich Augusti des Großen, S. 178 f.; Lengnich, Geschichte der Preußischen Lande, Königlich-Polnischen Antheils unter der Regierung Johannis Casimiri, S. 196 f. Laut Zedler war Incolat der maßgebliche Begriff in Böhmen, Indigenat in Polen: Grosses vollständiges Universal-Lexicon Aller Wissenschaften und Künste, Band 14, S. 623.

304 Erneuerte und extendirte Pragmatica vom 14. August 1710, daß die Ausländer, welche in Schlesien Güter besitzen, das Incolat erlangen sollen, in: Lünig, Des Teutschen Reichs-Archivs Partis Specialis Continuatio I. [Band 6], S. 465 – 466 (465).

305 Riccius, Zuverlässlicher Entwurff von dem Landsäßigen Adel in Teutschland, S. 315.

306 Verwendung des Begriffes noch ohne Bezug zu partikulare Rechtsquellen: Naurath, Tractatus duo singulares, S. 521. Mit Bezug zu Mecklenburg: Klüver, Beschreibung des Hertzogthums Mecklenburg und dazu gehöriger Länder und Oerter. Erster Theil, S. 145; Struve, Discurs vom Ursprung, Unterscheid und Gerechtsahmen der Land-Stände in Teutschland, Insonderheit im Hertzogthum Mecklenburg, S. 92. Von „*originarii cives*“ sprach: Eisenhart, Institutiones iuris Germanici privati, S. 10.

landsässigen Adel von 1730, in dem der Begriff „Landeskinder“ deutlich häufiger als „Indigenat“ vorkam.³⁰⁷ Auch in Thomas Haymens „Teutsches Juristisches Lexicon“ von 1738 gab es keinen Artikel zum Indigenat. Es nennt lediglich als Synonym zu „Eingesessener“ die Begriffe „*Indigena*“ und „*Civis originarius*“.³⁰⁸

Bei Moser findet sich, wohl seinem Bemühen um eine Darstellung ohne größere Abstraktionen geschuldet,³⁰⁹ in seinem „Teutschen Staatsrecht“, seinem Hauptwerk in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts, keine generell-abstrakte Aussage zur Stellung von Fremden oder dem Indigenat, sondern nur ein knapper Hinweis auf die Bedeutung der Herkunft für die Kaiserwahl.³¹⁰

Zur Mitte des 18. Jahrhunderts waren die Begriffe „Indigenat“ und „Incolat“ also nicht unbekannt, bezeichneten zumeist aber spezielle Rechtslagen in einzelnen Territorien. Es lag hingegen noch kein aus partikularen Rechtsquellen abstrahiertes und damit auf andere Territorien übertragbares oder in der Gesetzgebung nutzbares Rechtsinstitut als differenzierende Statuskategorie vor. Das Indigenat war auch noch nicht als Gegensatz zum Recht des Fremden etabliert.

2. Die Bearbeitung ab Mitte des 18. Jahrhunderts

Ab Mitte des 18. Jahrhunderts änderte sich die Behandlung des Indigenats in den Lehrbüchern des deutschen bürgerlichen Rechts. Dies lag vor allem an einem Methodenwechsel. Während in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts insbesondere auf mittelalterliche Rechtsquellen abgestellt wurde, begannen Wissenschaftler wie Johann Stephan Pütter³¹¹ und Johann Georg

307 Vgl. unpaginiertes Register in: *Lünig*, Collectatio Nova, Worinn der Mittelbahnen, oder Landsässigen Ritterschafft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...], Band 2.

308 *Haymen*, Allgemeines Teutsches Juristisches Lexicon, S. 122.

309 *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 2, S. 261.

310 *Moser*, Teutsches Staats-Recht, Zweyter Theil, S. 326 f.

311 Zu Pütter: *Ebel*, Der Göttinger Professor Johann Stephan Pütter aus Iserlohn; *Link*, Johann Stephan Pütter, in: *Stolleis*, Staatsdenker in der frühen Neuzeit, S. 310; *Kleinheyer*, Art. Johann Stephan Pütter (1725–1807), in: *Kleinheyer/Schröder*, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, S. 358; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 1, S. 312 ff.

Estor nun, den Fokus auf neuere Rechtsquellen zu legen.³¹² In erster Linie legten sie also nun das Partikularrecht des 18. Jahrhunderts zugrunde, sekundär griffen sie auf mittelalterliche Rechtsquellen zurück.

In seinem Lehrbuch „*Elementa iuris germanici privati hodierni*“ von 1748 formulierte Pütter zwar seine neue Rechtsquellenlehre, die insbesondere zeitgenössisches Partikularrecht hervorhob, das Indigenat behandelte er jedoch nicht.³¹³ Dies lag wahrscheinlich auch an dem eher skizzenhaften Charakter seiner Ausführungen.³¹⁴

Der Göttinger Professor Riccius zählte in seinem Kommentar „*Spicilegium Iuris Germanici*“³¹⁵ von 1750 in den Ausführungen zu den Fremden einige der in Wahlkapitulationen vorkommenden Beschränkungen der Ämtervergabe an Einheimische auf, ohne jedoch den Begriff des Indigenates zu verwenden.³¹⁶ Damit wich er von seiner Vorlage, dem Lehrbuch von Engau, ab, das keinerlei detaillierte Ausführungen zur Stellung des Fremden und schon gar nicht auf Grundlage aktuellen Partikularrechts machte.³¹⁷

Der Helmstedter Professor Johann Friedrich Eisenhart³¹⁸ trennte in seinem drei Jahre später erschienenen Lehrbuch 1753 zwar zwischen Eingeborenen und Fremden, erwähnte jedoch nur kurz, dass „*originarii cives*“ gewisse Vorrechte hätten.³¹⁹

Der Marburger Professor Johann Andreas Hofmann veröffentlichte mehrere Schriften zum Indigenat, die bis ins 19. Jahrhundert hinein standardmäßig zu dem Thema zitiert wurden. Die erste Schrift ist seine Dissertation von 1747, die sich methodisch und thematisch eher auf traditionellen Wegen befand, indem sie neben einer allgemeinen Einleitung das Indigenat im Reich behandelte.³²⁰ 1758 veröffentlichte er eine erneute monografische Bearbeitung, die auf das Indigenat in den einzelnen Territorien wie Öster-

312 Zu diesem Methodenwandel: *Luig*, Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert, *Ius Commune* 3 (1970), 64 (82); *Klippel*, Das Deutsche Privatrecht in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, in: Haferkamp/Repgen, *Usus modernus pandectarum*, S. 63 (S. 69 f.); *Schäfer*, Juristische Germanistik, S. 110 ff.

313 Bei Pütter findet sich nur eine ständische Gliederung: *Pütter*, *Elementa iuris Germanici privati hodierni*, S. 36 ff.

314 Dazu: *Schäfer*, Juristische Germanistik, S. III.

315 Zu dem Werk: Ebd., S. 109.

316 *Riccius*, *Spicilegium iuris Germanici*, S. 643 ff.

317 Vgl. *Engau*, *Elementa iuris Germanici civilis*, S. 201 f.

318 Zu Eisenhart: *Döhring*, Art. Eisenhart, Johann Friedrich, in: Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, *Neue Deutsche Biographie*, Band 4, S. 414.

319 *Eisenhart*, *Institutiones iuris Germanici privati*, S. 10.

320 *Engau/Hoffmann*, *De iuribus indigenarum Germaniae*.

reich, Bayern, Sachsen, aber auch in den einzelnen Städten einging und dabei das Partikularrecht auswertete.³²¹

Pütters Nachfolger in Göttingen, Selchow, behandelte in der ersten Auflage seines Lehrbuchs zum einheimischen Recht mit dem Titel „*Institutiones iurisprudentiae Germanicae*“ von 1757 noch nicht das Indigenat und differenzierte auch nicht in anderer Weise zwischen Eingeborenen und Fremden.³²² Dies änderte sich 1760 mit seinem Lehrbuch zum braunschweig-lüneburgischen Privatrecht. Entsprechend des Anspruchs des Werkes, das Privatrecht des Kurfürstentums Braunschweig-Lüneburg darzustellen, begannen seine Ausführungen damit, dass für alle in diesem vereinigten Gebiete ein gemeinsames Indigenat existiere.³²³ Es folgte eine Definition des Indigenats als „Inbegriff aller Vortheile, welche einem eingeborenen Unterthanen zustehen.“³²⁴ Bezüglich der Vorteile durch das Indigenat differenzierte Selchow wiederum zwischen einem Gesamtindigenat des Kurfürstentums Braunschweig-Lüneburg, das im Recht zu öffentlichen Ämtern, zu eingezogenen Lehen und zur Nutzung von Anstalten der Armenversorgung bestehe, und einzelnen Provinzindigenaten.³²⁵ Das städtische Bürgerrecht behandelte er separat. In den deutlich erweiterten, weiteren Auflagen seines Lehrbuchs zum einheimischen Privatrecht, nun unter dem Titel „*Elementa Iuris Germanici Privati Hodierni*“,³²⁶ finden sich durchgehend Ausführungen zu der Trennung zwischen Eingeborenen und Fremden und zum Indigenat und den sich daraus ergebenden rechtlichen Folgen.³²⁷ Hier sprach Selchow die Dreistufigkeit des Indigenats in Reich, Territorium und einzelner Stadt an, behandelte die Stadtbürgerschaft jedoch wiederum separat.³²⁸

Ein weiteres Beispiel des Methodenwandels in der germanistischen Rechtswissenschaft bietet das Werk Estors.³²⁹ Ursache für die äußerst vielseitigen und heute für ein Hand- oder Lehrbuch abwegig anmutenden

321 Hoffmann, *Commentatio de indigenis eorumque praerogativis*.

322 Vgl. Selchow, *Institutiones iurisprudentiae Germanicae in usum auditorii*, S. 39 ff.

323 Selchow, *Anfangsgründe des Braunschweig Lüneburgischen Privatrechts*, S. 49.

324 Ebd., S. 50.

325 Ebd., S. 50 f.

326 Zu den verschiedenen Auflagen: Schäfer, *Juristische Germanistik*, S. 112.

327 Selchow, *Elementa iuris Germanici privati hodierni*, S. 246 ff.

328 Ebd., S. 247.

329 Zu Leben und Werk Estors: Buschmann, J. G. Estors System der „Bürgerlichen Rechtsgelehrsamkeit der Deutschen“, in: Köbler/Nehlsen, *Wirkungen europäischer Rechtskultur*, S. 77.

Ausführungen,³³⁰ war gerade die Berücksichtigung des gesamten einheimischen Rechts mit seinen Auswirkungen auf die bürgerliche Rechtstellung.³³¹ Bei Estor zeigt sich der Methodenwandel vor allem durch den Vergleich des ersten und dritten Bandes seines Handbuchs „Bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen“, die er mit einem zeitlichen Abstand von zehn Jahren (1757 und 1767) veröffentlichte.³³² Im ersten Band ging Estor auf den Unterschied zwischen Eingeborenen und Fremden ein.³³³ Dabei diene diese Differenzierung „zur anenprobe, bey der annehmung zu beisizern an den höchsten reichsgerichten, zu reichsämbtern, bedienungen, sowohl geistlichen, als auch weltlichen, reichsgeneralen etc.“³³⁴ Die Frage der Eingeborenheit siedelte Estor somit vor allem auf der Ebene des Reiches und seiner Ämter an. Eine entsprechende Differenzierung auf territorialer Ebene kannte Estor nicht. Dementsprechend definierte er die Eingeborenen als die Angehörigen der deutschen Völkerschaften und angenommener Gruppen (Wenden und hugenottische Glaubensflüchtlinge).³³⁵ Die Ausführungen von 1767 im dritten Band sind, obwohl dieser verbreitet nur als eine „verkürzte spätere Ausgabe der beiden ersten“ gilt,³³⁶ im Vergleich zum ersten Band etwa vervierfacht.³³⁷ Nun differenzierte Estor verschiedene, lokal sehr unterschiedliche Bedeutungen der Eingeborenheit: „Die eingeborne in Teutschlande kommen in betrachtung, entweder in absicht auf das

330 Ihnen wird daher oft in erster Linie ein hoher Unterhaltungswert zugesprochen: *Klippel*, Das Deutsche Privatrecht in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, in: Haferkamp/Repgen, *Usus modernus pandectarum*, S. 63 (68); vgl. *Schäfer*, Juristische Germanistik, S. 107.

331 *Estor*, Bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen [Band 1], S. 6 ff.; *Klippel*, Das Deutsche Privatrecht in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, in: Haferkamp/Repgen, *Usus modernus pandectarum*, S. 63 (S. 68 f.).

332 Zu den verschiedenen Bänden von Estors Schrift: *Buschmann*, J. G. Estors System der „Bürgerlichen Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen“, in: Köbler/Nehlsen, *Wirkungen europäischer Rechtskultur*, S. 77 (S. 85 ff.); *Schäfer*, Juristische Germanistik, S. 107.

333 *Estor*, Bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen [Band 1], S. 48 ff.

334 Ebd., S. 48.

335 Ebd., S. 48 f.

336 *Buschmann*, J. G. Estors System der „Bürgerlichen Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen“, in: Köbler/Nehlsen, *Wirkungen europäischer Rechtskultur*, S. 77 (96); vgl. auch *Schäfer*, Juristische Germanistik, S. 107. Tatsächlich handelt es sich beim dritten Band wohl mehr um eine partielle Aktualisierung. Dafür spricht, dass Estor nicht alle Paragraphen der ersten zwei Bände neu bearbeitete, sondern nur eine Auswahl im dritten Band bearbeitete, die sich auch an anderen Stellen inhaltlich von den ersten zwei Bänden unterschieden.

337 Vgl. *Estor*, Der Teutschen Rechtsgelahrtheit dritter Teil, S. 127 ff.

reich, welchem sie unterwürfig sind, oder in ansehung des landes, wozu sie gehören, oder nach dem orte, wo sie wonen, und sich befinden.“³³⁸ Im Gegensatz zum ersten Band folgte eine ganze Reihe an Beispielen,³³⁹ in denen am Ende schließlich das Indigenat beiläufig erwähnt wurde.³⁴⁰ Auch die Ausführung über Differenzierungen, die von der Eingeborenheit abhängen, vervierfachen sich im Vergleich zum ersten Band. Als wesentliche Zurückstellungen der Fremden im Gegensatz zu den Eingeborenen nannte Estor zum Beispiel das Wildfangrecht, das *ius albinagii* (*droit d'aubaine*),³⁴¹ den Arrest, das Abzugsgeld, den Nachschoss, die Nachsteuer, das Strandrecht, also das Recht von Küstenbewohnern auf Strandgut, und die Ausschließung von Ämtern.³⁴² Die Zuordnung, Eingeborener zu sein, erfolgte bei Estor nun auch nicht mehr über die Zuordnung zu verschiedenen Völkerschaften, sondern der Status des Eingeborenen konnte durch ausdrückliche oder stillschweigende Verleihung erlangt werden.³⁴³ Dieser Vergleich zwischen dem ersten und dritten Band seiner „Bürgerlichen Rechtsgelehrtheit der Teutschen“ zeigt nicht nur, dass sich Estor mit dem Thema des Indigenats beschäftigte. Die vielen Belege zeigen, dass die Beschäftigung mit dem Thema insgesamt zugenommen hatte.

Somit entwickelten diverse Autoren ab 1750 die Unterscheidung zwischen Einheimischen und Fremden durch Auswertung partikularer Rechtsquellen fort, zunehmend auch unter dem Stichwort „Indigenat“. Es ist anzunehmen, dass dies mehr im Verbund geschah als durch einen einzigen Autor, da sich alle Beteiligten gut kannten. Dieses Netzwerk lässt sich anhand Pütters Autobiographie von 1798 erahnen: Estor und Pütter standen in einem sehr engen Lehrer-Schüler-Verhältnis.³⁴⁴ Riccius und Pütter kannten sich aus Göttingen, wo beide zeitgleich als Professoren tätig waren

338 Estor, Der Teutschen Rechtsgelehrtheit dritter Teil, S. 128.

339 Ebd., S. 128 ff.

340 Der Satz: „Im königreiche Ungarn, Böhmen, Preussen, in Schlesien, Polen, Schleswig-Hollsteinischen wird ebenfalls auf den indigenat gesehen.“ lässt auf eine Geläufigkeit des Begriffes schließen, ebd., S. 130.

341 Zu dieser Beschränkung der Testierfreiheit von Fremden in Frankreich siehe unten unter Kapitel 2 A I und Kapitel 3 A II.

342 Estor, Der Teutschen Rechtsgelehrtheit dritter Teil, S. 132.

343 Ebd., S. 133.

344 Pütter und Estor lernten sich im Wintersemester 1741/1742 an der Universität Jena kennen und entwickelten ein enges Mentor-Schüler-Verhältnis, beide wechselten 1742 gemeinsam an die Universität Marburg, an die Estor einen Ruf erhielt: Pütter, Selbstbiographie, Erster Band, S. 42 ff.

und – nach Pütters Aussage – gut miteinander auskamen.³⁴⁵ Eisenhart war einer von drei Zuhörern in Pütters Collegium zum Reichsprozess im Wintersemester 1747/1748 in Göttingen.³⁴⁶ Auch Selchow war ein Zuhörer von Pütters Lehrveranstaltungen.³⁴⁷ Estor und Hofmann wirkten zudem zeitgleich in Marburg.

Ein wesentlicher Methodenbaustein der Abstrahierungen des deutschen Privatrechts war der Vergleich: Durch Ermittlung von Übereinstimmungen der einzelnen Partikularrechte sollten allgemeine Rechtsgrundsätze des deutschen Rechts gefunden werden.³⁴⁸ Diese Kompilationsmethode in Aktion findet sich nicht nur beim oben erwähnten dritten Band der „Bürgerlichen Rechtsgelehrtheit der Teutschen“ von Estor.³⁴⁹ Einen guten Eindruck der Regelungen, aus denen ab Mitte des 18. Jahrhunderts das Rechtsinstitut des Indigenats entwickelt wurde, gab der Dresdener Rechtsanwalt Johann Christian Konrad Schröter in zwei kleineren Beiträgen.³⁵⁰ Diese Beiträge sind im Rahmen eines unvollendeten Projektes des Jenaer Professors Johann August von Hellfeld entstanden.³⁵¹ Bei diesem Projekt handelte es sich um eine Art Quellensammlung zum Lehrbuch des deutschen Privatrechts³⁵² von Selchow.³⁵³ Die Idee hinter dieser von Hellfeld

345 Pütter, Selbstbiographie, Erster Band, S. 179.

346 Ebd., S. 181 f.

347 Ebd., S. 265, 309.

348 Allgemein zur Konkordanzmethode: Schäfer, Juristische Germanistik, S. 148 ff. Zum Vergleich bei Mevius: Luig, Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht, Ius Commune 1 (1967), 195 (199). Zum Vergleich bei Pütter: Mohnhaupt, Von der Ordnung der Rechte zur Ordnung des Rechts, in: Haferkamp/Repgen, Usus modernus pandectarum, S. 109 (S. 118 f.). Zur germanistikinternen Debatte über den Vergleich zwischen Selchow und Pütter: Kroeschell, Zielsetzung und Arbeitsweise der Wissenschaft vom gemeinen deutschen Privatrecht, in: Coing/Wilhelm, Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert I, S. 249 (S. 257 (Fn. 35)).

349 Vgl. Estor, Der Teutschen Rechtsgelahrtheit dritter Teil, S. 127 ff.

350 Schröter, In wiefern die Eingebornen begünstigt werden, in: Schröter, Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen und Peinlichen Rechts, Erster Band, S. 235; Schröter, Die Fremden rechtlich betrachtet, in: Schröter, Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen und Peinlichen Rechts, Erster Band, S. 258.

351 Schröter, Vorrede, in: Schröter, Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen und Peinlichen Rechts, Erster Band, S. VII (S. VII).

352 Selchow, Elementa iuris Germanici privati hodierni.

353 Die Paragrafenangaben in den Aufsatztiteln von Schröter korrespondieren mit den entsprechenden Abschnitten im Lehrbuch von Selchow.

initiierten Sammlung war es, die Ausführungen Selchows durch möglichst übereinstimmende Belege zu untermauern. Schröter meinte so über seine Sammlung zum Indigenat: „Wenn man also dasjenige, was die Gesetze von ihren gegenseitigen Rechten verordnen, vergleicht und zusammenhält; so wird alle Dunkelheit verscheuchet werden.“³⁵⁴ Dabei stieß Schröter wohl auch auf das eingangs erwähnte Problem der fehlenden Publizität vieler Rechtsquellen. Er stützte sich stark auf eine der wenigen verfügbaren Sammlungen, die des Leipziger Juristen Johann Christian Lünig,³⁵⁵ der viele einschlägige Rechtsdokumente in seiner zweibändigen Sammlung der Rechte der landsässigen Ritterschaft veröffentlichte.³⁵⁶ So sammelte Schröter bezüglich des Indigenats vor allem Vorschriften über die Vergabe von Ämtern.³⁵⁷ In seinem zweiten Aufsatz behandelte er die Fremden und deren Schlechterstellung und beschäftigte sich mit der Beschränkung des Erwerbs von Immobilien.³⁵⁸

In der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts sind als Bearbeitung des Indigenats durch das positive Staatsrecht vor allem Mosers Ausführungen zu nennen. In seiner Abhandlung „Von der Teutschen Unterthanen Rechten und Pflichten“, die Teil seines „Neuen Teutschen Staatsrechts“ ist, ging Moser 1774 auf Eingeborene in Abgrenzung von Fremden ein. Eingeborene gebe es sowohl „von ganz Teutschland, oder von einem gewissen Land oder Ort.“³⁵⁹ Im Reich hänge mit der Eingeborenheit die Bekleidung von

354 Schröter, In wiefern die Eingebornen begünstiget werden, in: Schröter, Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen und Peinlichen Rechts, Erster Band, S. 235 (236).

355 Zu Lünig: *Lingelbach*, Der „Codex Augusteus“, in: Lück/Schildt, Recht – Idee – Geschichte, S. 249 (S. 253 ff.); *Polley*, Art. Lünig, Johann Christian (1662–1740), in: Cordes/Haferkamp/Lück/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band III, 1096–1097.

356 Lünig, *Collectatio Nova*, Worinn der Mittelbahren, oder Landsäßigen Ritterschafft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...], Band I; Lünig, *Collectatio Nova*, Worinn der Mittelbahren, oder Landsäßigen Ritterschafft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...], Band 2.

357 Vgl. Schröter, In wiefern die Eingebornen begünstiget werden, in: Schröter, Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen und Peinlichen Rechts, Erster Band, S. 235. Zu den Vorschriften über die Beschränkung der Ämtervergabe siehe unten unter Kapitel I B III 1 a).

358 Vgl. Schröter, Die Fremden rechtlich betrachtet, in: Schröter, Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen und Peinlichen Rechts, Erster Band, S. 258. Zu den Vorschriften über die Beschränkung des Immobilienerwerbs siehe unten unter Kapitel I B III 2 a).

359 Moser, Von der Teutschen Unterthanen Rechten und Pflichten, S. 510.

Reichsämtern zusammen;³⁶⁰ in den Territorien neben dem Bereich der Ämterbesetzung auch der ausschließlicher Besitz von Rittergütern, Vorrang in der Erteilung des Bürgerrechts und der Armenfürsorge.³⁶¹ Eingeborene seien solche Personen, deren Eltern zum Zeitpunkt der Geburt ihre ordentliche Wohnung im Land gehabt hätten.³⁶² Teilweise seien schärfere Voraussetzungen gegeben, indem auch „die Eltern oder Voreltern Eingeborene gewesen seyn“ müssen.³⁶³ Deutlich detaillierter ging Moser auf die Voraussetzungen für das Indigenat auf Reichsebene in seinem Werk „Von der Ausländer Fähig- und Unfähigkeit zu Teutschen geistlichen Würden“ von 1783 ein. In diesem Buch entwickelte er ein Erwerbssystem des Reichsindigenats, das zwischen hohem und niederem Adel differenzierte.³⁶⁴ Dabei arbeitete er die Konturen des Reichsindigenats genauer aus, indem er feststellte, dass es sich bei der Frage, ob jemand eingeborener Deutscher ist, nicht um eine Frage tatsächlicher Elemente wie der Sprache,³⁶⁵ des Geburtsortes³⁶⁶ oder des gewöhnlichen Aufenthaltsortes,³⁶⁷ sondern um eine Rechtsfrage handele.³⁶⁸ Deutscher sei, wer Territorialherr mit Reichsstandschaft oder möglicher Erbe eines solchen sei³⁶⁹ oder, im Falle des niederen Adels, wer eine bestimmte Anzahl deutscher Vorfahren habe.³⁷⁰ Dabei folgte er dem Muster der Ahnenprobe, durch die der Stand einer Person nachgewiesen werden sollte,³⁷¹ nur dass es bei ihm nun um die Eigenschaft, Deutscher zu sein, ging und nicht mehr um den Nachweis eines gewissen Standes. In seinen Ausführungen nutzte er selten den Begriff des Indigenats, sondern die Sprache der Rechtsquellen, indem er von „Ein-

360 Moser, Von der Teutschen Unterthanen Rechten und Pflichten, S. 511.

361 Ebd., S. 512 f.

362 Ebd., S. 510.

363 Ebd., S. 512.

364 Zu der Schrift: Wanninger, Das Reichsindigenat im Heiligen Römischen Reich, in: Balogh, Bulla Aurea, S. 177.

365 Moser, Von der Ausländer Fähig- und Unfähigkeit zu Teutschen Geistlichen Würden, S. 7.

366 Ebd., S. 8.

367 Ebd., S. 9.

368 Ebd., S. 7.

369 Ebd., S. 10 ff.

370 Ebd., S. 13 f.

371 Schreiner, Art. Ahnenprobe, in: Lexikon des Mittelalters, Band I, 233; Eckert, Art. Ahnenprobe, in: Cordes/Lück/Werkmüller/Schmidt-Wiegand, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band I, 106–107.

geborenen“ sprach.³⁷² Die in der Germanistik entwickelte Abstraktion des Indigenats übernahm er also begrifflich nicht und sie passte auch nicht zu seiner Methode, die auf einer möglichst quellenmäßigen Darstellung des Rechts basierte.³⁷³ Hervorstechend sind Mosers ausführliche Überlegungen zur Übertragung der Grundsätze der Ahnenprobe auf diese Frage, wobei diese Verbindung schon zuvor von Estor angesprochen wurde.³⁷⁴ Auch andere Autoren brachten das Indigenat in ein Verhältnis zur Ahnenprobe: In seinem Lehrbuch zum Polizeirecht von 1785 zeigte Fischer ohne Verweis auf Moser oder Estor die Nähe des Indigenats zur Ahnenprobe auf: „Daher zeigt sich der Einfluß dieses Grundsatzes [sc. der, dass eingeborene Adelige ein Vorzugsrecht bei der Ämterbesetzung hatten] bey der Ahnenprobe, indem sie sich oft nicht mit dem Erweis der adelichen Herkunft begnügt, sondern noch den Beweis der teutschen Abstammung erfordert, und heutzutage sogar holländische und schweizerische Geschlechter ausschließt.“³⁷⁵

In den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts finden sich gegen Ende des 18. Jahrhunderts umfangreiche Ausführungen zum Indigenat. Der Göttinger Professor Runde stellte so zunächst die verschiedenen Verwendungen des Begriffs „Indigenat“ als Inbegriff aller Rechte, die Einheimischen vor Fremden zukommen, als Eigenschaft, Eingeborener zu sein, und als Begriff für den Ausschluss von Fremden von Ämtern dar.³⁷⁶ Er unterschied strikt zwischen drei Arten des Indigenats, die sich im Erwerb strukturell unterscheiden würden: Dem Reichsindigenat, dem Territorialindigenat und dem Gemeinheitsindigenat.³⁷⁷ Sodann stellte er die rechtlichen Differenzierungen dar, bevor er sich der Rechtstellung der Fremden widmete.³⁷⁸ Das Lehrbuch von Runde wurde durch Wilhelm August Friedrich Danz³⁷⁹ mit seinem „Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts“ kommentiert, in dem er die Ausführungen von Runde detailliert darlegte.³⁸⁰ Der Leip-

372 Nur in Bezug auf die Territorien und nachrangig verwendet, in: Moser, Von der Teutschen Unterthanen Rechten und Pflichten, S. 512.

373 Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 1, S. 260 ff.

374 Estor, Bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen [Band 1], S. 48.

375 Fischer, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 366.

376 Runde, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 206.

377 Ebd., S. 207.

378 Ebd., S. 208 ff.

379 Zu Danz: Steffenhagen, Art. Danz, Wilhelm August Friedrich, in: Historische Commission bei der Königlichen Akademie der Wissenschaften, Allgemeine Deutsche Biographie, Band 4, S. 752.

380 Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band 3, S. 100 ff.

ziger Professor Rößig stellte Indigenat, Incolat und Staatsbürgerrecht als distinkte, aber äußerst eng zusammenhängende Institute dar.³⁸¹

Auch in Darstellungen, die sich in Struktur und Inhalt an das römische Recht anlehnten, fand sich am Ende des 18. Jahrhunderts das Indigenat, indem es in römischrechtliche Kategorien eingeordnet, übernommen oder abgelehnt wurde.³⁸² Dabei waren Indigenat und Bürgerrecht zuweilen Synonyme, etwa wenn der Jenaer Professor Andreas Joseph Schnaubert in seinem Lehrbuch zum Territorialstaatsrecht ausführte: „Zuweilen wird er [sc. Indigenat] auch Landesbürgerrecht (*ius civitate territoriale s. provinciale*) im Gegensatz von dem Reichsbürgerrecht (*ius civitatis imperiale*) und dem Inbegriff der besonderen Gemeinheitsrechten (*ius civitatis specialissimum s. locale*) genannt.“³⁸³

Im positiven Staatsrecht ging die Tendenz in der Spätphase des Alten Reiches zu einer Neuausrichtung auf Grundlage naturrechtlicher Überlegungen,³⁸⁴ die das Indigenat einschließen konnte. Gottlieb Hufeland³⁸⁵ ordnete so in seiner Einleitung in die Wissenschaft des heutigen deutschen Privatrechts von 1796 das Indigenat unter das „besondere Personenpolizeyrecht“ als „Recht nach dem Staatsbürgerrecht unterschiednen Personen“ ein.³⁸⁶ Auch Johann Christian Majer³⁸⁷ stellte die Eingeboreneigenschaft in den Zusammenhang mit der naturrechtlich geprägten gesellschaftlichen Verbindung der Staatsbürger zum Staat.³⁸⁸ Unter der Überschrift „Von den Landeseingeborenen“ führte er aus, dass die Eingeborenenstellung durch den Staatsbürger auch dann an seine Nachkommen übertragen werden könne, wenn dieser außerhalb der „Staatskorporation“ heirate.³⁸⁹ Johann

381 Rößig, Erste Grundsätze des deutschen Privatrechts, S. 75 ff.

382 Dazu unten unter Kapitel I E II.

383 Schnaubert, Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande, S. 35. Weitere Nachweise zu einer Synonymen Verwendung aus der Perspektive des römischen Rechts, siehe unten unter Kapitel I E II.

384 Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 2, S. 50.

385 Zu Hufeland: Eisenhart, Art. Hufeland, Gottlieb, in: Historische Commission bei der Königlichen Akademie der Wissenschaften, Allgemeine Deutsche Biographie, Band 13, S. 296.

386 Hufeland, Einleitung in die Wissenschaft des heutigen Deutschen Privatrechts, S. 132.

387 Zu Majer: Friedrich, Art. Majer, Johann Christian von, in: Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Neue Deutsche Biographie, Band 15, S. 717.

388 Zum Gesellschaftsvertrag im 18. Jahrhundert und den naturrechtlichen Bürgerbegriff siehe unten unter Kapitel I D I.

389 Majer, Teutsche Staatskonstitution, Zweyter Band, S. 672.

Ludwig Klüber³⁹⁰ ordnete das Indigenat in seinem Frühwerk „Einleitung zu einem neuen Lehrbegriff des deutschen Staatsrechtes“ von 1803 in das Kapitel über „Unterschied der Stände, und Staats-Subjections-Verhältnisse“ ein. Er erwähnte das Indigenat jedoch nur nachrangig zur Illustration der Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Untertänigkeit unter das Reich als weiteres Beispiel einer solchen Unterscheidung.³⁹¹ Einen wieder eher naturrechtlich geprägten Ansatz verfolgte ein Jahr später Nikolaus Thaddäus von Gönner³⁹² in seinem Lehrbuch zum deutschen Staatsrecht, in dem er Indigenat und Untertänigkeit strikt trennte und das Indigenat als Reichsbürgerrecht einordnete.³⁹³ Dieses Reichsbürgerrecht mache „einen Inbegriff von Gerechtsamen aus, welche Einheimischen vor Fremden zukommen.“³⁹⁴ Damit verschmolz bei Gönner, eingeordnet in das positive Staatsrecht, in der Reichsbürgerschaft die naturrechtliche Bürgerschaft mit dem Indigenat.

Gegen Ende des Alten Reiches existierte schließlich ein Rechtsinstitut des Indigenats, das in allen Bereichen des positiven Rechts diskutiert wurde. Ein Schwerpunkt lag dabei immer noch in der Wissenschaft des einheimischen Rechts, aber auch das römische Recht und das Staatsrecht diskutierten das Indigenat.

3. Die Neubewertung von Differenzierungen im Lichte des Indigenats

Wie weit der Prozess einer Abstrahierung des Indigenats am Ende des 18. Jahrhunderts fortgeschritten war, kann am Beispiel eines politischen

390 Zu Klüber: *Schroeder*, Johann Ludwig Klüber (1763–1837) – Ein deutsches Gelehrtenleben im Umbruch der Epochen, in: Köbler/Nehlsen, *Wirkungen europäischer Rechtskultur*, S. 1107; *Schneider/Werner*, *Europa in Wien*, S. 208 f.

391 *Klüber*, *Einleitung zu einem neuen Lehrbegriff des deutschen Staatsrechtes*, S. 138.

392 Zu Gönner: *Mertens*, Gönner, Feuerbach, Savigny; *Jaeck*, N. Th. Gönners Biographie; *Schaffner*, Art. Gönner, Nikolaus Thaddäus Ritter v., in: *Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Neue Deutsche Biographie*, Band 6, S. 518; *Holzhauser*, Art. Gönner, Nikolaus Thaddäus von (1764 – 1827), in: *Cordes/Lück/Werkmüller, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Band II, 463–464; *Stolleis*, Art. Gönner, Nikolaus Thaddäus (1764–1827), in: *Stolleis, Juristen*, S. 242.

393 *Gönner*, *Teutsches Staatsrecht*, S. 58 ff. Stolleis ordnete dies als Versuch ein, das naturrechtliche Bürgerrecht als Reichsbürgerrecht positivrechtlich zu verankern, ohne dabei jedoch auf das Indigenat einzugehen: *Stolleis*, *Untertan – Bürger – Staatsbürger*, in: *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit*, S. 299 (S. 335 f.).

394 *Gönner*, *Teutsches Staatsrecht*, S. 58.

Streites zwischen dem Herzog Friedrich Franz I. von Mecklenburg-Schwerin und seinen Landständen über das Indigenat illustriert werden. Zudem zeigt dies die politische Bedeutung des Indigenats im Ringen zwischen den adeligen Landständen und den Landesherren.

Im Landesvergleich von 1755 verpflichtete sich der Herzog gegenüber den Landständen, bei der Neubesetzung von Landratsstellen aus drei von der jeweiligen Landschaft vorgeschlagenen Personen auszuwählen. Diese sollten im Land angesessen sein und dem eingeborenen oder rezipierten Adel angehören.³⁹⁵ Der Herzog wendete sich 1789 gegen die Behauptung seiner Ritterschaft, dass die Vergabe gewisser Ämter vom Indigenat abhängen, das ausschließlich durch die Ritterschaft erteilt werden könne und auch unter den Adeligen eine Abstufung nach sich ziehe.³⁹⁶ Nach einer Untersuchung durch die herzoglichen Beamten hätten diese davon keine Spur in den Archiven gefunden.³⁹⁷ Die Ausführungen der juristischen Literatur, die eine Abstufung innerhalb des Adels von Mecklenburg zwischen einheimischen und ursprünglich fremden Adelsfamilien annehmen würden,³⁹⁸ seien unzutreffend.³⁹⁹ Die Rechtsquelle, auf die sich dabei gestützt werde, § 167 des Landes-Vergleiches von 1755, verwende nicht einmal die Wörter „Indigenat oder Indigenatrecht“.⁴⁰⁰ Diese Vorschrift regle nur, dass Ritter- und Landschaft gemeinsam dem Herzog drei im Lande angesessene, dem eingeborenen oder rezipierten Adel angehörige Personen präsentieren dürfen,

395 § 167, Landesgrundgesetlicher Erbvergleich vom 18. April 1755, in: Neue vollständige Gesetz-Sammlung für die Mecklenburg-Schwerinischen Lande, Band 3, S. 1 – 74 (19).

396 Rescript an den Engeren Ausschuss vom 7. März 1789, in: *Viereck*, Die Rechtsverhältnisse der vier Mecklenburgischen Jungfrauenklöster nach ihrer geschichtlichen Entwicklung dargestellt, Zweiter Theil, S. 140 – 146 (140).

397 Rescript an den Engeren Ausschuss vom 7. März 1789, in: Ebd., S. 140 – 146 (141).

398 Das Rescript verwies auf: *Klüver*, Beschreibung des Hertzogthums Mecklenburg und dazu gehöriger Länder und Oerter. Erster Theil, S. 145; *Struve*, Discurs vom Ursprung, Unterscheid und Gerechtsamen der Land-Stände in Teutschland, Insonderheit im Hertzogthum Mecklenburg, S. 92. Weder bei Klüver, noch bei Struve ist vom Indigenat die Rede. Es geht jeweils um die konkrete Binnenunterscheidung innerhalb der Gruppe der mecklenburgischen Adeligen zwischen *originarios* und *adventitios*, die noch nicht abstrahiert und unter den Begriff des Indigenats subsumiert wurde. Zudem berichteten beide Autoren von einigen Unklarheiten über die rechtliche Situation.

399 Rescript an den Engeren Ausschuss vom 7. März 1789, in: *Viereck*, Die Rechtsverhältnisse der vier Mecklenburgischen Jungfrauenklöster nach ihrer geschichtlichen Entwicklung dargestellt, Zweiter Theil, S. 140 – 146 (141 f.).

400 Rescript an den Engeren Ausschuss vom 7. März 1789, in: Ebd., S. 140 – 146 (142).

unter denen der Herzog dann seine Auswahl treffen könne.⁴⁰¹ Der Herzog forderte vor diesem Hintergrund von der Ritterschaft eine Erklärung über das Indigenat.⁴⁰²

Einen besonders pikanten Affront stellte die Art und Weise der herzoglichen Aufforderung zu einer Erklärung über das Indigenat dar, da diese Aufforderung in Zeitungen frei veröffentlicht wurde, was im 18. Jahrhundert sehr ungewöhnlich war⁴⁰³ und das deutliche Missfallen der Landstände erregte.⁴⁰⁴

Die Antwort der Mecklenburger Ritterschaft erfolgte durch eine später mehrfach gedruckte Landtagsrede des Gutsherrn Albrecht Adolf von Flotow. In dieser argumentierte er vor allem mit historischen Argumenten für gewisse Vorrechte des alteingesessenen Adels. Dem im Raum stehenden Einwand, dass die Quellen der Vorrechte des alteingesessenen Adels nie das Indigenat als Begriff verwendeten, entgegnete er, dass „gewisse Rechte und Vorzüge verschiedenen Inhalts, deren nie ein anderer Theilnehmer als aus ihrem Mittel [sc. des alten Adels] nachgewiesen werden kann“, existierten.⁴⁰⁵ „Und diese Rechte zusammen genommen, sind Rechte der Eingebornen oder von Indigenis abgeleitet, Rechte des Indigenats oder Indigenats-Rechte, die Fähigkeit aber sie zu besitzen, Befugniß sie auszuüben, für diese Rechte lediglich und allein Indigenat genannt worden.“⁴⁰⁶ Damit habe „in neuern Zeiten erst ein abgekürzter Sprachgebrauch dieses Wort unter uns aufgenommen [...], um der Weitschweifigkeit in Hernennung einer Reihe von Rechten, deren Fähigkeit er bezeichnet, auszuweichen.“⁴⁰⁷ Für Flotow war somit „Rechte des Indigenats nur ein zur Abkürzung substituiertes Wort aller derjenigen Rechte [...], die sich auf die Eigenschaften, eingeborn zu seyn redundieren.“⁴⁰⁸

401 Rescript an den Engeren Ausschuß vom 7. März 1789, in: *Viereck*, Die Rechtsverhältnisse der vier Mecklenburgischen Jungfrauenklöster nach ihrer geschichtlichen Entwicklung dargestellt, Zweiter Theil, S. 140 – 146 (142 f.).

402 Rescript an den Engeren Ausschuß vom 7. März 1789, in: Ebd., S. 140 – 146 (146).

403 Vgl. *Stollberg-Rilinger*, Vormünder des Volkes?, S. 38 ff.

404 Vgl. *Flotow*, Ueber die Rechte des eingebornen und recipirten Adels in Mecklenburg und deren Verhältniß zur Landeshoheit, S. 18 f.

405 Ebd., S. 20.

406 Ebd., S. 21.

407 Ebd., S. 21.

408 Ebd., S. 37.

III. Die Verwendung des Indigenats als Differenzierungskriterium

Viele der in diesem Abschnitt dargestellten Differenzierungen verwendeten selbst das Wort „Indigenat“ nicht, handelt es sich doch um ein erst im 18. Jahrhundert ausgeprägtes Fachwort und Rechtsinstitut. Im Gegensatz zu den Differenzierungen durch die Untertänigkeit und die Stadtbürgerschaft knüpften die in diesem Abschnitt dargestellten Differenzierungen meist nicht an das Indigenat als Rechtsinstitut an, da sie älter als das Indigenat sind. Meist handelt es sich um diejenigen differenzierenden Rechtsnormen, aus denen mithilfe der Kongruenzmethode das Indigenat entwickelt wurde und die sodann Ende des 18. Jahrhunderts erst rückblickend als Indigenatsvorschriften bezeichnet wurden.⁴⁰⁹ Diese Differenzierungen zeigen die Traditionslinie auf, vor deren Hintergrund die Diskussion um das Indigenat geführt wurde und neue Regelungen dieser Art erlassen wurden.

Das Indigenat galt für zwei Bereiche als ein typisches Differenzierungskriterium: Zum einen betraf dies die Vergabe von Ämtern, was als Standardinhalt von Herrschaftsverträgen gilt.⁴¹⁰ Zum anderen war der Eigentumserwerb an Immobilien anhand des Indigenats limitiert. Da die Differenzierung verschiedene Sachgebiete betraf und das Indigenat auf allen Rechtsebenen und in den meisten Territorien anzutreffen ist, sind die Rechtsquellen weit verstreut.

Zunächst wird auf die Beschränkungen in der Ämtervergabe eingegangen, ihr Vorkommen, ihre zeitgenössische Begründung und ihre politische Rolle in der Frühen Neuzeit (1.). Sodann folgen die Beschränkungen im Immobilienrecht mit den Beschränkungen des Erwerbs, der Beschränkung bei Sicherungsmitteln und die zeitgenössische Begründung für diese Beschränkungen (2.).

1. Ämtervergabe

Bezüglich der Beschränkung der Ämtervergabe finden sich in der Literatur diverse Thesen für die Gründe solcher Regelungen. Bei diesen Thesen ist durchweg vom Indigenat die Rede. Da das Indigenat für einen Großteil

409 Zu dieser, bis heute anhaltenden, Verwendung von „Indigenat“ als analytischer Begriff, siehe oben unter Kapitel I B I.

410 Vgl. *Kleinheyer*, Die kaiserlichen Wahlkapitulationen, S. 69; *Oestreich*, Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde, in: *Oestreich*, Strukturprobleme der frühen Neuzeit, S. 229 (231); *Krüger*, Die Landständische Verfassung, S. 5.

der zugrundeliegenden Quellen keinen Quellenbegriff darstellt, handelt es sich dabei um den analytischen Begriff des Indigenats, wie er seit Ende des 18. Jahrhunderts etabliert war.

Grawert sah in seiner Habilitationsschrift „Staat und Staatsangehörigkeit“ das Indigenat, wohl geprägt durch seinen Fokus auf die Zuordnungsfunktion der Staatsangehörigkeit, als eine Einschränkung innerhalb der Gruppe der Untertanen an. Die Differenzierung bei der Ämtervergabe sei immer dann relevant gewesen, wenn es sich um zusammengesetzte Herrschaftsgebiete handelte, die aus mehreren einzelnen „Ländern“ bestanden. Die Gleichstellung unter ein einziges Indigenat sei damit ein wichtiger Integrationsschritt innerhalb der Staatsbildung gewesen.⁴¹¹

Gerhard Oestreich betonte die ähnliche Situation der Landesteilung und -abtretung an einen anderen Landesherren, in der die Landstände die Eigenständigkeit des Landes durch einheimische Amtsträger sicherstellen gewollt hätten.⁴¹²

Willoweit stellte 1983 in seinem Beitrag zur Entwicklung und Verwaltung der spätmittelalterlichen Landesherrschaft im ersten Band der Deutschen Verwaltungsgeschichte fest, dass das Thema des Indigenats noch nicht umfassend untersucht worden sei.⁴¹³ Sofern damit die Frage der Beschränkung der Ämtervergabe tangiert ist, hat sich bis heute nichts grundsätzlich geändert: Das Thema wird meist nur am Rande von Werken zu landständischer Politik und der Geschichte des Beamtentums erwähnt. Willoweit äußerte vorsichtig die These, dass die Beschränkungen bei der Ämtervergabe eine regional unterschiedliche Rolle spielten und in geschlossenen Territorien wie Bayern wichtiger waren als beispielsweise in den fränkischen Gebieten.⁴¹⁴

Um die Funktion der Beschränkungen in der Ämtervergabe zu erfassen, ist zunächst ein Bestand an Rechtsvorschriften zu ermitteln (a)). Sodann können die zeitgenössischen Begründungen für eine solche Beschränkung erfasst werden (b)), bevor die politische Rolle der Beschränkung in der Ämtervergabe formuliert wird (c)).

411 Grawert, Staat und Staatsangehörigkeit, S. 42.

412 Oestreich, Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde, in: Oestreich, Strukturprobleme der frühen Neuzeit, S. 229 (S. 230 f.).

413 Willoweit, Die Entwicklung und Verwaltung der spätmittelalterlichen Landesherrschaft, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, Band I, S. 66 (90).

414 Ebd., S. 66 (90).

a) Bestandsaufnahme

Eine Beschränkung der Ämtervergabe findet sich schon in mittelalterlichen Rechtsbüchern, die die Wahrnehmung von Ämtern im Zusammenhang mit Gerichtsverfahren betreffen. So musste der Schultheiß im Sachsenspiegel in dem Land geboren sein, in dem das Gericht lag.⁴¹⁵ Eine entsprechende Stelle existierte auch im Görlitzer Rechtsbuch.⁴¹⁶

Meistens finden sich die Beschränkungen der Ämtervergabe jedoch in den ständischen Privilegien der einzelnen Landstände in verschiedenen Territorien. In den verschiedenen bayerischen Gebieten finden sich Quellen aus dem 14. Jahrhundert, die die Vergabe von Ämtern reglementierten.⁴¹⁷ Ludwig der Bayer versicherte so 1339 den Niederbayerischen Landständen, dass er Ämter „mit kainem gaste“⁴¹⁸ besetzen werde und 1347, dass nur Niederbayern in Ämter gesetzt werden würden.⁴¹⁹ Herzog Stephan II. gelobte 1355, dass er die Ämter Oberbayerns „mit den unsern, die zu dem Land gehörnt, und mit kainem Gaste“⁴²⁰ besetzen würde. Dies wurde 1363 nochmals bekräftigt.⁴²¹ Die Beschränkung der Ämtervergabe wurde

415 III 61 § 2, „It ne mach neman sculteite sin, he ne si vri unde geboren van deme lande, dar dat gerichte binnen leget“, *Eckhardt*, Sachsenspiegel, S. 246.

416 37 § 5, „Sume liute sprechin, daz ein ieglich man der von eime vremedin lande si geborn nicht ne müge habin ein vorstinlich schultheiz ambacht“, *Eckhardt*, Auctor vetus de beneficiis, II Archetypus und Görlitzer Rechtsbuch, S. 109.

417 Heinz Liebrich vermutete, dass die Ämterbesetzung mit Einheimischen zuvor eine Selbstverständlichkeit war und erst die drohende Vermischung zwischen herzoglichen und königlichen Rat unter Ludwig IV. (der Bayer) die Forderung nach der Kodifizierung dieser Tradition begründete: *Lieberich*, Landherren und Landleute, S. 101.

418 Ludwig der Bayer verspricht den niederbayerischen Ständen am 13. September 1339, keine Ämter mit Landfremden zu besetzen, in: *Ay*, Altbayern von 1180 bis 1550, S. 614 f.

419 Churfürst Ludwigs des Aeltern zu Brandenburg, ingeleichen Steffans und Ludwigs des Römers, Pfalz-Grafen bey Rhein, und allerseits Hertzogen in Bayern Confirmation und Extension aller Rechte, Privilegien und Freyheiten derer Land-Stände des Hertzogthums Nieder-Bayern, 1347, in: *Lünig*, Collectatio Nova, Worinn der Mittelbahnen, oder Landsäßigen Ritterschafft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...], Band 1, Sp. 579 – 582 (580).

420 Hertzog Stephans in Bayern, Privilegium vor die Bayerischen Land-Stände, daß alle Aemter im Hertzogthum Bayern nur mit Landes-Kindern und keinen fremden besetzt werden sollen, 1355, in: Ebd., Sp. 581 – 582 (582).

421 Herzog Stephan II bestätigt und erweitert die Rechte und Freiheiten der oberbayerischen Landschaft anlässlich der Huldigung am 26. Februar 1363, in: *Ay*, Altbayern von 1180 bis 1550, S. 560 f. (560).

für Niederbayern 1463 bestätigt⁴²² und 1516 für Ober- und Niederbayern erneuert.⁴²³ Mit identischem Wortlaut zu der Erklärung von 1516 sollten ab 1554 im Fürstentum Neuburg viele Ämter nur mit Bayern, nicht jedoch mit Ausländern, besetzt werden.⁴²⁴

Die Landstände in Schleswig und Holstein konnten 1460 eine weitgehende Beschränkung der Ämtervergabe durchsetzen. Nachdem Herzog Adolf VIII. starb und kein Erbe zur Hand war, der bezüglich beider Länder, Schleswig und Holstein, erbberechtigt war, entschied sich die Landschaft für den dänischen König Christian als Nachfolger, auch um die eigene Macht in einer ungeteilten Landschaft zu sichern.⁴²⁵ Nach dem Vertrag von Ripen vom 5. März 1460 sollte nur ein landeseingeborener Mann („landbornen man“) das Amt des Drostes übernehmen.⁴²⁶ Ganz generell sollten alle Ämter, Schlösser, Burgen und Lehen nur an Landeseinwohner gehen.⁴²⁷ Letzteres wurde in der „Tapferen Verbesserung“ vom 4. April 1460 noch deutlicher festgehalten, indem keine Fremden, sondern nur Landeseinwohner belehnt werden sollten.⁴²⁸ Dieses Recht der Landstände geriet in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts unter den Druck des Landesherren, der immer wieder versuchte, die Bestimmungen zu umgehen, was die

422 Eorundem Confirmation aller Brieffe, Handvesten, Privilegien und Freyheiten derer Land-Stände des Hertzogthums Nieder-bayern, 1463, in: *Lünig*, Collectatio Nova, Worinn der Mittelbahren, oder Landsäßigen Ritterschafft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...], Band 1, Sp. 653 – 656 (656).

423 Neue Erklärung der Landes-Freyheit derer Stände des löblichen Hauses und Fürstenthums Ober- und Nieder-Bayern, ertheilet von denen Hertzogen Wilhelmen und Ludwigen in Bayern, 24. April 1516, in: Ebd., Sp. 673 – 694 (684).

424 Landes-Freyheiten des Fürstenthums Neuburg, wie solche desselben Ritterschafft und Ständen Anno 1554 gegeben, und hernach Anno 1562, auch Anno 1607 erläutert, erklärt, vermehret und verbessert worden, in: Ebd., Sp. 1125 – 1176 (1127).

425 Zu den Hintergründen: *Fuhrmann*, Die Ritterschafft als politische Korporation in den Herzogtümern Schleswig und Holstein von 1460 bis 1721, S. 9 ff.; *Hoffmann*, Das Ripener Privileg vom 5. März 1460 und die „Tapfere Verbesserung“ vom 4. April 1460, in: Rumohr, dat se bliven ewich tosamende ungedelt, S. 21; *Jahnke*, Die Anomalie des Normalen, in: Auge/Büsing, Der Vertrag von Ripen 1460 und die Anfänge der politischen Partizipation in Schleswig-Holstein, im Reich und in Nordeuropa, S. 39 (S. 40 ff.).

426 Vertrag von Ripen, abgedruckt bei: *Hoffmann*, Das Ripener Privileg vom 5. März 1460 und die „Tapfere Verbesserung“ vom 4. April 1460, in: Rumohr, dat se bliven ewich tosamende ungedelt, S. 21 (S. 26 – 33 (29)).

427 Vertrag von Ripen, abgedruckt bei: Ebd., S. 21 (S. 26 – 33 (38)).

428 „Tapfere Verbesserung“, abgedruckt bei: Ebd., S. 21 (S. 37 – 39 (38)).

Landschaft zu wiederholten Eingaben veranlasste.⁴²⁹ So forderte diese 1590, dass keine fremden Amtsleute und Vögte bestellt werden sollen, „sondern die von guten rittermäßigen Herkommen, in diesen Landen erzogen und gebohren“,⁴³⁰ was ihnen gewährt wurde.⁴³¹

Die in Bayern, Schleswig und Holstein offensichtliche Verbindung zu Herrschaftsverträgen findet sich auch in Württemberg. In einem Nebenabschied zum Tübinger Vertrag von 1514 verpflichtete sich Herzog Ulrich, dass er nur Räte, „uß dem Land gebohren“ annehmen werde.⁴³² Dies bestätigte 1537 Herzog Christoph.⁴³³ Hintergrund war das ständische Streben nach größerem Einfluss um die Zeit der Aufstände des „Armen Konrad“ und erheblicher Verschuldung des Herzogtums Württemberg.⁴³⁴ Dieses Erfordernis, Eingeborener zu sein, erstreckte sich in Folge auf weitere Beamtengruppen: Ein Vorrang der Landeskinder kannte das Württemberger Landrecht von 1555 in Form der Überarbeitung von 1567 in Bezug auf die Einstellung von Gerichtsschreibern.⁴³⁵ Die Landstände konnten noch 1798

429 Fuhrmann, Die Ritterschaft als politische Korporation in den Herzogtümern Schleswig und Holstein von 1460 bis 1721, S. 355 ff.

430 Acta, so bey der Huldigung zu Flenßburg zwischen den Königlichen Dänischen Commissarien, dann Herzog Philippen zu Schleßwig- und Hollstein-Gottorff und denen Land-Ständen derer beyden Fürstenthümer Schleßwig und Hollstein gegen einander ausgefertigt worden, 1590, in: Lünig, Collectatio Nova, Worinn der Mittelbahren, oder Landsäßigen Ritterschafft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...], Band 2, Sp. 951 – 986 (954).

431 Acta, so bey der Huldigung zu Flenßburg zwischen den Königlichen Dänischen Commissarien, dann Herzog Philippen zu Schleßwig- und Hollstein-Gottorff und denen Land-Ständen derer beyden Fürstenthümer Schleßwig und Hollstein gegen einander ausgefertigt worden, 1590, in: Ebd., Sp. 951 – 986 (973, 976).

432 Neben-Vertrag, oder Abschied zwischen Hertzog Ulrichen zu Würtemberg an einem, dann dessen Prälaten und Landschafft am andern Theile, durch vorhergemeldete Herren Commissarien aufgerichtet und gedachter Prälaten und Landschafft Immunitäten und Freyheiten betreffend, 1514, in: Ebd., Sp. 711 – 718 (714).

433 Hertzogs Christophs zu Würtemberg Ratification und Confirmation des Tübingschen Vertrags, auch darauf erklärter und hier einverleibter Articul, die Gerechtsame und Privilegien derer Land-Stände des Hertzogthums Würtemberg betreffend, 13. April 1537, in: Ebd., Sp. 741 – 750 (746).

434 Metz, Der Stände oberster Herr, S.144 ff.; Mertens, Württemberg, in: Schab/Schwarzmaier, Handbuch der Baden-Württembergischen Geschichte, Zweiter Band, S. 1 (S.70 ff.).

435 Teil 1, Titel 6, Nr.10, Des Fürstenthumbs Würtemberg gemein Landtrecht, in vier Theil verfaßt, 1. Juli 1567, in: Riecke, Sammlung der württembergischen Gerichts-Gesetze, Erster Theil, S. 171 – 420 (195).

die Beschränkung der Besetzung von Stellen durch ausländische Adelige durchsetzen.⁴³⁶

Die Bevorzugung bei der Ämtervergabe in der Niederlausitz basierte auf einem Privileg Kaiser Rudolph II. von 1577, nach dem „kein Fremdbder oder Ausländer / so nicht im Lande gebohren / noch darinnen belehnet und besessen / den Einwohnern und Eingebornen fürgezogen / und zu solchem Ambt und Hauptmannschaft gebraucht werden solle“.⁴³⁷ Ein ähnliches Privileg findet sich aus dem Jahr 1666.⁴³⁸

Der oberpfälzer Ritterschaft wurde 1579 zugesichert, dass Ämter von „Landleut von Adel, so viel deren jederzeit dazu qualificiret befunden, für Frembden und Auslendischen“⁴³⁹ besetzt werden sollen.

Ähnliches galt 1599 in Ostfriesland.⁴⁴⁰ Dort war für die Mitgliedschaft in der Landschaft das, zumindest später so genannte, Indigenat Voraussetzung. Es konnte dabei jedoch von der Landschaft selbst verliehen werden.⁴⁴¹

436 Herzog Friedrichs II. Entschließung vom 17. März 1798 wegen Besetzung der Civil- und Militär-Stellen [...], in: *Reyscher*, Vollständige, historisch und kritisch bearbeitete Sammlung der württembergischen Gesetze, Band 2, S. 633 – 638 (634 f.). Zu den Hintergründen: *Wunder*, Privilegierung und Disziplinierung, S. 82 ff.; *Karbach*, Die Rechtsfigur des Indigenats in der Geschichte Preußens und Württembergs von der Zeit des Heiligen Römischen Reichs bis zur Gründung des deutschen Nationalstaats von 1871, S. 47 ff.

437 Kaysers Rudolphi II. Privilegium, krafft dessen kein Ausländer zu der Landes-Hauptmannschaft im Marggraffthum Nieder-Lausitz gelassen werden soll, von 1577, in: *Lünig*, Des Teutschen Reichs-Archivs Partis Specialis Continuatio II. [Band 8], Anhang S. 97.

438 Ejusdem Privilegium vor die Land-Stände im Marggraffthum Nieder-Lausitz, daß die Ober-Amts-Regierung in besagtem Marggraffthum nur mit Adelichen und andern Landes-Kindern besetzt werden solle, 8. März 1666, in: *Lünig*, Collectatio Nova, Worinn der Mittelbahren, oder Landsäßigen Ritterschaft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...], Band 1, Sp. 869 – 872 (870).

439 Chur-Fürst Ludwigs des VI. zu Pfalz Resolution auf dero Ritterschaft der Obern-Pfalz zu Bayern gehabte Beschwerden, 13. Juli 1579, in: Ebd., Sp. 729 – 752 (731).

440 Concordata zwischen Graff Ennone zu Ost-Frießland und der Ritterschaft, Städten und Hausmanns-Stand, wie auch in specie der Stadt Emden, 7. November 1599, in: *Lünig*, Collectatio Nova, Worinn der Mittelbahren, oder Landsäßigen Ritterschaft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...], Band 2, Sp. 1183 – 1212 (1196); Zu den Hintergründen: *Klopp*, Geschichte Ostfrieslands, Band 2, S. 108 ff.

441 *Engelberg*, Ständerechte im Verfassungsstaat, S. 163 ff.; *König*, Verwaltungsgeschichte Ostfrieslands, S. 332.

In Brandenburg⁴⁴² findet sich 1602 eine Bestätigung des landständischen Rechts durch Kurfürst Joachim Friedrich, dass Prälaturen vorrangig an einheimische Adelige verliehen werden sollen.⁴⁴³ Dieses Recht wurde 1611 bestätigt.⁴⁴⁴ Auf die Beschwerde brandenburgischer Adelige hin, die in anderen Territorien aufgrund von Ämtervorrechten der Einheimischen nicht zu „Embtern dignitaeten und Würdenn, beferdert werden kondten“, entschloss sich Kurfürst Johann Sigismund 1610, „In diesen unserm Churfürstenthumb unnd Landen ebennermassen auch also haltten.“⁴⁴⁵ 1614 wurde ein Vorrang der Einheimischen bei der Ämtervergabe in einem Landtagsabschied erlassen;⁴⁴⁶ ähnliches wurde im Folgejahr wiederum geregelt.⁴⁴⁷ Kurfürst Friedrich Wilhelm zu Brandenburg versicherte 1652 den kurmärckischen Ständen⁴⁴⁸ und 1653 den Ständen der Mark Brandenburg⁴⁴⁹

442 Eine Übersicht über die Ämterbeschränkung in Brandenburg-Preußen findet sich bei: *Karbach*, Die Rechtsfigur des Indigenats in der Geschichte Preußens und Württembergs von der Zeit des Heiligen Römischen Reichs bis zur Gründung des deutschen Nationalstaats von 1871, S. 70 ff.

443 Chur-Fürst Joachim Friedrichs zu Brandenburg Erläuter- und Bestätigung derer von seinen Vorfahren ihren Land-Ständen ertheilter Reverse über ihre Privilegien und Freyheiten, 11. März 1602, in: *Lünig*, Collectatio Nova, Worinn der Mittelbahren, oder Landsäßigen Ritterschafft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...], Band 1, Sp. 875 – 890 (877)

444 Landtags-Abschied und Revers, der Neumärckischen Landschafft gegeben, 11. Juni 1611, in: Des Corpus Constitutionum Marchicarum, Sechster Theil, Abteilung 1, Sp. 209 – 234 (211).

445 Churfürstliche Versicherung wegen Beförderung derer Eingebornen zu denen Aemtern etc. vor denen Ausländischen und Fremden, Cölln an der Spree, 30. August 1610, in: Ebd., Sp. 191 – 192 (191).

446 Landtages-Abschied Churfürstens Johann Sigismunds, 23. Dezember 1614, in: Ebd., Sp. 251 – 258 (255).

447 Revers des Churfürsten Johann Sigismunds, so bey der Versammlung derer Land-Stände diesseits der oder gegeben worden, 5. Februar 1615, in: Ebd., Sp. 257 – 264 (260).

448 Churfürstliche Resolution auf derer Chur-Märckischen Stände übergebene Beschwerungs-Puncte, 1. Mai 1652, in: *Lünig*, Collectatio Nova, Worinn der Mittelbahren, oder Landsäßigen Ritterschafft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...], Band 1, Sp. 399 – 414 (403). Von einer landständischen Furcht vor Überfremdung der Mark Brandenburg spricht in diesem Zusammenhang: *Hahn*, Landesstaat und Ständetum im Kurfürstentum Brandenburg während des 16. und 17. Jahrhunderts, in: Baumgart, Ständetum und Staatsbildung in Brandenburg-Preussen, S. 41 (S. 50 f.).

449 Chur-Fürst Wilhelms zu Brandenburg Land-Tags Recess, 26. Juli 1653, in: *Lünig*, Collectatio Nova, Worinn der Mittelbahren, oder Landsäßigen Ritterschafft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...], Band 1, Sp. 889 – 930 (896).

einen Vorrang von Einheimischen bei der Ämtervergabe. Ein ähnlicher Vorzug einheimischer Kandidaten fand in Preußen bei den Offizieren statt.⁴⁵⁰ Diese Bevorzugung von Einheimischen blieb im 18. Jahrhundert eine Konstante: In der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts stammten daher nur etwa 10 % der preußischen Räte aus anderen deutschen Territorien.⁴⁵¹

Eine große Bedeutung hatte die Beschränkung der Ämtervergabe auf Eingeborene als eine von vielen ständischen Forderungen dann, wenn Erbstreitigkeiten über Territorien existierten oder mehrere Herrscher um die Gunst der Landstände buhlten. Dieser Aspekt betrifft das vereinigte Herzogtum Jülich-Kleve-Berg, dessen Besitz 1609, nach dem Tod des Herzogs Johann Wilhelm, in einem konfessionell aufgeladenen Erbfolgestreit zwischen Johann Sigismund von Brandenburg und Philipp Ludwig von Pfalz-Neuburg umkämpft war.⁴⁵² Beide Anspruchsteller vereinbarten in den Dortmunder Verträgen vom 31. März und 10. Juni 1609 ein gemeinsames Vorgehen⁴⁵³ und versuchten, die Stände für sich zu gewinnen. In diesen Kontext sind die Zusagen einzuordnen, die die Fürsten den Landständen 1609 gaben und unter denen auch geregelt war, dass die wesentlichen Ämter durch Einheimische besetzt werden sollten.⁴⁵⁴ Nach der Aufteilung des vereinigten Herzogtums Jülich-Kleve-Berg zwischen Brandenburg und

450 *Hattenhauer*, Geschichte des deutschen Beamtentums, S. 144.

451 Straubel hat für seinen Untersuchungszeitraum von 1763 bis 1806 45 Räte aus anderen Territorien ermittelt bei einer Untersuchung von 423 Beamten: *Straubel*, Beamte und Personalpolitik im altpreußischen Staat, S. 30.

452 Allgemein zum Erbfolgestreit: *Schulze*, Der Jülich-Klevische Erbfolgestreit als deutscher und europäischer Konflikt, in: Groten/Looz-Corswarem/Reininghaus, Der Jülich-Klevische Erbstreit 1609, S. 1. Zu der Politik der Landstände von Kleve und Mark im Erbfolgestreit: *Kaiser*, Erweiterte Spielräume, in: Groten/Looz-Corswarem/Reininghaus, Der Jülich-Klevische Erbstreit 1609, S. 83.

453 Dortmunder Rezeß, 31. Mai/10. Juni 1609, in: *Lorenz*, Quellen zur Vorgeschichte und zu den Anfängen des Dreißigjährigen Krieges, S. 81 – 85; Ausführungsvereinbarungen zum Dortmunder Rezeß, in: Ebd., S. 86 f.

454 Derer Administratoren in den Jülich-Clev- und Bergischen Landen Revers, welchen sie denen Land-Ständen des Hertzogthums Jülich, ihrer Privilegien und Freyheiten halber, ertheilet, 11./22. Juli 1609, in: *Lünig*, Collectatio Nova, Worinn der Mittelbahren, oder Landsäßigen Ritterschaft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...], Band 1, Sp. 1187 – 1190 (1189 f.). Zu den Hintergründen dieser Regelung: *Cürten*, Die Organisation der jülich-klevischen Landesverwaltung vom Beginn des Erbfolgestreites bis zur Abdankung des Markgrafen Ernst (1609–13), Beiträge zur Geschichte des Niederrheins 24 (1911), 205 (S. 222 ff.).

Pfalz-Neuburg im Vertrag von Xanten 1614⁴⁵⁵ bestätigte Kurfürst Friedrich Wilhelm 1649⁴⁵⁶ und 1660⁴⁵⁷ für seine Landesteile Cleve und Berg die Vergabe von Ämtern an Einheimische. Im Landesteil von Pfalz-Neuburg existierten keine solche Regelungen.⁴⁵⁸

Ähnlich verhielt es sich mit dem Herzogtum Pommern. Nachdem Schweden das Herzogtum Pommern 1630 militärisch besetzte und dessen Verbleib nach dem Tod des kinderlosen Bogislaw XIV. unklar erschien, ließen sich die Landstände von diesem 1634 ihre Rechte, wozu unter anderem die Kontrolle der Beamtenschaft gehörte, verbrieften.⁴⁵⁹ Nachdem Herzog Bogislaw XIV. 1637 starb, wurde Pommern durch einen Teilungsvertrag 1647, bestätigt durch den Friedensvertrag von Osnabrück 1648, zwischen

455 Xantener Provisionalvergleich, 12. November 1614, in: *Lorenz*, Quellen zur Vorgeschichte und zu den Anfängen des Dreißigjährigen Krieges, S. 177 – 186 (181).

456 Land-Tags-Abschied zwischen Churfürst Friedrich Wilhelm zu Brandenburg an einem; dann denen Land-Ständen aus Ritterschafft und Städten des Fürstenthums Cleve und der Graffschafft Markck am andern Theile, 9. Oktober 1649, in: *Lünig*, *Collectatio Nova*, Worinn der Mittelbahnen, oder Landsäßigen Ritterschafft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...], Band 1, Sp. 1019 – 1052 (1022 – 1036). Zu den Hintergründen: *Holenstein*, Formen politischen Handelns der kleve-märkischen Landstände 1640–1660, *Parliaments, Estates and Representation* 5 (1985), 59 (S. 62 f.).

457 Land-Tags-Abschied, so von Chur-Fürst Friedrich Wilhelmen zu Brandenburg dero getreuen Land-Ständen von Ritterschafft und Städten des Hertzogthums Cleve und Graffschafft Marck auf einem ausgeschriebenen Land-Tage ertheilet worden, 14. August 1660, in: *Lünig*, *Collectatio Nova*, Worinn der Mittelbahnen, oder Landsäßigen Ritterschafft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...], Band 1, Sp. 1057 – 1082 (1061 f.). Als Ergebnis eines 20-jährigen Machtkampfes zwischen Landständen und Kurfürst deutet dies: *Holenstein*, Formen politischen Handelns der kleve-märkischen Landstände 1640–1660, *Parliaments, Estates and Representation* 5 (1985), 59 (61).

458 Vgl. *Opengoorth*, Stände im Spannungsfeld zwischen Brandenburg-Preußen, Pfalz-Neuburg und den niederländischen Generalstaaten: Cleve-Mark und Jülich-Berg im Vergleich, in: Baumgart, Ständetum und Staatsbildung in Brandenburg-Preussen, S. 243 (254). Auf eine Regelung von 1672 verwies jedoch: *Pütter*, Historisch-politisches Handbuch von den besonderen Teutschen Staaten, Erster Theil, S. 465.

459 Die Fürstliche Pommersche Regiments-Verfassung, 1634, in: *Dähnert*, Sammlung gemeiner und besonderer Pommerscher und Rügischer Landes-Urkunden [...], Band 1, S. 337 – 358. Dazu: *Oestreich*, Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungs-urkunde, in: *Oestreich*, Strukturprobleme der frühen Neuzeit, S. 229 (S. 241 f.); *Heinrich*, Ständische Korporationen und absolutistische Landesherrschaft in Preußisch-Hinterpommern und Schwedisch-Vorpommern (1637–1816), in: Baumgart, Ständetum und Staatsbildung in Brandenburg-Preussen, S. 155 (158).

Brandenburg und Schweden aufgeteilt.⁴⁶⁰ Nachdem Schweden 1653 Hinterpommern räumte, garantierte der bezüglich der pommerschen Stände äußerst vorsichtig agierende⁴⁶¹ Kurfürst Friedrich Wilhelm 1654 wiederum die Besetzung von Ämtern mit Einheimischen als ständisches Recht.⁴⁶² Derweil wurde das Indigenatsrecht 1663 im schwedisch kontrollierten Vorpommern garantiert, indem Ämter nur an Personen vergeben werden sollten, die des „*Juris indigenatus*“ fähig seien.⁴⁶³ Nach den Verlusten durch den Frieden von Stockholm 1720⁴⁶⁴ garantierte Schweden im verbliebenen Einflussgebiet den Landständen nochmals die ausschließliche Vergabe von Ämtern an Eingeborene und Personen, „denen das *Jus indigenatus* in Pommern comperiret, welche im Lande seßhaftig, auch der Pommerschen Rechte und Gewohnheiten wohl erfahren seyn“.⁴⁶⁵

Ebenfalls als Entschädigung fielen die ehemals geistlichen Territorien Minden und Halberstadt im Frieden von Osnabrück an Brandenburg.⁴⁶⁶

460 Art. X, §§ 2 – 5, Osnabrücker Friedensvertrag vom 14./24. Oktober 1648, in: *Buschmann, Kaiser und Reich, Teil II: Vom Westfälischen Frieden 1648 bis zum Ende des Reiches im Jahre 1806*, S. 15 – 106 (68 – 70).

461 *Heinrich*, Ständische Korporationen und absolutistische Landesherrschaft in Preußisch-Hinterpommern und Schwedisch-Vorpommern (1637–1816), in: Baumgart, Ständetum und Staatsbildung in Brandenburg-Preussen, S. 155 (S. 159 ff.).

462 Land-Tages-Recess, welcher zwischen Churfürst Friedrich Wilhelm zu Brandenburg, als Herzogen in Pommern, und dessen Hinter-Pommerischen Prälaten, Ritterschafft und Städten das Regiment und Policey des Landes in eine gute Ordnung und Verfassung zu bringen, 11. Juli 1654, in: *Lünig, Collectatio Nova, Worinn der Mittelbahren, oder Landsäßigen Ritterschafft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...]*, Band 2, Sp. 91 – 248 (213 f.).

463 Regiments-Form der Königl. Schweden-Vor-Pommerischen Regierung, 17. Juli 1663, in: Ebd., Sp. 249 – 266 (254); der Text ist auch abgedruckt in: *Dähnert, Sammlung gemeiner und besonderer Pommerscher und Rügischer Landes-Urkunden [...]*, Band 1, S. 359 – 373.

464 Friedensvertrag zwischen den Kronen Schweden und Preussen, 1720, in: Ebd., S. 195 – 204.

465 König Friedrichs des I. in Schweden, in deroselben und des Reichs Schweden allerhöchsten Nahmen, allergnädigst bestätigte und festgestellte Privilegien der Vor-Pommerischen und Rügianischen Land-Stände von Ritterschafft und Städten, 18. Dezember 1720, in: *Lünig, Collectatio Nova, Worinn der Mittelbahren, oder Landsäßigen Ritterschafft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...]*, Band 2, Sp. 289 – 304 (296, 303).

466 Art. XI, §§ 1, 4, Osnabrücker Friedensvertrag vom 14./24. Oktober 1648, in: *Buschmann, Kaiser und Reich, Teil II: Vom Westfälischen Frieden 1648 bis zum Ende des Reiches im Jahre 1806*, S. 74 ff.

Sowohl in Halberstadt⁴⁶⁷ als auch in Minden⁴⁶⁸ wurden kurz darauf die ständischen Rechte mit Vorrechten bei der Ämtervergabe verbrieft.

In Sachsen findet sich der Vorrang der Einheimischen bei der Ämtervergabe in einer Resolution von 1612, mit der auf ständische Beschwerden eingegangen wurde. Dabei legte diese ein Vorrang der „Land-Kinder vor fremden Ausländern“ fest.⁴⁶⁹ 1715 wurde wiederum in Sachsen ein Vorrang der Einheimischen bei der Ämtervergabe versichert⁴⁷⁰ und 1718 bestätigt.⁴⁷¹ 1781 wurde den sächsischen Landständen nochmals zugesichert, dass bei der Ämtervergabe eine bevorzugte Berücksichtigung von „Landes-Eingebo-rene“⁴⁷² stattfinde.

Im Testament Herzog Ernst zu Sachsen-Gothas aus dem Jahr 1654 riet dieser seinen Söhnen, Diener einzustellen, „wo möglich, gar in unsern

467 Extract aus den zwischen Chur-Fürst Friedrich Wilhelmen zu Brandenburg und den Ständen des Hoch-Stifts Halberstadt getroffenen Homagial-Recess, 22. April 1650, in: *Lünig*, Collectatio Nova, Worinn der Mittelbahren, oder Landsäßigen Ritterschafft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...], Band 1, Sp. 1107 – 1114 (1110). Zu den Hintergründen: *Neugebauer*, Die Stände in Magdeburg, Halberstadt und Minden im 17. und 18. Jahrhundert, in: Baumgart, Ständetum und Staatsbildung in Brandenburg-Preussen, S. 170 (S. 174 ff.).

468 Recessus Homagialis, 22. Februar 1650, in: *Culemann*, Sammlung derer Vornehmsten Landes-Verträge Des Fürstenthums Minden, S. 227 – 246 (241 f.); vgl. auch Vergleich mit denen Ständen, 1667, in: Ebd., S. 256 – 261 (258). Zu den Hintergründen: *Neugebauer*, Die Stände in Magdeburg, Halberstadt und Minden im 17. und 18. Jahrhundert, in: Baumgart, Ständetum und Staatsbildung in Brandenburg-Preussen, S. 170 (S. 172 ff.).

469 Sr. Churfl. Durchl. Zu Sachsen... Christiani II. Resolution und Erledigung derer gebrechen, Welche in dem Anno 1609 zu Torgau gehaltenem Land-Tage, von der Landschaft des Chur- und Fürstenthums Sachsen [...] zur Nachrichtung verfertigt worden, 23. April 1612, in: *Lünig*, Codex Augusteus, oder neuvermehrtes Corpus Juris Saxonici [...], Band 1, Teil 1, Sp. 167 – 194 (178).

470 Extract aus der Resolution auf die Praeliminar-Schrifft und Gravam. Sub dato den 30. April 1715, in: Ebd., Teil 1, Sp. 374 – 377 (377).

471 Extract aus dem Land-Tags-Abschiede de dato 28. Mai 1718, in: Ebd., Teil 1, Sp. 403 – 406 (404).

472 Extract aus der Resolution vom 9. Februar 1781 auf die von Er. getreuen Landschaft sub dato den 29. Januar 1781 übergebene Präliminar-Schrift, in: Zweyte Fortsetzung des Codicis Augustei [...]. worinnen die in dem Chrfürstenthum Sachsen [...] auch denen Markgraffthümern Ober- und Nieder-Lausitz ergangene Mandata, Generalien, und andere gesetzliche Vorschriften bis zum Jahr 1800 enthalten [...], Abteilung 1, Sp. 21 – 24 (23).

Fürstenthum gebohren, oder begütert seyn, auch die vor andern sich was versucht, oder sonsten Kreutz und Unglück ausgestanden haben.“⁴⁷³

Die Landschaft in Braunschweig-Wolfenbüttel hatte das Recht eines Vorrangs der Landes-Kinder vor Ausländern bei der Ämterbesetzung, was 1709 bestätigt wurde.⁴⁷⁴

Das, auch in Deutschland diskutierte, dänische Indigenatsedikt von 1776, das erste Gesetz, das das Indigenat umfassend und in dieser Form regelte, bestimmte, dass Ämter nur an Personen vergeben werden sollte, die in „Unsern Staaten oder von solchen daselbst gebürtigen Unterthanen, die sich auf Reisen oder um Unsers Dienstes willen außerhalb Landes aufhalten möchten, geboren sey“.⁴⁷⁵ Dabei handelte es sich um ein neu eingeführtes Rechtsinstitut, das der in Dänemark aufkommenden Deutschenfeindlichkeit geschuldet war, nachdem der Leibarzt des dänischen Königs, Johann Friedrich Struensee, als faktischer Alleinherrscher seine aufklärerischen Ideale in die Tat umsetzen wollte.⁴⁷⁶ Als Politikum veranlasste das Gesetz einige Schriften, die sich mit ihm beschäftigten,⁴⁷⁷ und im nächsten Abschnitt betrachtet werden. Anlässlich des Indigenatsediktes wurden Gedenkmünzen geprägt⁴⁷⁸ und zwei Schiffe auf den Namen „Indfødsretten“

473 Extract aus Hertzog Ernsts zu Sachsen-Gotha Testament de Anno 1654, wie sich dessen Herren Söhne gegen ihre Ritter- und Landschaft verhalten sollen, in: *Lünig*, *Collectatio Nova*, Worinn der Mittelbahren, oder Landsäßigen Ritterschafft [...] Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind [...], Band 2, Sp. II – 14 (12).

474 Jura, Privilegia und Freyheiten der gesamten Braunschweig-Wolfenbüttelischen Landschaft so wohl insgemein, als jeder Curiae insonderheit [...], 1709 de novo confirmiret, in: Ebd., Sp. 149 – 166 (151).

475 Art. I, Dänisches Indigenatedikt vom 15. Januar 1776, abgedruckt in: *Schirach*, Ueber das Königliche Dänische Indigenatrecht und einige andre Gegenstände der Staatswissenschaft und Geschichte, S. 58 – 63 (59). Ein Abdruck des Indigenatediktes findet sich auch bei: *Krünitz*, Art. Incolat, in: *Krünitz*, *Oeconomische Encyclopädie*, 29. Theil, S. 499 (510 – 517).

476 *Bohnen*, Johann Friedrich Stuensee und die Folgen, Das achtzehnte Jahrhundert 25 (2001), 272. Auch der zeitgenössische dänische Historiker Mallig rückte die Struensee-Affäre in die Nähe des Indigenatsedikts, vgl. *Malling*, Große und gute Handlungen einiger Dänen, Norweger und Holsteiner, S. 443 ff. Moderne Darstellung: *Bohn*, Dänische Geschichte, S. 81 f.

477 *Dusch*, Rede von dem Geiste des Indigenatrechts; *Schirach*, Ueber das Königliche Dänische Indigenatrecht und einige andre Gegenstände der Staatswissenschaft und Geschichte. Auch einschlägig: *Rothe*, Om Indføds-Retten, in: *Rothe*, Tyge Rothes adspredte Skrifter, Andet Bind, S. 3.

478 *Krünitz*, Art. Incolat, in: *Krünitz*, *Oeconomische Encyclopädie*, 29. Theil, S. 499 (S. 519 ff.).

getauft.⁴⁷⁹ Wichtiger ist jedoch, dass das dänische Indigenatsedikt von 1776, das bis 1898 in Kraft war, als Ursprung der dänischen Staatsangehörigkeit gilt.⁴⁸⁰

Die Vergabe von einigen Ämtern im Reich war ab 1519 durchgehend durch Vorschriften der Wahlkapitulationen beschränkt.⁴⁸¹ Schon die Wahlkapitulation von Karl V. von 1519 regelte, dass die Reichsämter nur an „geborene Deutsche“ verliehen werden sollten. Mit dieser ursprünglichen Formulierung tauchte diese Regelung bis zur Wahlkapitulation von Ferdinand II. von 1619 auf.⁴⁸² Eine Veränderung der Formulierung erfolgte erstmals in der Wahlkapitulation von Ferdinand III. von 1636, in der – wahrscheinlich anlässlich des Dreißigjährigen Krieges – der Anwendungsbereich der militärischen Ämter besonders betont wurde.⁴⁸³ Ab dem Projekt einer beständigen Wahlkapitulation 1711 wurde die Ämtervergabe ein wenig geöffnet, indem die Formulierung aufgenommen wurde, dass Reichsämter auch von solchen Personen übernommen werden konnten, die „dem Reich mit Lehen-Pflichten verwandt, des Reichs Weesens kundig und von Uns dem Reich nützlich erachtet werden, die nicht niedern Stands noch Weesens, sondern nahmhafter hohe Personen und mehrentheils von Reichs-Fürsten, Graffen, Herren und von Adel oder sonsten guten tappfe-

479 Das Logbuch des ersten Schiffes zu einer Konvoifahrt 1780/81 zum Kap der Guten Hoffnung und zurück ist erhalten: Vgl. *Hansen*, Sources of the history of North Africa, Asia and Oceania in Denmark, S. 112. Das zweite Schiff des Namens wurde am 2. April 1801 in der Seeschlacht von Kopenhagen versenkt: *Laird Clowes*, The Royal Navy, Volume 6, S. 561.

480 *Ersbøll*, Report on Citizenship Law: Denmark, S. 2.

481 Dazu unvollständig: *Karbach*, Die Rechtsfigur des Indigenats in der Geschichte Preußens und Württembergs von der Zeit des Heiligen Römischen Reichs bis zur Gründung des deutschen Nationalstaats von 1871, S. 54 ff.

482 Art. 13, Wahlkapitulation Karl V. vom 3. Juli 1519, in: *Burgdorf*, Die Wahlkapitulationen der römisch-deutschen Könige und Kaiser 1519–1792, S. 21 – 32 (25); Art. 12, Wahlkapitulation Ferdinand I. vom 7. Januar 1531, in: Ebd., S. 33 – 45 (38); Art. 12, Wahlkapitulation Ferdinand I. vom 14. März 1558, in: Ebd., S. 46 – 59 (52); Art. 13, Wahlkapitulation Maximilian II. vom 30. November 1562, in: Ebd., S. 60 – 75 (65 f.); Art. 12, Wahlkapitulation Rudolf II. vom 1. November 1575, in: Ebd., S. 76 – 90 (81 f.); Art. 13, Wahlkapitulation Matthias vom 18. Juni 1612, in: Ebd., S. 91 – 109 (97); Art. 12, Wahlkapitulation Ferdinand II. vom 28. August 1619, in: Ebd., S. 110 – 128 (116).

483 Art. 15, Wahlkapitulation Ferdinand III. vom 24. Dezember 1636, in: Ebd., S. 129 – 153 (136).

ren Herkommens⁴⁸⁴ waren. Diese Formulierung findet sich von da an in allen Wahlkapitulationen bis zu der von 1792.⁴⁸⁵

Die Reglementierung der Ämtervergabe und die vorrangige Vergabe an Eingeborene betraf nicht nur höchste Staatsämter, sondern auch geistliche Stellen und andere Positionen. Eine Verordnung Kaiser Joseph II. versagte demjenigen, „welcher nicht in den k. k. Staaten gebürtig ist“⁴⁸⁶ die Erlangung der Position eines Klosterobern. In Preußen sollten geistliche Ämter nur von Einheimischen besetzt werden.⁴⁸⁷ Ein Verbot der Ämtervergabe bezüglich geistlicher Ämter an Ausländer in Schlesien sprach davon, dass solche Ämter nicht mit „Ausländer[n]“, sondern mit „Landeskindern“ besetzt werden sollen.⁴⁸⁸ Eine Declaration von 1778 mit gleichem Inhalt behielt die Ämter den „Subjecta [...], die aus Unsern Souverainen Herzogthum Schlesien und der Graffschaft Gleitz gebürtig sind“ vor.⁴⁸⁹ Eine Circu-

484 Art. 23, Projekt einer beständigen Wahlkapitulation vom 8. Juli 1711, in: *Burgdorf*, Die Wahlkapitulationen der römisch-deutschen Könige und Kaiser 1519–1792, S. 276 – 312 (303).

485 Art. 23, Wahlkapitulation Karl VI. vom 12. Oktober 1711, in: Ebd., S. 313 – 364 (353); Art. 23, § 4, Wahlkapitulation Karl VII. vom 24. Januar 1742, in: Ebd., S. 364 – 457 (445); Art. 23, § 4, Wahlkapitulation Franz I. vom 13. September 1745, in: Ebd., S. 458 – 548 (535); Art. 23, § 4, Wahlkapitulation Joseph II. vom 27. März 1764, in: Ebd., S. 549 – 640 (628); Art. 23, § 4, Wahlkapitulation Leopold II. vom 10. September 1790, in: Ebd., S. 641 – 734 (721); Art. 23, § 4, Wahlkapitulation Franz II. vom 5. Juli 1792, in: Ebd., S. 735 – 821 (810).

486 Verordnung vom 20. März 1772, in: Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die K.K. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze [...], Band 2, S. 107 – III (110 f.).

487 Rescript vom 30. November 1755 an das Stift St. Sebastian zu Magdeburg, wie es mit denen Ausländern, die bey Stiftungen immatriculiret sind, und mit denen immatriculatis, die sich nur in auswärtigen Diensten befinden gehalten werden solle, in: *Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium praecipue Marchicarum* [...], Band 1, Sp. 911 – 912 (912).

488 Königliche CammerVerordnung vom 8. März 1773 wegen Erneuerung des verbots, daß keine Ausländer zu geistlichen Beneficiis admittiert werden sollen, in: Sammlung aller in dem souverainen Herzogthum Schlesien und der demselben incorporierten Graffschaft Glatz [...] ergangenen und publicirten Ordnungen, Edicte, Mandate, Rescripte [...], Band 14, S. 25 – 26 (25).

489 Declaration vom 28. Januar 1778, daß keine Ausländer in die Schlesischen Geistlichen Stifter und Klöster, noch zu andern Geistlichen Beneficiis angenommen werden sollen, in: Sammlung aller in dem souverainen Herzogthum Schlesien und der demselben incorporierten Graffschaft Glatz [...] ergangenen und publicirten Ordnungen, Edicte, Mandate, Rescripte [...], Band 16, S. 4 – 15 (14).

lare von 1783 erwähnte hingegen nur die Ausländer, denen es verboten war, in einem Stift aufgenommen zu werden.⁴⁹⁰

Eine weitere schlesische Regelung verbot die Beschäftigung ausländischer Verwalter auf Gütern. Hier sollten nur „eingebohrnte Schlesische Beamte und Administratores“ auf den Gütern beschäftigt werden.⁴⁹¹ Dass diese Vorschrift nicht immer eingehalten wurde, zeigt eine Circulare aus dem folgenden Jahr, die das Verbot wiederholte.⁴⁹² Eine ähnliche Regelung erging 1783 im Fürstentum Anhalt-Dessau. Nach dieser war es untersagt, Fremde ohne soziale Absicherung und Vermögen zu beschäftigen, „damit dergleichen Fremde bey ihrem erfolgenden Unvermögen nicht andern zur Last fallen, und dadurch andern bedürftigen Landes-Kindern das Almosen verkürzen.“⁴⁹³

Eine weitere Diskriminierung bestand oftmals hinsichtlich akademischer Stellen. So wurde in Brandenburg bezüglich der Universität Frankfurt (Oder) 1602 und 1611 ein Vorrang der Einheimischen bei der Einstellung von Professoren geregelt: „[A]uf das Unsere Unterthanen sich solches Beneficii vor andern zu erfreuen; Soll forthin allezeit gegen einem Auslander, aufs wenigste zwene Einheimische eingenommen und befördert werden.“⁴⁹⁴

490 Circulare vom 7. April 1783 an das Cammer-Gericht und sämtliche Landes-Regierungen exclusive Schlesien [...] daß bey den Dom- und andern Stiftern keine Ausländer eingeschrieben und aufgenommen werden solten, in: *Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium praecipue Marchicarum* [...], Band 7, Sp. 2107 – 2108 (2107).

491 Declaration vom 8. Februar 1778, daß keine Schlesischen Güther und Revenus an ausländische Pächter verpachtet, noch auf selbigen ausländische Leute zu Beamten und Administratoren angestellt werden sollen, in: *Sammlung aller in dem souverainen Herzogthum Schlesien und der demselben incorporirten Graffschaft Glatz* [...] ergangenen und publicirten ordnungen, Edicte, Mandate, Rescripte [...], Band 16, S. 20 – 21 (21).

492 Circulare vom 10. Juni 1779 wegen verbotener Anstellung ausländischer Beamten auf den Schlesischen Gütern, in: *Ebd.*, S. 165 – 166.

493 Verordnung vom 22. April 1783, in: *Sammlung Landesherrlicher Verordnungen, welche in dem Fürstenthum Anhalt-Dessau ergangen* [Band 1], S. 214 – 215 (215).

494 Chur-Fürst Joachim Friedrichs zu Brandenburg Erläuter- und Bestätigung derer von seinen Vorfahren ihren Land-Ständen ertheilter Reverse über ihre Privilegien und Freiheiten vom 11. März 1602, in: *Lünig, Collectatio Nova, Worinn der Mittelbahren, oder Landsäßigen Ritterschafft* [...] *Sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten, enthalten sind* [...], Band 1, Sp. 875 – 890 (879). Auf ein Verhältnis von einem Ausländer zu drei Einheimischen verändert: § 7, Landtags-Abschied und Revers vom 11. Juni 1611, der Neumärckischen Landschafft gegeben, in: *Des Corpus Constitutionum Marchicarum, Sechster Theil, Abteilung 1*, Sp. 209 – 234 (213).

In Marburg sollten „Innländische“ bevorzugt als Majores mit Stipendien versorgt werden. Nur, wenn es nicht genügend von diesen gab, sollten Ausländer, die sich verpflichteten „dem Vatterland zu dienen“, gefördert werden.⁴⁹⁵

Die dargestellten Differenzierungen waren jedoch keine exklusive Erscheinung des deutschsprachigen Raumes. Noch deutlich früher als der Sachsenspiegel legte 614 ein Edikt Chlothars II. fest, dass kein Richter aus einer anderen Provinz oder Region bestellt werden sollte, da der Richter bei Amtspflichtverletzungen mit seinem Vermögen haftete.⁴⁹⁶ Eine Beschränkung der Ämtervergabe kannte auch die Joyeuse Entrée von Brabant von 1356.⁴⁹⁷ In Frankreich bestand ein Ausschluss von Fremden von kirchlichen und weltlichen Ämtern.⁴⁹⁸ In den Niederlanden existierten im 15. und 16. Jahrhundert ähnliche Bestimmungen.⁴⁹⁹ Hugo Grotius erwähnte eine entsprechende Beschränkung in seiner Einleitung in das Holländische Recht.⁵⁰⁰ Die polnischen Könige verpflichteten sich in Königlich Preußen Schlösser und Burgen sowie Kastellanämter und das Amt des Wojewoden nur an eingeborene Preußen zu geben.⁵⁰¹ Schließlich sollte nach der schwedischen Regimentsform von 1634 der königliche Rat aus Eingeborenen bestehen.⁵⁰²

495 Titel IV, § 2, Erneuerte Stipendiaten-Ordnung von 1684, in: Sammlung Fürstlich-Hessischer Landes-Ordnungen und Ausschreiben [...], Band 3, S. 269 – 283 (277).

496 Chlothars II. Edikt von Paris vom 18. Oktober 614, in: *Kaiser/Scholz*, Quellen zur Geschichte der Franken und Merowinger, S. 158 – 163 (161).

497 § 4, Joyeuse Entrée, in: *Näf*, Herrschaftsverträge des Spätmittelalters, S. 45 – 66 (46 f.). Zu den Hintergründen: *Gilissen*, Le Statut des Etrangers en Belgique du XIIIe au XXe Siecle, in: Société Jean Bodin, L'étranger Foreigner, S. 231 (S. 259 ff.).

498 M. w. N. *Légier*, Histoire du droit de la nationalité française des origines à la veille de la réforme de 1889, Tome 1, S. 54.

499 *Feenstra/Klompmaaker*, Le Statut des Etrangers aux Pays-Bas, in: Société Jean Bodin, L'étranger Foreigner, S. 333 (S. 359 f.).

500 *Grotius*, The Jurisprudence of Holland, Volume 1, S. 56 f.

501 *Berg*, Landesordnungen in Preußen vom 16. bis zum 18. Jahrhundert, S. 183 f. Zum Streit um das preußische Indigenat siehe: *Mattek*, Die Stände des Königlichen Preußen und die Republik Polen in den Jahren 1526 bis 1660, in: Baumgart, Ständetum und Staatsbildung in Brandenburg-Preussen, S. 108 (S. 112 ff.); *Friedrich*, The Other Prussia, S. 34 ff. Zum Indigenatserfordernis bei der Aufnahme in einer Zunft: *Borawska*, Der Begriff des Indigenats im Streit um ein Zunftaufnahmegesuch in Allenstein 1523, Zeitschrift für die Geschichte und Altertumskunde Ermlands 43 (1985), 7.

502 § 5, Regimentsform von 1634, in: *Roberts*, Sweden as a Great Power, S. 18 – 28 (19 f.). Zu der Regelung: *Oestreich*, Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde, in: *Oestreich*, Strukturprobleme der frühen Neuzeit, S. 229 (S. 237 ff.).

b) Begründungen für die Differenzierung in der Ämtervergabe

Die Vergabe von Ämtern war ein umstrittener politischer Bereich, in dem das Interesse des Landesherrn an einer zentralisierten und effektiven Beamtenschaft mit dem Interesse der Stände an einer Partizipation an der Verwaltungstätigkeit und der damit verbundenen Besoldung kollidierte. Entsprechend finden sich in der Literatur Argumente gegen, vor allem aber für eine Bevorzugung von Einheimischen. Die beiden Positionen dieser Debatte können durch zwei Rechtsregeln illustriert werden: Während die Rechtsregel „Zu Ämtern braucht man nicht Landeskinder, sondern Männer“⁵⁰³ die Perspektive des Landesherrn widerspiegelte, verdeutlichte die Regel „Landeskinder soll man vor andern fördern“⁵⁰⁴ die Gegenposition.

Die Existenz von Schlechterstellungen der Fremden im 18. Jahrhundert überrascht, da es der vorherrschenden Bevölkerungspolitik widersprach. Die Landesherren bemühten sich durchgängig, ihre Gebiete zu bevölkern und durch die Ansiedlung neuer Bevölkerungsgruppen die Produktivität ihrer Länder zu erhöhen.⁵⁰⁵ Theoretiker dieser Bevölkerungspolitik kritisierten entsprechende Indigenatregelungen scharf, erschwerten sie doch die Anwerbung von Einwanderern. So stellte der Kameralist Georg Heinrich Zincke⁵⁰⁶ die positive Wirkung der Erteilung des Indigenats an Einwanderer heraus.⁵⁰⁷ Johann Heinrich Gottlob von Justi⁵⁰⁸ betonte nicht nur die Wichtigkeit der Naturalisierung von Einwanderern, sondern auch die Rechtsgleichheit zwischen Eingeborenen und Eingewanderten: „Denn niemand ziehet gerne in ein Land, wo er weiß, daß er geringer gehalten werden wird, als andere Einwohner, und wo er die alten Einwohner kränkende Vorzüge genießen siehet, darzu er sich keine Hofnung machen darf.“⁵⁰⁹

503 M. w. N. Schmidt-Wiegand, Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, S. 32.

504 Estor, Bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen [Band 1], S. 49; m. w. N. Schmidt-Wiegand, Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, S. 219.

505 Zur Bevölkerungspolitik: Fuhrmann, Volksvermehrung als Staatsaufgabe?

506 Zu Zincke: Zimmermann, Art. Zincke, Georg Heinrich, in: Historische Commission bei der Königlichen Akademie der Wissenschaften, Allgemeine Deutsche Biographie, Band 45, S. 313.

507 Zincke, Anfangsgründe der Kameralwissenschaft [...], Erster Theil, Erste Abtheilung, S. 278.

508 Zu Justi: Schelp, Das Allgemeine Staatsrecht – Staatsrecht der Aufklärung, S. 70 f.; Adam, The Political Economy of J. H. G. Justi; Stolleis, Art. Justi, Johann Heinrich Gottlob (1717–1771), in: Cordes/Lück/Werkmüller, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band II, 1471–1472.

509 Justi, Die Grundfeste zu der Macht und Glückseeligkeit der Staaten [...], Erster Band, S. 239.

Noch schädlicher finde er nur die Bevorzugung der Fremden, um sie in das Land zu locken, da die Eingeborenen nichts dafür könnten, dass das Land aufgrund seiner Unterbevölkerung Einwanderer bräuchte.⁵¹⁰ Eine absolute Rechtsgleichheit zwischen Eingeborenen und Eingewanderten war jedoch nicht einhellige Präferenz unter den Kameralisten.⁵¹¹

Einen ersten Anhaltspunkt für die Begründungen der Beschränkungen der Ämtervergabe geben die Ausführungen in den Fürstenspiegeln, die oft auch Anleitungen zu guter und zweckmäßiger Verwaltung beinhalteten.⁵¹² Eine Stellungnahme findet sich im Werk „Aulico Politica“ des wolffenbüttele Beamten Georg Engelhard Löhneiss.⁵¹³ Dieser riet den Fürsten zunächst, seine Beamten aus der Landschaft, also aus der Gruppe der adeligen und begüterten Personen, zu nehmen. Diese würden den Zustand des Landes am besten kennen und bei schlechter Leistung davon selbst am stärksten betroffen sein. Zudem entspreche es der natürlichen Vernunft, das diejenigen, die die Last des Staates tragen müssen, den Nutzen ziehen sollten. Zur Illustration dieses Ratschlags führte Löhneiss den Ausbruch des gerade begonnenen Dreißigjährigen Krieges auf fehlerhafte Besetzung von Ämtern in Böhmen und den des Achtzigjährigen Krieges auf fehlerhafte Ämterbesetzung in den Niederlanden zurück.⁵¹⁴ Zugleich könne ein Fürst auch ausländische Beamte haben, er müsse nur darauf achten, ihnen nicht vorschnell brisante Informationen anzuvertrauen und dass die ausländischen Beamten nicht anderen Herrschern verpflichtet seien oder unter andern Fürsten allzu viele Güter hätten.⁵¹⁵ Sehr ähnlich empfahl 1660 Veit Ludwig von Seckendorff in seinem ungleich bedeutenden „Teutschen Fürsten-Staat“⁵¹⁶ vorrangig Ämter an Einheimische zu vergeben: „Wo man solche Personen haben kann / die im Lande gebohren / gezogen /

510 *Justi*, Die Grundfeste zu der Macht und Glückseeligkeit der Staaten [...], Erster Band, S. 239.

511 Zincke plädierte so dafür, den Eingeborenen Vorrechte gegenüber den Einwanderern zu lassen und den Einwanderern als Ausgleich dafür andere Privilegien einzuräumen: *Zincke*, Anfangsgründe der Kameralwissenschaft [...], Erster Theil, Erste Abtheilung, S. 277.

512 *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 1, S. 342 ff.

513 Zu Löhneiss: Ebd., S. 351 f.; *Conrads*, Ritterakademien der frühen Neuzeit, S. 100 f.

514 *Löhneiss*, Aulico Politica, S. 189.

515 Ebd., S. 190.

516 Zu Seckendorff und seinem Werk: *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 1, S. 352 ff.; *Stolleis*, Veit Ludwig von Seckendorff, in: *Stolleis*, Staatsdenker in der frühen Neuzeit, S. 148; *Kleinheyer*, Art. Veit Ludwig von Seckendorff (1626–1629), in: *Kleinheyer/Schröder*, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, S. 396.

oder mit ihrem meisten Vermögen darinn gesessen sind / pflegt man dieselben / wenn sie sonst geschickt sind / vor Frembden und Außländischen zu gebrauchen / weil vermuthlich die Landkinder / und Ingesessene mit mehrer Lieb und Zuneigung / als andere / im Lande dienen.“⁵¹⁷ Hingegen riet er von der Amtsvergabe an Personen ab, die ein zu enges Verhältnis zu anderen Herrschern hatten: „Nimt man sonderlich zu etwas hohen Diensten nicht gern Personen / die einer andern Herrschafft / mit deren man etwa streitig oder Benachbart ist / mit Pflichten verwandt / oder unter derselben Begütert sind.“⁵¹⁸ Neben der Erwägung größerer Dienstbeflissenheit stand bei Seckendorff die Furcht vor Einflussnahme fremder Mächte gegen die Indienstnahme Fremder. Diese Empfehlung erfolgt zum einen an und aus der Perspektive der Fürsten. Zum anderen wird dem noch keine formalisierte und verrechtlichte Differenzierungskategorie zugrunde gelegt. Vielmehr lautet die Empfehlung an den Fürsten schlicht, Interessenssynergien mit den Beamten zu nutzen und Interessenkonflikte der Beamten zu vermeiden.

Die typischen Argumente in der Literatur des 18. Jahrhunderts für die Beschränkung bei der Ämtervergabe ähnelten denen der Fürstenspiegel und wurden zum Teil auf andere dem Indigenat zugewiesene Differenzierungen übertragen.⁵¹⁹ Es wurde vorgebracht, dass die Beschränkung in der Ämtervergabe ein Ansporn für Eltern und Kinder darstelle, eine gute Erziehung und Ausbildung zu vermitteln und aufzunehmen.⁵²⁰ Des Weiteren seien nur Personen mit Kenntnissen lokaler Rechte und Sitten geeignet, Amtsgeschäfte zum Besten des Staates auszuführen.⁵²¹ Diese hätten ein vorrangiges Interesse an einer ordentlichen Amtsführung: „Ein jeder Mensch pflegt dasjenige Land und denjenigen Ort vorzüglich zu lieben, in welchem er gebohren und erzogen ist. Dessen Wolfahrt schätzt er über alles. Er kennt die in demselben üblichen Sitten und die hervorstechende Denckungsart seiner Mitbürger am besten; die ihm auch viel lieber, als einem Ausländer, gehorsamen.“⁵²² Zudem würden politische Ämter von Ausländern mangels

517 *Seckendorff*, Teutscher Fürsten-Stat, S. 51.

518 Ebd., S. 52.

519 Dazu unten unter Kapitel 1 B III 2 b).

520 *Benekendorf*, *Oeconomia Forensis*, Zweyter Band, S. 212.

521 Z. B.: Vorstellung der protestantischen Landstände des Hochstifts Hildesheim, an ihren gnädigsten Landesherrn und ihre geliebten Mitstände: übergeben den 7. und 9. März 1793, in: *Schlözer*, *Stats-Anzeigen*, 18. Band, S. 266 – 288 (276).

522 *Schröter*, In wiefern die Eingebornen begünstiget werden, in: *Schröter*, *Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen und Peinlichen Rechts*, Erster Band, S. 235 (237).

Verbindung mit dem Land nur als finanziell einträgliche Renten gesehen.⁵²³ So ähnlich äußerte sich der Altdorfer Professor Johann Heumann von Teutschenbrunn: „Sie [sc. fremde Beamte] sind ordentlich eitle Projektmacher, und weil sie weder die teutsche Staats-Verfassung überhaupt, noch das Verhältnis eines Landesherrn gegen seine Landstände oder Nachbarn kennen; so stiften sie nichts, als Verwirrung und Unheil; und wenn sie sich hinlänglich bereichert haben, so entfernen sie sich ganz unversehens.“⁵²⁴ Schließlich findet sich das Argument, dass diejenigen, die die Last des Staates tragen, davon durch Ämter profitieren sollen.⁵²⁵

Aus Sicht der Landesherren konnte die ausschließliche Ämtervergabe an Eingeborene nicht immer durchgehalten werden. Kreittmayr ging in seinem Kommentar zu seinem Zivilrecht zwar vom Grundsatz aus, dass Fremde nicht eingestellt werden sollen. Dies solle jedoch dann nicht gelten, wenn es an „tüchtigen Landeskindern“ mangle „oder etwann andere hocherhebliche Ursachen zur promotion eines fremden anrathen.“⁵²⁶

Das dänische Indigenatsedikt ist die wohl am intensivsten diskutierte Regelung zu der Beschränkung bei der Ämtervergabe. Argumente für eine Ämterbeschränkung äußerte zum Beispiel der dänische Pädagoge und Publizist Johann Jacob Dusch⁵²⁷ in einer Rede. Durch das Edikt werde die Jugend ermuntert, sich auf Ämter vorzubereiten,⁵²⁸ die dank des Indigenatsedikts von 1776 in greifbarer Nähe seien. Zudem werde ein Wetteifer um die Ämter geschaffen.⁵²⁹ Ähnlich enthusiastisch äußerte sich der Historiker Gottlob Benedikt von Schirach.⁵³⁰ Ironischerweise wurde dem in der Oberlausitz geborenen und an der Universität Helmstedt tätigen Schirach aufgrund dieser Schrift das Amt eines dänischen Legationsrates angeboten, das er annahm.⁵³¹ Auch er argumentierte mit der fehlenden Eignung von

523 Vorstellung der protestantischen Landstände des Hochstifts Hildesheim, an ihren gnädigsten Landesherrn und ihre geliebten Mitstände: übergeben den 7. und 9. März 1793, in: *Schlözer*, Stats-Anzeigen, 18. Band, S. 266 – 288 (271).

524 *Teutschenbrunn*, Geist der Gesetze der Teutschen, S. 129.

525 *Benekendorf*, Oeconomia Forensis, Zweyter Band, S. 212.

526 *Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem [...], Fünft- und letzter Theil, S. 1719.

527 Zu Dusch: *Deicke*, Johann Jakob Dusch.

528 *Dusch*, Rede von dem Geiste des Indigenatrechts, S. 15 ff.

529 Ebd., S. 27.

530 Zu Schirach: *Boulay*, Gottlob Benedict von Schirach avant la Revolution Française; *Böning*, „Ein wahrer Philosophischer Royalist“, in: Weiß, Von „Obscuranten“ und „Eudämonisten“, S. 403.

531 Ebd., S. 403 (S. 407 f.).

Ausländern für manche Ämter: „Alle diejenigen Aemter, zu deren Verwaltung Kenntniße des Landes, der Verfassung des Staats, des Charakters der Nation, der Sitten, Gebräuche, Einrichtungen, Gewohnheiten nöthig sind, können von keinem Ausländer, wenigstens nicht ohne Schaden im Anfange, und oft ganz und gar niemals ohne Schaden, fürs gemeine Beste verwaltet werden.“⁵³² Das Indigenatsedikt verhindere auch nicht eine angemessene Bevölkerungspolitik, da die Kinder von Einwanderern wieder als Dänen betrachtet würden.⁵³³ Das Indigenatsedikt könne sogar die Einwanderung nach Dänemark verstärken, da Einwanderer ihren Kindern so das dänische Indigenat verschaffen würden.⁵³⁴ Schirach attestiert dem Indigenatsrecht eine gewisse Integrationswirkung innerhalb Dänemarks.⁵³⁵ Zudem bewahre das Indigenatsrecht die einheimische Wirtschaft vor ausländischer Konkurrenz.⁵³⁶ Die vorliegenden Schriften von Dusch und Schirach sind als Propaganda für die dänische Politik nach der Affäre Struensee einzuordnen, die den deutschen Einfluss in Dänemark eindämmen wollte. Dusch war als dänischer Beamter mit engen Verbindungen zum Hof dafür nutzbar.⁵³⁷ Im Fall von Schirach handelte es sich um eine Auftragsarbeit für die dänische Regierung.⁵³⁸ Schließlich verteidigte ein Beitrag eines anonymen Autors in „Der Teutsche Merkur“ die Beschränkung der Vergabe von Professuren an den dänischen Universitäten an Dänen. Nur auf dem ersten Blick würde Dänemark „seiner Litteratur einen tödlichen Streich versetzen.“⁵³⁹ Die Re-

532 Schirach, Ueber das Königliche Dänische Indigenatrecht und einige andre Gegenstände der Staatswissenschaft und Geschichte, S. 67. Auch dieser Satz wurde von Krünitz später plagiiert: Krünitz, Art. Incolat, in: Krünitz, Oeconomische Encyclopädie, 29. Theil, S. 499 (S. 501f.).

533 Schirach, Ueber das Königliche Dänische Indigenatrecht und einige andre Gegenstände der Staatswissenschaft und Geschichte, S. 81 f.

534 Ebd., S. 101.

535 Ebd., S. 99.

536 Ebd., S. 105 f.

537 Zum engen Verhältnis Duschs zum königlichen Hof: Deicke, Johann Jakob Dusch, S. 6 ff.

538 Von einem ungeklärten Motiv Schirachs beim Abfassen seiner Schrift spricht: Böning, „Ein wahrer Philosophischer Royalist“, in: Weiß, Von „Obscuranten“ und „Eudämonisten“, S. 403 (407). Boulay vermutet zum einen ein Streben nach einer besseren sozialen und finanziellen Situation und ordnet das Werk daher in eine Reihe anderer Werke Schirachs ein, die dem gleichen Zweck dienen sollten. Zum anderen weist sie darauf hin, dass Schirach zum Zeitpunkt des Abfassens der Schrift schon länger ein vertragliches Verhältnis mit dem Königreich Dänemark hatte und zum Abfassen der Schrift aufgefordert wurde: Boulay, Gottlob Benedict von Schirach avant la Revolution Française, S. 57 ff.

539 Ueber das Studienwesen in Dänemark, Der Teutsche Merkur 1783/4, 250 (254).

gelungen zum Indigenat in Dänemark seien bei weitem nicht so streng, wie es zunächst dem Anschein habe, da dieses leichter zu erlangen sei als zum Beispiel das Bürgerrecht von Frankfurt.⁵⁴⁰ Die Nachteile der Beschränkung der Ämtervergabe habe zudem eine aktive Wissenschaftspolitik ausgleichen können.⁵⁴¹

Die Art der Kritik an dem dänischen Indigenatsedikt kann anhand einer anonymen Flugschrift von 1786 rekonstruiert werden: „Und doch kam dir [sc. Dänemark] dein Indigenat nur schwach zu Hülfe; es schützte dich für den hungrigen fremden Schmeichler und für den armen Avanturier, nicht aber für den begüterten Projectmacher und seine begüterten Brüder; dahingegen verschloß es dem fleißigen Künstler und dem Mann von nützlicher Wissenschaft den Zugang.“⁵⁴² Die Möglichkeit, das Indigenat durch eine Geldzahlung zu erlangen, kritisierte auch der aufklärerische Beamte Ludewig von Heß.⁵⁴³ Zudem bemängelte dieser, dass sich Dänemark ein solches Gesetz schlicht nicht leisten könne: „In einem Lande, das keinen Mangel an Menschen hat, und dem es nicht an geschickten Leuten fehlt, ist eine solche Verordnung gut; aber in Dännemark, dem es an jenen und diesen mangelt, ist sie der Bevölkerung schädlich und dem Flor der Wissenschaften und Künste hinderlich.“⁵⁴⁴

Schlichtweg xenophobisch äußerte sich schließlich der Prager Pädagoge Gotthard Liehnie in seinen 1787 erschienenen Aufsätzen zum Vorzug der Landeskinder vor den Fremden bei der Ämtervergabe. Der fremde Beamte bewerbe sich selten mit dem Staatswohl im Blick, sondern sei auf den eigenen Vorteil bedacht, so dass aller Eifer, den er zu Tage legen würde, nur Blendwerk sei. Er würde den Namen des Fürsten für den eigenen Vorteil missbrauchen und in seiner Amtsführung Chaos hinterlassen.⁵⁴⁵ Obwohl die fremden Beamten dem Fürsten, der sie in seinen Dienst genommen habe, alles zu verdanken hätten, seien sie geheime Ausspäher und Verräter.⁵⁴⁶ Sie würden kaltblütig dem Niedergang des fremden Volkes, dessen Fürsten sie verpflichtet sind, beiwohnen, alte Freunde in ihrer Heimat aus der

540 Ueber das Studienwesen in Dänemark, *Der Teutsche Merkur* 1783/4, 250 (254).

541 Ebd., 250 (S. 255 ff.).

542 An Dännemark und seine braven Bürger, S. 44.

543 Heß, *Freymüthige Gedanken über Staatssachen*, S. 439.

544 Ebd., S. 436 f.

545 *Liehnie*, Von der Besetzung und Verwaltung der Staatsämter und deren Aufrechterhaltung, in: *Liehnie*, Staatistische und politische Aufsätze nebst einem Anhang zum Besten der Staaten und der Menschheit, S. 19 (22).

546 Ebd., S. 19 (S. 26 f.).

Kasse des Landesherrn bereichern⁵⁴⁷ oder für sich selbst große Summen veruntreuen und ins Ausland in Sicherheit bringen.⁵⁴⁸ Die Einheimischen hingegen seien dienstbeflissen, um dem Vaterland, das der Inbegriff aller menschlichen Beziehungen sei, zu dienen und, falls nötig, für dieses zu sterben.⁵⁴⁹ Sie würden danach streben, ihre Talente zu entwickeln, um in den Dienst des Staates zu treten.⁵⁵⁰ Einheimische hätten zudem meist noch weitere Einnahmequellen, weshalb sie für den Landesherrn deutlich günstiger seien als fremde Beamte. Im Gegensatz zu Ausländern könnte zum Ersatz bei schlechter Arbeitsleistung auf deren Vermögen ohne Weiteres zugegriffen werden.⁵⁵¹

Die Argumente für eine Beschränkung der Ämtervergabe an Einheimische lassen sich somit in einige Kategorien einordnen: Es ging dabei um die Nutzbarmachung von Synergien zwischen den Interessen von Landesherr und Beamtenschaft, um das Sicherstellen einer effektiven Verwaltung sowie die Stützung der Erwerbsmöglichkeiten der Einheimischen. Dabei darf nicht vergessen werden, dass die Schriftsteller, die sich mit solchen Regelungen beschäftigten, selbst Vertreter der Beamten- und Gelehrtenklasse waren und an der Erlangung von (lukrativen) Ämtern ein großes Eigeninteresse hatten.

Unter dem Eindruck der Grundideen der Französischen Revolution kamen Differenzierungen zwischen Einheimischen und Ausländern unter Druck. Gegenargumente finden sich so in einer Rede von Georg Wedekind⁵⁵² am 30. November 1792 mit dem Titel „Über die Anstellung von Ausländern“ vor dem Mainzer Jakobinerclub, in der er sich gegen die Differenzierung in der Ämtervergabe im Speziellen und die Differenzierung durch das Indigenat im Generellen wandte. Nicht patriotische Einheimische, die alten Verfassungen verpflichtet seien, sondern Beamte jedweder Herkunft, die die Verfassung des Landes unparteiisch prüfen, seien in revolutionären Zeiten notwendig.⁵⁵³ Eine offene Konkurrenz würde zudem den Fleiß aller Kandidaten befördern und ausländische Beamte seien keinen

547 Liehnie, Von der Besetzung und Verwaltung der Staatsämter und deren Aufrechterhaltung, in: Liehnie, Staatistische und politische Aufsätze nebst einem Anhang zum Besten der Staaten und der Menschheit, S. 19 (27).

548 Ebd., S. 19 (28).

549 Ebd., S. 19 (S. 29 f.).

550 Ebd., S. 19 (32).

551 Ebd., S. 19 (33).

552 Zu Wedekind: Weber, Georg Christian Gottlieb Wedekind 1761–1831.

553 Wedekind, Über die Anstellung von Ausländern, in: Scheel, Die Mainzer Republik I, S. 318 – 322 (318).

inländischen Parteiinteressen unterworfen.⁵⁵⁴ Das Indigenat sei zudem als ein „Eingriff in das Recht der Natur zu betrachten [...], die nur den Tieren einen gewissen Erdflecken anwies, dem Menschen aber den ganzen Erdball zum Wohnort bestimmte“.⁵⁵⁵ Schließlich rief Wedekind die anderen Mainzer Jakobiner dazu auf, als Kosmopoliten allen Vorschlägen zur Einführung einer Differenzierung bei der Ämtervergabe entgegenzutreten.⁵⁵⁶

c) Die politische Bedeutung des Indigenats

Hinter der Beschränkung der Ämtervergabe in den Herrschaftsverträgen der Frühen Neuzeit standen meist politische Interessen der Stände. Die in den Landständen tonangebenden Adelsfamilien waren auch Inhaber wichtiger Ämter am Hofe.⁵⁵⁷ Um die ständische Vorherrschaft einzuschränken umgaben sich die Landesherren hingegen häufig mit ausländischen Beamten.⁵⁵⁸ Die Beschränkung durch das Indigenat war Ausdruck ständischer Politik, mit der die Kurfürsten ihr reichsständisches Mitregiment⁵⁵⁹ und Landstände ihren adeligen Führungsanspruch,⁵⁶⁰ ihren politischen Einfluss gegen den Landesherren und ihr finanzielles Interesse an der Teilhabe an lukrativen Ämtern verteidigten.⁵⁶¹

554 Wedekind, Über die Anstellung von Ausländern, in: *Scheel*, Die Mainzer Republik I, S. 318 – 322 (319).

555 Wedekind, Über die Anstellung von Ausländern, in: Ebd., S. 318 – 322 (319).

556 Wedekind, Über die Anstellung von Ausländern, in: Ebd., S. 318 – 322 (321).

557 Für Brandenburg: *Hahn*, Landesstaat und Ständetum im Kurfürstentum Brandenburg während des 16. und 17. Jahrhunderts, in: Baumgart, Ständetum und Staatsbildung in Brandenburg-Preussen, S. 41 (S. 62 f.).

558 Für Brandenburg: Ebd., S. 41 (63). Für Jülich/Kleve: *Mostert*, Der jülich-klevische Regiments- und Erbfolgestreit – ein „Vorspiel zum Dreißigjährigen Krieg“?, in: Ehrenpreis, Der Dreißigjährige Krieg im Herzogtum Berg und in seinen Nachbarregionen, S. 26 (S. 35 f.); *Opgenoorth*, Stände im Spannungsfeld zwischen Brandenburg-Preußen, Pfalz-Neuburg und den niederländischen Generalstaaten: Cleve-Mark und Jülich-Berg im Vergleich, in: Baumgart, Ständetum und Staatsbildung in Brandenburg-Preussen, S. 243 (254).

559 *Schmidt*, Deutsche Freiheit statt Monarchisierung, in: Willoweit, Föderalismus in Deutschland, S. 163 (167).

560 *Press*, Formen des Ständewesens in den deutschen Territorialstaaten des 16. und 17. Jahrhunderts, in: Baumgart, Ständetum und Staatsbildung in Brandenburg-Preussen, S. 280 (289).

561 *Krause*, Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, S. 213 ff.; *Opgenoorth*, Stände im Spannungsfeld zwischen Brandenburg-Preußen, Pfalz-Neuburg und den niederländischen Generalstaaten: Cleve-Mark und Jülich-Berg im Ver-

Die Thesen von Grawert und Oestreich, dass das Indigenat in Form einer Beschränkung der Ämtervergabe die Eigenständigkeit einzelner Länder in Fällen der Personalunion oder des Herrscherwechsels garantieren sollte, sind brauchbare Erklärungsmuster für das Indigenat in Staaten, in denen ein Herrscher mehrere Territorien regierte. Oestreichs These ist stark durch sein Untersuchungsobjekt Pommern geprägt. Sein Beispiel des pommerschen Herrscherwechsels und die Situation Schlesiens und Sachsens können so gut erklärt werden. Die Eigenständigkeit der Länder im Falle von Herrscherwechseln kann auch als Reflex der regionalen Organisation der Stände gedeutet werden.⁵⁶² Diese Thesen greifen in den Fällen zu kurz, in denen es gar nicht um die Bewahrung der einzelnen Territorien unter einem gemeinsamen Herrscher ging, wie bei den Beschränkungen der Ämtervergabe der kaiserlichen Wahlkapitulationen.

Überzeugender erscheint, dass die Landstände eine Beschränkung der Ämtervergabe als ständische Forderung immer dann politisch durchsetzen, wenn der Landesherr relativ schwach war. Dies war, insofern ist Oestreich zuzustimmen, insbesondere bei Herrscherwechseln der Fall, bei denen der neue Landesherr sich noch nicht auf eine gefestigte Administration stützen konnte. Eine Schwäche des Landesherrn konnte aber auch, wie beim Tübinger Vertrag, auf dessen prekäre Finanzlage oder im Fall des Reiches auf die Abhängigkeit von kurfürstlichen Wahlstimmen zurückzuführen sein. Dabei ist auf die unterschiedlichen Regulationsformen hinzuweisen, die ein Indikator für die Machtverhältnisse sind. Während in manchen Regelungen ausschließlich den Einheimischen die Ämter vorbehalten waren, finden sich anderenorts Ausnahmen oder es war nur von einem Vorrang oder einer Berücksichtigung der Einheimischen die Rede. In den jüngeren Vorschriften, wie dem dänischen Indigenatsedikt von 1776, das von einer Welle der Deutschenfeindlichkeit getragen war, war eine nationalistische Motivlage prägend.

gleich, in: Baumgart, Ständetum und Staatsbildung in Brandenburg-Preussen, S. 243 (S. 254 f.); vgl. auch Wittmütz, Die Gravima der bayerischen Stände im 16. und 17. Jahrhundert als Quelle für die wirtschaftliche Situation und Entwicklung Bayerns, S. 40. Als verbrieftes Grundrecht der bayerischen Stände bezeichnet Bosl das Indigenat: Bosl, Die Geschichte der Repräsentation in Bayern, S. 92.

- 562 Vgl. Hahn, Landesstaat und Ständetum im Kurfürstentum Brandenburg während des 16. und 17. Jahrhunderts, in: Baumgart, Ständetum und Staatsbildung in Brandenburg-Preussen, S. 41 (S. 53 ff.); vgl. Schulze, Das Ständewesen in den Erblanden der Habsburger Monarchie bis 1740: Vom dualistischen Ständestaat zum organisch-föderativen Absolutismus, in: Baumgart, Ständetum und Staatsbildung in Brandenburg-Preussen, S. 263 (271).

Zuletzt könnte das Drängen der Landstände und die Beschränkung der Ämtervergabe an Einheimische Symptom eines angespannten Arbeitsmarktes sein. Im 18. Jahrhundert gab es einen Überschuss an Universitätsabsolventen im Vergleich zum Bedarf in akademischen Berufen, was Phänomene wie den Kauf von Ämtern und Expektanzen, also Anwartschaften auf frei werdende Stellen, hervorbrachte.⁵⁶³

Die Bestandsaufnahme von Rechtsnormen, die eine Beschränkung der Ämtervergabe auf Einheimische festlegten, lässt die Vermutung von Willoweit, dass das Indigenat in größeren Territorien eine größere Rolle als in kleinen Territorien spielte, weder belegen noch widerlegen. Dafür kommt es auch auf die Rechtspraxis an, also inwiefern die Herrscher solche Vorschriften umgehen konnten oder mussten.

2. Erwerb von Immobilien

Oft wurde auch die Steuerung des Immobilienerwerbs als Differenzierung durch das Indigenat benannt. Im Gegensatz zur Beschränkung der Ämtervergabe auf Einheimische hat sich für entsprechende Regelungen nicht der Begriff des Indigenates als analytischer Begriff in der Sekundärliteratur erhalten.

Vorschriften, die Fremden den Erwerb von Immobilien versagten, gab es, neben städtischen Rechtsvorschriften,⁵⁶⁴ in ganzen Territorien. Diese Vorschriften waren sowohl in der Ausgestaltung als auch in den rechtlichen und politischen Argumentationen eng verbunden. Zunächst erfolgt wieder eine Bestandsaufnahme entsprechender Vorschriften (a)), bevor die Argumentation für eine solche Beschränkung untersucht wird (b)).

a) Bestandsaufnahme

Die enge Verbindung zwischen der Beschränkung der Ämtervergabe und des Immobilienverkehrs zeigt zunächst eine Reihe von Vorschriften, die dies miteinander kombiniert. Eine Mischung aus Beschränkung der Ämtervergabe und Grundeigentumskontrolle stellt für Schlesien und Böhmen eine kaiserliche Pragmatik von 1713 dar, die regelte, „daß fürhin niemand zu de-

563 Dazu: *Hattenhauer*, Geschichte des deutschen Beamtentums, S. 103 ff.

564 Dazu siehe unten unter Kapitel I C III 1.

nen mit Land-Gütern versehenen Cathedral- und weltlichen Collegiat-Stiftern Dero Erb-Königreich Böhaim / Erb-Marggrafenthums Mähren und Erb-Hertzogthums Schlesien fähig seyn / und ein Canonicat solle erlangen können / er habe dann vor der Election, Nomination oder Praesentation das Incolat schon würrlich gehabt / oder von Ihro Majestät durch Dero Königlich Böhaimsche Hof-Canzley vorhero erworben“.⁵⁶⁵ Diese Regelung wurde nicht nur unter preußischer Herrschaft für Schlesien aufrecht erhalten,⁵⁶⁶ sondern 1794 sogar eine sehr ähnliche Regelung für das 1793 von Preußen durch die zweite Teilung Polens erlangte Gebiet (Südpreußen) eingeführt.⁵⁶⁷

Andere Regelungen betrafen nur den Erwerb und Besitz von Immobilien. Insbesondere Rittergüter konnten oft nur bei Inhaberschaft des Indigenatsrechts beziehungsweise Incolatrechts erworben werden. Als „berühmt“ galt die Beschränkung des Immobilienbesitzes in Schlesien.⁵⁶⁸ Diese hatte eine Tradition, die über die Herrscherwechsel hinweg Bestand hatte und eng mit dem Begriff des Incolats zusammenhing. So mahnte eine Sanktion Joseph I. vom 14. August 1710 die Befolgung einer kaiserlichen Pragmatik Leopolds I. für Schlesien von 1701 an, „daß ohne vorher erlangtes Incolat, keine Frembde zu Erkauffung einiger Güter zugelassen werden sollten“.⁵⁶⁹ Diejenigen, die entgegen dieser Vorschrift Güter erlangten, wurden verpflichtet, dies bis Ablauf des Jahres 1710 nachzuholen.⁵⁷⁰ Dass dem nicht

565 Kaiserliche Pragmatik vom 22. November 1713, daß ohne vorhero Erworbenes Incolat kein Canonicat zu erlangen, in: Continuation Derer Käyser- und Königlischen Privilegien, Statuten und Sanctionum Pragmaticarum Des Landes Schlesien, Band 2, S. 643 – 644 (644).

566 Edikt vom 20. Dezember 1754, wie es hinführo wegen der Incolats-Gewinnung und Legitimation im Erb-Herzogthum Schlesien und der souverainen Graffschaft Glatz gehalten werden soll, in: Nachtrag zur Sammlung der in dem souverainen Herzogthum Schlesien und dessen incorporirter Graffschaft Glatz [...] publicirten und ergangenen Ordnungen, Mandaten, Rescripten [...], Band 5, S. 657 – 666 (663).

567 § 7, Edikt vom 16. May 1794 wegen des Südpreussischen Incolats [...], in: Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium praecipue Marchicarum [...], Band 9, Sp. 2179 – 2190 (2183).

568 *Benekendorf*, *Oeconomia Forensis*, Zweyter Band, S. 211; *Krünitz*, Art. Incolat, in: *Krünitz*, *Oeconomische Encyclopädie*, 29. Theil, S. 499 (499 f.).

569 Kaiserliche Sanction vom 14. August 1710, daß niemand einiges Gut ohne Erlangung des Juris Incolatus haben solle, in: Käyser- und Königl. das Erb-Hertzogthum Schlesien concernirend Privilegie, Statuta und Sanctiones Pragmaticae, Band 1, S. 362 – 364 (363). Diese Sanction verwendete „Incolat“ und „Indigenat“ synonym (vgl. S. 364).

570 Kaiserliche Sanction vom 14. August 1710, daß niemand einiges Gut ohne Erlangung des Juris Incolatus haben solle, in: Ebd., S. 362 – 364 (363).

immer nachgekommen wurde, zeigt ein Patent von 1712, das zudem das Erfordernis, das Incolat zu erwerben, auf bestimmte Einwohner erweiterte.⁵⁷¹ 1725 wurde wiederum denjenigen, die ein Gut ohne Incolatserteilung erworben hatten, eine sechsmonatige Frist gesetzt und mit dem Einzug der Immobilien gedroht.⁵⁷² Kurz vor Ablauf der sechs Monate wurde die Pflicht, das Incolat zu erlangen, nochmals bekannt gemacht.⁵⁷³ Nachdem auch dies anscheinend keinen größeren Erfolg hatte, wurde Einwohnern, die der Pflicht nicht nachkamen, eine Strafe von 1.000 Dukaten auferlegt und Ausländern, die der Pflicht nicht nachkamen, die Güter entzogen.⁵⁷⁴ Nach der Übernahme großer Teile Schlesiens durch Preußen wurde ein neues Incolatsedikt angekündigt,⁵⁷⁵ das die Regelungen der Habsburgerherrschaft bestätigte.⁵⁷⁶

In dem von Preußen 1793 durch die zweite polnische Teilung erlangten Gebiet, der preußischen Provinz Südpreußen, wurde die Beschränkung des Besitzes und des Erwerbs von Rittergütern durch das Incolatsersfordernis 1794 eingeführt.⁵⁷⁷

571 Bezeichnend ist die Geltung „so wohl [für] Aus- als Innländer“, Königl. Ober-Abtl. Patent vom 22. August 1712 betreffende die Execution des Juris Incolatus, in: Käyser- und Königl. das Erb-Hertzogthum Schlesien concernirend Privilegie, Statuta und Sanctiones Pragmaticae, Band 1, S. 373 – 375 (374).

572 Pragmatische Sanktion vom 24. Mai 1725, daß die frembden Possessores derer Land-Gütter von Anno 1701 an das Incolat, sub Poena Confiscationis binnen 6. Monathen erweisen sollen, in: Continuation Derer Käyser- und Königlichen Privilegien, Statuten und Sanctionum Pragmaticarum Des Landes Schlesien, Band 6, S. 1765 – 1767.

573 Königliche Ober-Amts-Currenda vom 8. Oktober 1725, Niemanden, ohne erlangtes Incolat ein Lehen- oder Land-Guth zuzulassen, in: Ebd., S. 1819 – 1821.

574 Kaiserliche Resolution vom 23. Oktober 1726, in vim Pragmaticae, wegen des Juris Incollatus in Schlesien, in: Ebd., S. 1877 – 1884 (1881 f.).

575 Königliches Kammer-Reskript vom 2. Dezember 1751 an sämtliche Land-Räthe Bresl. Departements wegen des von Sr. Königl. Majest. Ratione des Incolats gefaßten Entschlusses, in: Sammlung aller in dem souverainen Herzogthum Schlesien und dessen incorporierten Grafschaft Glatz [...] publicirten und ergangenen Ordnungen, Edicten, Mandaten, Rescripten..., Band 4 Januar 1751 bis Ende 1753, S. 282.

576 Edikt vom 20. Dezember 1754, wie es hinführo wegen der Incolats-Gewinnung und Legitimation im Erb-Herzogthum Schlesien und der souverainen Graffschaft Glatz, gehalten werden soll, in: Nachtrag zur Sammlung der in dem souverainen Herzogthum Schlesien und dessen incorporirter Graffschaft Glatz [...] publicirten und ergangenen Ordnungen, Mandaten, Rescripten [...], Band 5, S. 657 – 666.

577 § 1, Edikt vom 16. Mai 1794 wegen des Südpreussischen Incolats [...], in: Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium praecipue Marchicarum [...], Band 9, Sp. 2179 – 2190 (2179).

In der Niederlausitz war Fremden der Ankauf von Lehn- und Rittergütern versagt. Dies gründete sich zunächst auf ein kaiserliches Privileg von 1538 und wurde 1740 genauer rechtlich ausgestaltet, wobei neben den Eingeborenen auch Staatsdiener mit besonderer Erlaubnis solche Immobilien erwerben konnten.⁵⁷⁸

b) Begründungen für die Differenzierung

Auch die Beschränkung des Immobilienerwerbs widersprach grundsätzlich der Bevölkerungspolitik der Zeit, was den Zeitgenossen nicht entging.⁵⁷⁹

Die Beschränkungen der Möglichkeiten des Immobilienerwerbs war dadurch besonders relevant, dass insbesondere an Rittergütern eine große lokale Macht hing.⁵⁸⁰ Neben der Patrimonialgerichtsbarkeit ging es hier vor allem um die Mitgliedschaft in den Landständen. Das Ziel der Gesetzgebung war, den alten Adel zu privilegieren.⁵⁸¹ Mit dem Indigenatserfordernis ging das Verbot einher, Rittergüter an bürgerliche Personen zu veräußern. Das ging so weit, dass sogar einheimische nichtadelige Personen, die in den Adelsstand erhoben wurden, zum Erwerb von Rittergütern zusätzlich das Incolat erwerben mussten.⁵⁸² Das schlesische Incolatsedikt versagte so den

578 Rescript vom 2. September 1740, Welche Personen vor Indigenis im Marggraffthum Nieder-Lausitz zu achten, und welchen solches Recht nicht zukommt, in: Fortgesetzter Codex Augusteus [...] Worinnen Die in dem Churfürstenthum Sachsen [...] publicirte und ergangene Constitutiones, Decisioinis, Mandata und Verordnungen bis zum Jahre 1772 [...], Sp. 400 – 403 (402).

579 „Es scheint zwar dieses Recht einem Staate eher schädlich als nützlich zu seyn, indem man bemittelte Fremde, die durch einen vorhabenden Güterkauf ihr Geld ins Land bringen, und dadurch sowohl die Anzahl der Bürger, als auch den Reichthum des Staats vermehren helfen wollen, die Sache eher erleichtern, als erschweren sollte“, *Benekendorf*, *Oeconomia Forensis*, Zweyter Band, S. 211 f.

580 M. w. N.: *Wanninger*, Art. Rittergut, in: Cordes/Haferkamp/Kannowski/Lück/Wall/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Band V.

581 Vgl. allgemein zur gesetzgeberischen Intention bei Gesetzen, die den freien Immobilienverkehr einschränkten: *Krug*, *Geschichte der staatswirthschaftlichen Gesetzgebung im preußischen Staate*, S. 31 f. Eine ähnliche These formuliert: *Stobbe*, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, Erster Band, S. 349.

582 So zum Beispiel ein Königl. Ober-Ambtl. Patent vom 22. August 1712 betreffende die Execution des Juris Incolatus, in: Käyser- und Königl. das Erb-Hertzogthum Schlesien concernirend Privilegie, Statuta und Sanctiones Pragmaticae, Band 1, S. 373 – 375 (374). Zusammengefasst wurde dies in einer Königlichen Resolution vom 23. Oktober 1726 als Incolatsanforderung „sowohl von denen Außländern

Erwerb von Rittergütern durch Personen bürgerlichen Standes, um „die dermalige Anzahl, das Vermögen und Lustre der Schlesischen Adelichen Familien möglichst zu conserviren“.⁵⁸³ Gleiches Motiv hatte die preußische Regelung von 1794 für das annektierte polnische Gebiet.⁵⁸⁴ Die Politik der Bewahrung des Adels wird eindrücklich dadurch gezeigt, dass Adeligen, die sich bereit erklärten, nach Schlesien zu ziehen, das Incolat versprochen wurde,⁵⁸⁵ es bei den schlesischen Regelungen also gar nicht um die Privilegierung von Einheimischen, sondern um die Privilegierung des Adels, ging. Die Grenze, die diese Regelung zog, war vor allem von Standesunterschieden geprägt. Die Ansiedelung fremder Adeliger war die erklärte Intention der Rechtsvorschriften, die diesen das Incolat versprach.⁵⁸⁶ Dies entsprach noch am stärksten der üblichen Bevölkerungspolitik, die sich hier jedoch allein auf den Adel fokussierte. Schließlich normierte das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten zwar kein Indigenatserfordernis, sondern

(was Standes Sie auch seyn) als denen Innländern Niedern Standes“, Kaiserliche Resolution vom 23. Oktober 1726, in: *vim Pragmaticae*, wegen des Juris Incolatus in Schlesien, in: *Continuation Derer Käyser- und Königlichen Privilegien, Statuten und Sanctionum Pragmaticarum Des Landes Schlesien*, Band 6, S. 1877 – 1884 (1878).

- 583 Edikt vom 20. Dezember 1754, wie es hinführo wegen der Incolats-Gewinnung und Legitimation im Erb-Hertzogthum Schlesien und der souverainen Graffschaft Glatz, gehalten werden soll, in: *Nachtrag zur Sammlung der in dem souverainen Hertzogthum Schlesien und dessen incorporirter Graffschaft Glatz [...] publicirten und ergangenen Ordnungen, Mandaten, Rescripten [...]*, Band 5, S. 657 – 666 (658).
- 584 „Zur Conservation Unsers getreuen Adels bey seinen Gütern, haben Wir aber auch noch beschlossen, ein besonderes Incolat oder Indigenat für Südpreußen zu stiften“, Edikt vom 16. Mai 1794 wegen des Südpreußischen Incolats [...], in: *Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgisium praecipue Marchicarum [...]*, Band 9, Sp. 2179 – 2190 (2179).
- 585 Königlich preußisches Patent vom 5. Januar 1770, betreffend die geneigte Aufnahme der Auswärtigen vom Adelichen Stande [...], in: *Sammlung aller in dem souverainen Hertzogthum Schlesien und der demselben incorporierten Graffschaft Glatz [...] ergangenen und publicirten Ordnungen, Edikte, Mandate, Rescripte [...]*, Band 12, S. 1 – 15 (2f.); Erneueretes Edikt vom 8. März 1775, in: *Sammlung aller in dem souverainen Hertzogthum Schlesien und der demselben incorporierten Graffschaft Glatz [...] ergangenen und publicirten Ordnungen, Edikte, Mandate, Rescripte [...]*, Band 14, S. 364 – 382 (365).
- 586 Ziel war „die Vermehrung der Innwohner von allen Ständen für die Verbesserung des Nahrungs-Standes derselben“, Königlich preußisches Patent vom 5. Januar 1770, betreffend die geneigte Aufnahme der Auswärtigen vom Adelichen Stande [...], in: *Sammlung aller in dem souverainen Hertzogthum Schlesien und der demselben incorporierten Graffschaft Glatz [...] ergangenen und publicirten Ordnungen, Edikte, Mandate, Rescripte [...]*, Band 12, S. 1 – 15 (1).

verwies bezüglich der Frage, inwiefern neben dem Adel noch das Indigenat zum Erwerb von adeligen Gütern erforderlich sei, auf die Provinzialverfassungen. Diese einzige Nennung des Indigenats im Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten erfolgte im Titel über die Rechte und Pflichten des Adels.⁵⁸⁷

Daneben könnten auch fiskalische Interessen eine Rolle gespielt haben, indem für die Erteilung eines Incolatbriefes größere Verwaltungsgebühren fällig waren.⁵⁸⁸ Für die zentrale Rolle fiskalischer Interessen spricht das erhebliche Umsetzungsdefizit, das durch die wiederholte Bekanntgabe und Strafandrohung in Schlesien sichtbar ist. Damit wird die Beschränkung des Immobilienerwerbs weniger ständischen Wünschen entsprochen haben. Schließlich spricht die Pflicht nobilitierter Personen in Schlesien, das Incolat zu erwerben, für eine zentrale Bedeutung fiskalischer Interessen.

Die enge Verbindung der Argumentation bei Beschränkungen in der Ämtervergabe und beim Immobilienerwerb zeigen die Ausführungen über Indigenat und Incolat durch den preussischen Juristen Carl Friedrich von Benekendorf⁵⁸⁹ in dessen „Oeconomia forensis“, einem Handbuch für die Landwirtschaft. Naturgemäß beschäftigt sich dieses Werk in erster Linie mit dem Betrieb von Landgütern. Dementsprechend sind die Ausführungen zum Indigenat in einem Kapitel über die möglichen rechtlichen Beschränkungen beim Immobilienerwerb zu finden.⁵⁹⁰ Dennoch finden sich unter seinen Argumenten zur Verteidigung des Indigenats oft solche, die sich auf Ämter beziehen. Benekendorf begann seine Argumentation mit

587 Teil 2, Titel 9, § 39, *Hattenhauer*, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, S. 541.

588 Dieses Argument mit einer Auflistung der anfallenden Kosten findet sich bei: *Krug*, Geschichte der staatswirthschaftlichen Gesetzgebung im preussischen Staate, S. 32 f.

589 Benekendorf erlebte als junger Mann als Protegé Coccejis eine schnelle Karriere. Er war zunächst Kammergerichtsrat, Oberappellationsgerichtsrat und Geheimer Justizrat. Später wurde er als Präsident der Breslauer Oberamtsregierung aufgrund einer Affäre um die Veruntreuung von Gerichtsgebühren aus dem Justizdienst entlassen und inhaftiert. Die Akten zur Affäre sind zum Teil überliefert in: *Acta Borussica*. Denkmäler der Preussischen Staatsverwaltung im 18. Jahrhundert, Abteilung 1, Band 9, S. 1 – 30. Zur Biografie Benekendorfs insbesondere: *Skalweit*, Benekendorfs *Oeconomia Forensis*, Zeitschrift für Agrargeschichte und Agrarsoziologie 1 (1953), 40; *Skalweit*, Art. Bene(c)kendorf(f), in: Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, *Neue Deutsche Biographie*, Band 2, S. 42.

590 Die Überschrift lautet „Von den Vorsichten, die bey dem Kauf und Verkauf der Landgüter, um sicher zu verfahren, theils in Ansehung der contrahirenden Personen, und theils in Absicht der Landgüter selber, wahrzunehmen sind“. *Benekendorf*, *Oeconomia Forensis*, Zweyter Band, S. 210.

dem scheinbaren Nachteil des Indigenats, dass Fremden, die durch den Güterkauf Geld ins Land bringen würden, dies verwehrt würde.⁵⁹¹ Seine Übertragung der Argumente zum Ausschluss von Fremden von Staatsämtern auf den Immobilienerwerb begründete er damit, dass die bevorzugte Ämtervergabe an Eingeborene mit einem unbeschränkten Immobilienverkehr von selbst fallen würde.⁵⁹² Diese Vermischung der Argumente bei Benekendorf war wahrscheinlich der inzwischen vorherrschenden Abstraktion des Indigenats geschuldet. Das Indigenat sollte nun verschiedene Differenzierungen mit einem einheitlichen Konzept erklären, so dass die Argumente, die für jede einzelne Differenzierung gängig waren, übertragen werden konnten.

Ziel der Beschränkungen des Immobilienerwerbs war, wie das Beispiel Schlesiens zeigt, in erster Linie die Förderung des Adels und fiskalische Interessen. In den Rechtsquellen wird – anders als bei der Ämtervergabe – fast nie als Motiv der Ausschluss des Fremden erwähnt. Dass die Vorschriften so gedeutet wurden, ist wiederum Resultat der Abstraktion des Indigenates durch die germanistische Rechtswissenschaft.

IV. Fazit

Das Indigenat war als Abstraktion verschiedener Regelungen zur rechtlichen Differenzierung von den zunächst unscharfen Gruppen des Eingeborenen und des Fremden die zentrale Differenzierungskategorie in der Rechtsdogmatik der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts. Ihre wissenschaftliche Erschaffung durch die Rechtsgermanistik entfaltete eine Wechselwirkung: Das Indigenat entstand als Abstraktion einer Vielzahl von partikularrechtlichen Differenzierungen, beeinflusste wiederum die Deutung der Rechtsquellen, aus denen es geschaffen wurde, und konnte sodann dem Gesetzgeber als Grundlage für neue Regelungen dienen.

Das Indigenat war damit nicht nur eine Untergattung der Untertanen, wie von Grawert vertreten, sondern eine eigenständige Kategorie, die nach anderen Grundprinzipien funktionierte. Zwar lassen sich viele Quellen des 18. Jahrhunderts im Sinne der von Grawert vertretenen Binnendifferenzierung der Untertanen deuten,⁵⁹³ doch lassen sich ebenso leicht Quellen für

591 Benekendorf, *Oeconomia Forensis*, Zweyter Band, S. 212.

592 Ebd., S. 212.

593 Schmauß, *Compendium Iuris Publici S. R. I.*, S. 235; Kreittmayr, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem [...]*, Erster Theil, S. 63; Moser, *Von der Teutschen Unterthanen Rechten und Pflichten*, S. 508; vgl. Schnau-

das Indigenat finden, die die Untertänigkeit nicht erwähnten.⁵⁹⁴ Die unterschiedliche Einordnung in dieser Arbeit und bei Grawert ist vor allem einer unterschiedlichen Quellengrundlage geschuldet: Während die von Grawert beschriebene Binnendifferenzierung innerhalb der Gruppe der Untertanen vor allem in Quellen des positiven Staatsrechts auftaucht, ist das Indigenat mehr ein Produkt des einheimischen bürgerlichen Rechts, das erst nach seiner Erschaffung vom positiven Staatsrecht aufgegriffen und zögerlich in dessen System integriert wurde. Dafür spricht, dass die mit dem Indigenat zusammenhängenden Differenzierungen dem bürgerlichen Recht angehörten. Dies galt sowohl für das Recht des Immobilienverkehrs als auch für das Beamtenrecht. Erst ab den 1790er Jahren wurde das Beamtenrecht unter naturrechtlichen Vorzeichen dem öffentlichen Recht zugeordnet.⁵⁹⁵ In den Rechtsgrundlagen zur Geschäftsverteilung der bayerischen Ministerien von 1801 und 1806 wurde bezüglich der Zuständigkeit zur Erteilung des Indigenats dieses als ein „auf den Civilstand Bezug habendes Recht“ bezeichnet.⁵⁹⁶ Das Indigenat behandelte nur mittelbar Folgen der Herrschaftsunterworfenheit und ist eher als ein Element der bürgerlichen Rechtsfähigkeit zu deuten, das jedoch für andere Rechtsgebiete Bedeutung haben konnte.⁵⁹⁷

Auf diesen Unterschied der Quellen basiert auch eine andere Deutung Grawerts, die nach der Untersuchung des Indigenats in der Dogmatik des 18. Jahrhunderts so nicht überzeugt. Nach einer Analyse von Rechtsquellen des positiven Staatsrechts kam Grawert zu dem Ergebnis, dass die Stellung des Eingeborenen kein allgemeiner Status sei: „Wer Eingeborener usw. ist, wird für konkrete politische Situationen und für bestimmte funktionelle Zusammenhänge definiert; infolgedessen sind überregionale

bert, Anfangsgründe des Staatsrechts der gesamten Reichslande, S. 35; *Fefßmaier*, Grundriß des baierischen Staatsrechtes, S. 128.

594 *Estor*, Der Teutschen Rechtsgelahrtheit dritter Teil, S. 127 ff.; *Schröter*, In wiefern die Eingebornen begünstigt werden, in: *Schröter*, Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen und Peinlichen Rechts, Erster Band, S. 235; *Runde*, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 206; *Rößig*, Erste Grundsätze des deutschen Privatrechts, S. 75.

595 Dazu siehe unten unter Kapitel I D II 2.

596 Verordnung über den Geschäftskreis der vier Ministerien vom 26. Mai 1801, in: *Schimke*, Regierungsakten des Kurfürstentums und Königreichs Bayern 1799–1815, S. 334 – 340 (337); Gesetz über die Neuorganisation der Ministerien vom 29. Oktober 1806, in: *Ebd.*, S. 363 – 365 (363).

597 So sah ein privater Gesetzesentwurf von Justus Claproth von 1773 die Inhaberschaft des Indigenats als Grund für die dem Polizeirecht zugeordneten verringerten Nachweispflichten bei der Niederlassung an einem Ort an: *Claproth*, Ohnmasgeblicher Entwurf eines Gesetzbuches, S. 585.

Bedeutungsübereinstimmungen nur im Prinzip feststellbar, so wenn die ständische Struktur einen Adelsvorbehalt begünstigt.⁵⁹⁸ Man missverstände, so Grawert, den Begriff des Eingeborenen, wenn man sie zur Vorhut der Staatsangehörigkeit stilisieren würde.⁵⁹⁹ Diese Aussagen sind durchaus überzeugend, wenn es um die Rechtsquellen geht. In diesen bezog sich das Indigenat, wie zum Beispiel im dänischen Gesetz von 1776, auf konkrete Differenzierungen. Die wissenschaftliche Bearbeitung durch die Germanisten des 18. Jahrhunderts schuf jedoch durch Abstraktion ein allgemeines und von konkreten politischen Zwecken unabhängiges Rechtsinstitut des Indigenats, das wiederum Deutungsschema und Vorbild für die Regelungen des positiven Rechts wurde.

Die Bedeutung des Indigenats als von der Untertänigkeit unabhängiges Rechtsinstitut erklärt sich aus der maßgeblichen Differenzierung, die dem Indigenat zugrunde lag: Die ausschließliche Vergabe von Ämtern an Einheimische. Anders als die Untertänigkeit, die in erster Linie ein Reflex der Landeshoheit des Landesherrn war und die durch erlaubte und dauerhafte Ansiedelung im Land relativ einfach herbeigeführt werden konnte, basierte das Indigenat auf der Abstammung oder der rechtsförmlichen Erteilung. Diese Erteilung nahmen die Landstände öfters für sich in Anspruch. Das Indigenat entzog sich damit im Gegensatz zur Untertänigkeit dem Zugriff des Landesherrn und ermöglichte den Landständen den Genuss von Vorrechten auf ihren exklusiven Kreis zu beschränken.

C. Stadtbürgerschaft

Die Stadtbürgerschaft war ein Status, der nur wenigen Einwohnern einer Stadt in vollem Umfang zugutekam. Wichtig war daher die graduelle Abstufung der Bürgerschaft, die dafür sorgte, dass eine Vielzahl von verschiedenen Personengruppen verschiedene Rechtspositionen hatten, die sich alle von der Vollbürgerschaft ableiteten.⁶⁰⁰

Zunächst werden der Status des Vollbürgers (I.) und die abgestuften minderen Rechtspositionen in der Stadt der Frühen Neuzeit dargestellt (II.). Dabei geht es in erster Linie um die Sicht der zeitgenössischen Rechts-

598 Grawert, Staat und Staatsangehörigkeit, S. 71.

599 Ebd., S. 71.

600 Zu den verschiedenen Kategorien am Beispiel der mittelalterlichen Stadt in Italien, die sehr ähnlich in den deutschen Städten existierten: *Riesenberg*, *Citizenship in the Western Tradition*, S. 143 ff.

wissenschaft auf diesen Status. Abschließend werden die Differenzierungen dargestellt, die anhand der Stadtbürgerschaft vorgenommen wurden (III.).

I. Der Vollbürger

Der Bürger war Mitglied einer Stadtgemeinde. In der Regel war der Bürger männlich und wirtschaftlich selbstständig. Das Bürgerrecht wurde dabei im 18. Jahrhundert ganz ähnlich wie das Indigenat als Inbegriff aller besonderen Rechte gesehen, die ihm als Mitglied des städtischen Gemeinwesens vor anderen zukam.⁶⁰¹ Er genoss als Person mit besonderem Status die Vorteile der Stadtverfassung.⁶⁰² Im Begriff des Bürgers klang die Konnotation einer höheren Dignität gegenüber dem bloßen Untertanen an: Ein Bürger „differiret proprie loquendo von einem Unterthanen. Denn dieses Wort ist etwas weitläufiger als das Wort Burger, und übertrifft ein Burger einen Unterthanen an der Würde und Freyheiten.“⁶⁰³

Das Wort „Bürgerrecht“ konnte neben dem Status eines Bürgers im 18. Jahrhundert auch im Sinne eines Stadtrechts verwendet werden. So differenzierte ein Autor zwischen einem subjektiven und einem objektiven Sinn des Wortes: „Subjectivistisch genommen ist es nichts anders, als die Theilnehmung an denen sogenannten bürgerlichen Ehren und Würden, wie auch Beschwerden. Objectivistisch aber genommen sind es die von einem Stadtrathe, in Ansehung seiner Bürger oder Unterthanen und des seiner Gerichtsbarkeit unterworfenen Gebietes, gemachten Gesetze und Verordnungen.“⁶⁰⁴

Grundlage der Bürgerschaft war im Mittelalter meist die Einigung mit einem Eid, die Schwureinigung.⁶⁰⁵ Der Eid blieb in der Frühen Neuzeit

601 *Estor*, Der Teutschen Rechtsgelahrtheit dritter Teil, S. 228; *Fischer*, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 683; *Selchow*, Anfangsgründe des Braunschweig Lüneburgischen Privatrechts, S. 131; *Eisenhart*, Versuch einer Anleitung zum Teutschen Stadt- und Bürgerrechte, S. 172; *Runde*, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 304; *Rößig*, Erste Grundsätze des deutschen Privatrechts, S. 167.

602 *Scheidemantel*, Repertorium des Teutschen Staats und Lehnrechts, Erster Teil, S. 439.

603 *Hermann*, Allgemeines Teutsch-Juristisches Lexicon, Band 1, S. 196. Wortgleich: Grosses vollständiges Universal-Lexicon Aller Wissenschaften und Künste, Band 4, Sp. 1876.

604 *Gabcke*, Grundriß eines Stadt- und Bürgerrechts, S. 2.

605 *Kroeschell/Cordes*, Art. Bürger, in: Cordes/Lück/Werkmüller/Schmidt-Wiegand, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band I, 738 (Sp. 740 f.). Dazu

ein zentrales Element der Aufnahme neuer Bürger, obwohl oftmals eine Verrechtlichung der Aufnahmebedingungen jenseits eines reinen Eides stattfand.⁶⁰⁶ Der Zugang zum Bürgerrecht unterschied sich zwischen Kindern von Bürgern und fremden Neubürgern, die nicht nur ein höheres Bürgergeld zahlen, sondern auch ein gewisses Vermögen nachweisen mussten.⁶⁰⁷ Alle neu aufgenommenen Bürger mussten im 18. Jahrhundert einen Bürgereid leisten.⁶⁰⁸

Der Anteil von Vollbürgern in Städten variierte zeitlich und lokal enorm.⁶⁰⁹ Allgemein waren Bürger selten, da nur privilegierte Männer Zugang zur Bürgerstellung hatten und als Repräsentanten ihres Haushalts galten. Im Köln des 18. Jahrhunderts waren ungefähr 10 % der Einwohner Bürger.⁶¹⁰ Für Münster liegen die Schätzungen zwischen 5 und 35 %.⁶¹¹ In Augsburg hatten etwa 17 % das Bürgerrecht.⁶¹² Schätzungen für München ergaben, dass etwas weniger als 4 % der Bevölkerung Vollbürger waren.⁶¹³ In Wiesbaden war der Anteil der Bürger sehr hoch: 1779 kamen auf 416 Bürger nur 44 Beisassen, also männliche Einwohner ohne volles Bürgerrecht.⁶¹⁴

im Detail: *Ebel*, Der Bürgereid als Geltungsgrund und Gestaltungsprinzip des deutschen mittelalterlichen Stadtrechts; *Garnier*, Zugehörigkeit(en) und rituelles Handeln: Die Stiftung der mittelalterlichen Stadtgemeinde durch Eide, in: Gosewinkel/Lepsius/Oestmann, Vom Reichsbewusstsein zum Verfassungspatriotismus, S. 135.

606 Zur Bedeutung des Bürgereides: *Bader/Dilcher*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 448.

607 *Runde*, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 307; *Liekefett*, Praktischer Commentar über die Pandekten, Zweyter Theil, S. 349 f.; *Dabelow*, Lehrbuch des Staats- und Völkerrechts der Deutschen, Erster Theil, S. 139.

608 Zum Bürgereid: *Fahrmeir*, Art. Bürgereid, in: Jaeger, Enzyklopädie der Neuzeit, Band 2, 552–554; *Runde*, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 308; *Liekefett*, Praktischer Commentar über die Pandekten, Zweyter Theil, S. 350 f.; *Dabelow*, Lehrbuch des Staats- und Völkerrechts der Deutschen, Erster Theil, S. 139 f.; *Eisenhart*, Versuch einer Anleitung zum Teutschen Stadt- und Bürgerrechte, S. 183 f.; *Moser*, Von der Reichs-Stättischen Regiments-Verfassung, S. 95.

609 Zur Interpretation von Bürgeranteilen an der Gesamtbevölkerung: *Reuter*, Der Bürgeranteil und seine Bedeutung, in: Gall, Stadt und Bürgertum im Übergang von der traditionellen zur modernen Gesellschaft, S. 75.

610 M. w. N. *Mettele*, Bürgertum in Köln 1775–1870, S. 33; *Küntzel*, Fremde in Köln, S. 18 f.

611 Für Münster sind keine Bürgerlisten überliefert, so dass die Schätzungen sehr heterogene Grundlagen haben. Zu den verschiedenen Bestimmungsansätzen: *Kill*, Das Bürgertum in Münster 1770–1870, S. 27 f.

612 *Möller*, Bürgerliche Herrschaft in Augsburg 1790–1880, S. 42.

613 Vgl. *Zerback*, München und sein Stadtbürgertum, S. 41.

614 M. w. N. *Weichel*, Die Bürger von Wiesbaden, S. 48.

Das Verhältnis zwischen Bürgerschaft und Untertänigkeit bestimmte sich zunächst nach dem Verhältnis zur Landeshoheit. Hierbei ist zwischen unabhängigen Reichsstädten und Landstädten zu unterscheiden.⁶¹⁵ Reichsstädte hatten als Reichsstände über ihr Territorium die Landeshoheit.⁶¹⁶ Dabei konnten sich die Städte auf Art. 5, § 29 des Friedens von Osnabrück berufen, der die Gleichstellung der freien Reichsstädte gegenüber den anderen Reichsständen feststellte und sie gleichberechtigt in den Friedensvertrag einbezog.⁶¹⁷ Die Städte in Territorien (aus Sicht des Reiches auch mittelbare Städte genannt) standen hingegen unter der Landeshoheit der Landesherren,⁶¹⁸ auch wenn diese ihnen einen Autonomierahmen zubilligten.⁶¹⁹ Entsprechend wurde den Reichsstädten die Herrschaft und spiegelbildlich die Untertänigkeit aller Personen auf dem Gebiet der Stadt zugesprochen, während die Einwohner der Landstädte als Untertanen des Landesherren galten.⁶²⁰ Im Bürgereid der Landstädte konnte so die Huldigung gegenüber dem Landesherrn enthalten sein.⁶²¹ Alle Bürger waren somit auch Untertanen gegenüber einer Landeshoheit, wenn auch die Landeshoheit mal bei der Reichsstadt, mal beim Landesherrn lag: „Ein jeder Bürger ist auch ein Unterthan; aber nicht jeder Unterthan ist auch ein Bürger.“⁶²²

615 Zu der Unterscheidung: *Willoweit*, Stadt und Territorium im Heiligen Römischen Reich, in: Chittolini/Willoweit, Statuten, Städte und Territorien zwischen Mittelalter und Neuzeit in Italien und Deutschland, S. 39 (S. 42 ff.).

616 *Pütter*, Kurzer Begriff des Teutschen Staatsrechts, S. 100; *Moser*, Von der Reichsstädtischen Regiments-Verfassung, S. 4 f.; *Eisenhart*, Versuch einer Anleitung zum Teutschen Stadt- und Bürgerrechte, S. 81 f.; *Dabelow*, Lehrbuch des Staats- und Völkerrechts der Deutschen, Erster Theil, S. 79 ff.

617 Art. 5, § 29, Osnabrücker Frieden von 1648, in: *Buschmann*, Kaiser und Reich, Teil II: Vom Westfälischen Frieden 1648 bis zum Ende des Reiches im Jahre 1806, S. 15 – 106 (47 f.).

618 *Eisenhart*, Versuch einer Anleitung zum Teutschen Stadt- und Bürgerrechte, S. 31 ff.; *Dabelow*, Lehrbuch des Staats- und Völkerrechts der Deutschen, Erster Theil, S. 130.

619 *Eisenhart*, Versuch einer Anleitung zum Teutschen Stadt- und Bürgerrechte, S. 36; für die Städte des Fürstentums Braunschweig-Wolfenbüttel: *Selchow*, Anfangsgründe des Braunschweig Lüneburgischen Privatrechts, S. 123 ff.

620 *Fischer*, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 589; vgl. *Estor*, Bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen [Band 1], S. 57. Dazu: *Bader/Dilcher*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 749 ff.; *Kroeschell/Cordes*, Art. Bürger, in: *Cordes/Lück/Werkmüller/Schmidt-Wiegand*, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band I, 738 (745).

621 *Estor*, Der Teutschen Rechtsgelehrtheit dritter Teil, S. 228.

622 *Moser*, Von der Teutschen Unterthanen Rechten und Pflichten, S. 2.

Bürgerrecht und Indigenat waren in zweierlei Hinsicht miteinander verknüpft. Zum einen wurden Indigenat und Bürgerrecht gleichgesetzt.⁶²³ Nach Selchow bestand das Bürgerrecht so „in dem Indigenat und übrigen Vortheilen der bürgerlichen Nahrung, namentlich derer, welche mit dem Begriff des Stadtrechtes verknüpft sind.“⁶²⁴ Die Idee des dreifachen Indigenats war in der Lage, das Bürgerrecht als lokales Indigenat in sich aufzunehmen. Zum anderen wurde für Städte, die einem Landesherrn unterstanden, diskutiert, inwiefern der Erwerb des Bürgerrechts zum Erwerb des Indigenats führt.⁶²⁵

Im *usus modernus pandectarum* konnte der Bürger des römischen Rechts als Vorbild für die rechtliche Stellung des neuzeitlichen Stadtbürgers gelten und die rechtliche Struktur der Stadtbürgerschaft konnte durch das Erklärungsmuster des römischen Bürgerbegriffs aufgefasst werden.⁶²⁶

II. Die Abstufung des Bürgerrechts und Sonderformen

Die Stellung als Bürger war in der Vorstellung des 18. Jahrhunderts keine bloße Frage nach der Eigenschaft, Bürger zu sein oder nicht, sondern enthielt eine Vielzahl an Abstufungen. Oftmals ging es um verminderte Rechtspositionen gegenüber dem Vollbürger, die unter dem Oberbegriff „kleines Bürgerrecht“ zusammengefasst wurden.⁶²⁷ Mit dem Patriziat existierte zudem eine Gruppe besonders privilegierter Bürger.

Viele Städte setzten sich mit dem Verhältnis von Bürgerrecht und Konfession auseinander. Die Abstufung war eng mit der Frage der Konfession verbunden, indem konfessionellen Minderheiten das volle Bürgerrecht oft versagt blieb.⁶²⁸

623 Schröter, In wiefern die Eingebornen begünstigt werden, in: Schröter, Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen und Peinlichen Rechts, Erster Band, S. 235 (236); Krünitz, Art. Bürger, in: Krünitz, Oeconomische Encyclopädie, 7. Teil, S. 377 (378).

624 Selchow, Anfangsgründe des Braunschweig Lüneburgischen Privatrechts, S. 131.

625 Ebd., S. 50.

626 Dazu unten unter Kapitel I E III.

627 Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem [...], Fünft- und letzter Theil, S. 1751; Fischer, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band I, S. 679; Runde, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 305 f.; Liekefett, Praktischer Commentar über die Pandekten, Zweyter Theil, S. 348.

628 Sobania, Rechtliche Konstituierungsfaktoren des Bürgertums, in: Gall, Stadt und Bürgertum im Übergang von der traditionellen zur modernen Gesellschaft, S. 131

Die häufigste Bezeichnung für Stadteinwohner mit verminderter Rechtsstellung war die der Beisassen. Beisassen waren im Gegensatz zum Bürger mit vollem Bürgerrecht, Einwohner der Städte, die zwar einige bürgerliche Pflichten trugen, aber nicht alle Vorteile des Bürgerrechts genossen.⁶²⁹ Die Beisassen konnten sich das volle Bürgerrecht nicht leisten, konnten aus rechtlichen Gründen das Bürgerrecht nicht erwerben oder wollten die vollen bürgerlichen Lasten nicht tragen.⁶³⁰ Zentral für die Existenz und Relevanz der Gruppe der Beisassen war die Intensität der Zugangsbeschränkung zum Bürgerrecht. Selchow stellte so für die Städte des Fürstentums Braunschweig-Wolfenbüttel fest, dass Beisassen selten waren, da das Bürgerrecht relativ einfach erworben werden konnte.⁶³¹ Zuweilen wurde die Rechtsposition der Beisassen Incolatrecht, von *incolae* (Bewohner),⁶³² genannt.⁶³³ Dabei ist diese Bezeichnung vom Incolatrecht im Sinne eines Synonyms für das Indigenat oder als erworbenes Indigenatrecht zu unterscheiden.

Die meist adeligen Ausbürger und die Pfahlbürger waren Bürger, die außerhalb der Stadt wohnten oder in mehreren Städten gleichzeitig Bürger waren.⁶³⁴ Ursprünglich hatten die Ausbürger und in einem geringeren Ma-

(132). Zu dem Problem in Münster, Hildesheim und Hamburg: *Litten*, Bürgerrecht und Bekenntnis. Zum Bürgerrecht als religionspolitisches Steuerungsinstrument in Frankfurt: *Breustedt*, Bürger- und Beisassenrecht, *Zeitschrift für Historische Forschung* 44 (2017), 597 (S. 610 f.). Zu der ausschließlichen Stellung der Protestanten in Köln als Beisassen: *Mettele*, Bürgertum in Köln 1775–1870, S. 34 f.; *Küntzel*, Fremde in Köln, S. 29. Auch in München war die katholische Konfession Voraussetzung für das Bürgerrecht: *Zerback*, München und sein Stadtbürgertum, S. 42. Zu der Situation in Dortmund: *Schambach*, Stadtbürgertum und industrieller Umbruch, S. 14.

629 *Kannowski*, Art. Beisasse, in: Cordes/Lück/Werkmüller/Schmidt-Wiegand, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band I, 510; *Estor*, Der Deutschen Rechtsgelahrtheit dritter Teil, S. 148; *Eisenhart*, Versuch einer Anleitung zum Teutschen Stadt- und Bürgerrechte, S. 234 ff.

630 *Kannowski*, Art. Beisasse, in: Cordes/Lück/Werkmüller/Schmidt-Wiegand, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band I, 510.

631 *Selchow*, Anfangsgründe des Braunschweig Lüneburgischen Privatrechts, S. 134.

632 Zum Begriff des *incola*: *Riesenberger*, Citizenship in the Western Tradition, S. 144.

633 *Runde*, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 311 f.; *Dabelow*, Lehrbuch des Staats- und Völkerrechts der Deutschen, Erster Theil, S. 139; *Krünitz*, Art. Bürger, in: *Krünitz*, Oeconomische Encyclopädie, 7. Teil, S. 377 (378); wortgetreu aber ohne Kennzeichnung von Runde übernommen: *Liekefett*, Praktischer Commentar über die Pandekten, Zweyter Theil, S. 354.

634 *Bader/Dilcher*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 459 ff.; *Breustedt*, Art. Pfahlbürger, in: Cordes/Haferkamp/Kannowski/Lück/Wall/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band IV, 509 (Sp. 509 ff.).

ße auch die Pfahlbürger die politische Aufgabe, den städtischen Einflussbereich politisch auszudehnen, die Versorgung der Stadt sicherzustellen und andere wirtschaftspolitische Verbindungen zu etablieren, indem reiche Bauern und Adelige aus dem Umland von Städten mit der Stadt rechtlich verbunden wurden.⁶³⁵ Vor allem im Zusammenhang mit der Territorialisierung der Landesherrschaft wehrten sich die Landesherren gegen ein Unterlaufen ihrer Konsolidierungspolitik.⁶³⁶ Die Autoren des 18. Jahrhunderts kannten noch den Ausbürger, erwähnten den Pfahlbürger jedoch nur noch als historische und abgeschaffte Kategorie.⁶³⁷

In den meisten Abhandlungen des 18. Jahrhunderts wurden die Patrizierfamilien als besonders edle Familien unter den Bürgern hervorgehoben.⁶³⁸ In rechtlicher Hinsicht war die Stellung als Patrizier zuweilen mit einem Vorrecht auf Ratsstellen verbunden.⁶³⁹ Ein viel diskutiertes Thema im Zusammenhang mit Patriziern war ihre Anerkennung als Adelige.⁶⁴⁰

Zwar spielte das volle Bürgerrecht eine große Rolle, doch prägte eine Vielzahl an Personenkategorien, die jeweils eigene Rechtsstellungen innehatten, die Bevölkerung der frühneuzeitlichen Stadt. Auch diejenigen, die wie die Beisassen nicht das volle Bürgerrecht hatten, galten nicht als fremd, wie die Literatur des 18. Jahrhunderts immer wieder betonte.⁶⁴¹ Vielmehr wurde auf die Verbindung mit der Stadt über den Wohnort abgestellt. So

635 *Breustedt*, Art. Pfahlbürger, in: Cordes/Haferkamp/Kannowski/Lück/Wall/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band IV, 509 (Sp. 511 f.).

636 *Bader/Dilcher*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 460; *Breustedt*, Art. Pfahlbürger, in: Cordes/Haferkamp/Kannowski/Lück/Wall/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band IV, 509 (512).

637 *Gundling*, Discours über Henrici de Cocceii Juris Publici Prudentiam, S. 842; *Runde*, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 309; *Eisenhart*, Versuch einer Anleitung zum Teutschen Stadt- und Bürgerrechte, S. 228 ff. Beide Kategorien als nur historisch betrachtend: *Fischer*, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 679 f.; *Rößig*, Erste Grundsätze des deutschen Privatrechts, S. 173 f.

638 Von Patriziern als mit Bürgerrecht „in Gradu eminentiori“ ausgestattet: *Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem [...], Fünft- und letzter Theil, S. 1752.

639 *Fischer*, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 676 f.; *Eisenhart*, Versuch einer Anleitung zum Teutschen Stadt- und Bürgerrechte, S. 67 ff.; *Dabelow*, Lehrbuch des Staats- und Völkerrechts der Deutschen, Erster Theil, S. 140 f.

640 Zu adeligen und nichtadeligen Patriziern: *Fischer*, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 675 f.; *Eisenhart*, Versuch einer Anleitung zum Teutschen Stadt- und Bürgerrechte, S. 72 ff.

641 *Orth*, Nöthig- und nützlich-erachtete Anmerkungen über die Im Zweyten Theil enthaltene Acht erstere Tituln [...] Der so genannten Erneuernten Reformation Der

erklärt die Kölner Qualifikationsordnung von 1617 diejenigen für fremd, die außerhalb der Stadt geboren wurden und nie in der Stadt gewohnt haben, sowie Personen, die ohne Kenntnis des Rates ausgewandert sind.⁶⁴² Die sogleich zu untersuchenden Vorrechte des Bürgers bildeten somit auch eine rechtliche Grenze innerhalb der Stadtbewölkerung und schlossen Fremde in der Art aus, dass diese bezüglich dieser Vorrechte erst recht keinerlei stadtrechtliche Rechtsposition innehatten.

III. Differenzierungen aufgrund der städtischen Differenzierungskategorien

Die Listen der Vorrechte des Bürgers waren weitgehend kongruent. So nannte Fischer als Vorrechte des Bürgers das Recht, zu städtischen Ämtern zu gelangen, das Recht, bürgerliche Nahrung zu treiben (die Ausübung bestimmter Berufe), an den Privilegien und Vorrechten der Stadt teilzunehmen, ein Miteigentumsrecht am Stadtvermögen zu haben und die Befugnis, Grundeigentum in der Stadt zu erwerben.⁶⁴³ Runde nannte als Vorrechte des Bürgers das Recht, bürgerliche Nahrung zu treiben, das Recht, Grundstücke zu erwerben, das Recht zu städtischen öffentlichen Ämtern und den Genuss von Vorteilen aus öffentlichen gemeinnützigen Einrichtungen der Stadt.⁶⁴⁴ Rößig ergänzte zu der Auflistung von Runde noch den Schutz durch die Stadtoberigkeit.⁶⁴⁵ Zudem nutzen einige der Regelungen des Konkursverfahrens die Kategorie des Bürgerrechts zur Differenzierung.⁶⁴⁶ Viele der Vorrechte waren zugleich Verpflichtungen oder Voraussetzungen der Stadtbürgerschaft. So mussten Bürger oftmals Grundeigentum besitzen,⁶⁴⁷

Stadt Frankfurt am Mayn [Band 1], S. 104 f.; *Riccus*, Zuverlässiger Entwurf von Stadt-Gesetzen, S. 457; *Estor*, Der Deutschen Rechtsgelahrtheit dritter Teil, S. 148.

642 Kölner Ordnung vom 27. November 1617 über Annehmung der Bürger, in: *Deeters*, Wie wird man Kölner Bürger?, in: *Deeters/Helmuth*, Quellen zur Geschichte der Stadt Köln, Band 2, S. 203 (S. 205 – 210 (206)).

643 *Fischer*, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 683 f.

644 *Runde*, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 305.

645 *Rößig*, Erste Grundsätze des deutschen Privatrechts, S. 167 f. Runde nannte den Schutz durch die Obrigkeit wohl nicht, da er diesen allein der Untertänigkeit zuordnete: Vgl. *Runde*, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 304.

646 Dazu siehe oben unter Kapitel 1 A IV 4.

647 *Bader/Dilcher*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 452; *Kroeschell/Cordes*, Art. Bürger, in: *Cordes/Lück/Werkmüller/Schmidt-Wiegand*, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band I, 738 (741). Für Frankfurt: *Breustedt*, Inklusion und Exklu-

bürgerliche Nahrung im Organisationsbereich von Zünften treiben⁶⁴⁸ und Ämter übernehmen.⁶⁴⁹ Zur Bedeutung der Vorrechte der Bürger äußerte sich Kreittmayr zweifelnd: „Manich-unruhiger Kopf unter der Burgerschaft bildet sich von den burgerlichen Privilegiis weit mehr ein, als der Brief vermag.“⁶⁵⁰

1. Grundbesitz

Viele Regelungen verboten Nichtbürgern oder Fremden den Immobilienbesitz. Riccius differenzierte zwischen zwei verschiedenen Regelungsarten, die den Immobilienerwerb von Fremden unterbanden. Sofern geregelt sei, dass kein Fremder Immobilien in der Stadt erwerben dürfe, könnten die Beisassen nicht als Fremde angesehen werden. Etwas anderes gelte dann, wenn der Immobilienerwerb ausdrücklich auf Bürger beschränkt sei.⁶⁵¹

Nach den Kommentierungen der erneuerten Frankfurter Reformation durch Johann Philipp Orth⁶⁵² scheint in Frankfurt zunächst nur Fremden, später auch Beisassen der Erwerb von Immobilien versagt gewesen zu sein,⁶⁵³ so dass der Immobilienbesitz einen der wichtigsten rechtlichen Unterschiede zwischen Bürgern und Beisassen ausmachte.⁶⁵⁴ Laut Orth habe dies noch weitere Auswirkungen auf die verschiedenen Arten des Immobilienerwerbs. So seien Verträge über Immobilienübertragungen an

sion, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 133 (2016), 110 (115).

648 Das Bürgerrecht war oft an eine Zunftmitgliedschaft gekoppelt: *Sobania*, Rechtliche Konstituierungsfaktoren des Bürgertums, in: Gall, Stadt und Bürgertum im Übergang von der traditionellen zur modernen Gesellschaft, S. 131 (133). Zu Köln: *Küntzel*, Fremde in Köln, S. 19.

649 *Eisenhart*, Versuch einer Anleitung zum Teutschen Stadt- und Bürgerrechte, S. 207 f.; *Rösig*, Erste Grundsätze des deutschen Privatrechts, S. 168.

650 *Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem [...], Fünft- und letzter Theil, S. 1757.

651 *Riccius*, Zuverlässiger Entwurf von Stadt-Gesetzen, S. 457.

652 Zu Orth: *Dölemeyer*, Frankfurter Juristen im 17. und 18. Jahrhundert, S. 144.

653 *Orth*, Nöthig- und nützlich-erachtete Anmerkungen über die Im Zweyten Theil enthaltene Acht erstere Tituln [...] Der so genannten Erneuerten Reformation Der Stadt Frankfurt am Mayn [Band 1], S. 105 f.; vgl. auch *Estor*, Der Teutschen Rechtsgelahrtheit dritter Teil, S. 148.

654 *Orth*, Nöthig- und nützlich-erachtete Anmerkungen über die Im Zweyten Theil enthaltene Acht erstere Tituln [...] Der so genannten Erneuerten Reformation Der Stadt Frankfurt am Mayn [Band 1], S. 107.

Fremde nichtig.⁶⁵⁵ Testamentarisch könnten Fremde hingegen Grundstücke erwerben, müssten diese jedoch binnen eines Jahres an einen Bürger veräußern oder selbst das Bürgerrecht erlangen.⁶⁵⁶ Bei dem Erwerb über die Grundsicherheit des Insatzes habe zunächst, wie bei der Erlangung durch Testament, eine Veräußerungspflicht binnen eines Jahres bestanden, bevor auch diese Möglichkeit der Erlangung einer Immobilie verboten wurde.⁶⁵⁷

Ähnliches galt für Nürnberg: Hier durften Immobilien nicht an Fremde oder andere Nichtbürger verkauft werden. Dieses Privileg der Nürnberger Bürgerschaft wurde der Stadt Nürnberg durch kaiserlichen Brief bestätigt.⁶⁵⁸

Orth argumentierte, dass ein Verbleib der Immobilien bei den „Bürgern und Inwohnern“ Streitigkeiten über den Gerichtsstand vermeide und Abgaben einfacher eingetrieben werden könnten.⁶⁵⁹ Auch Riccius betonte die Eintreibung von Abgaben, nannte als weiteren Grund die Gefahr, dass die Vollbürger einen schlechteren Zugriff auf Immobilien hätten und dadurch nicht in der Lage wären, die Abgaben zu leisten.⁶⁶⁰ Ernst Ludwig August Eisenhart⁶⁶¹ führte schließlich das Vorrecht der Bürger auf Grundbesitz darauf zurück, dass damit die Leistungsfähigkeit der Bürger, ihre Abgaben zu leisten, sichergestellt werde und es für den Stadtrat leichter sei, Abgaben einzutreiben, wenn die Grundeigentümer Bürger der Stadt seien.⁶⁶² So argumentierte schließlich auch Mevius in seinem Kommentar zum lübischen Recht.⁶⁶³

655 Orth, Nöthig- und nützlich-erachtete Anmerkungen über die Im Zweyten Theil enthaltene Acht erstere Tituln [...] Der so genannten Erneuten Reformation Der Stadt Frankfurt am Mayn [Band 1], S. 107, 301.

656 Ebd., S. 108 f.

657 Orth, Nöthig- und nützlich-erachteter Anmerkungen über die so genannte Erneuerte Reformation Der Stadt Frankfurt am Mayn Erste Fortsetzung [Band 2], S. 425.

658 Riccius, Zuverlässiger Entwurff von Stadt-Gesetzen, S. 567 ff.

659 Orth, Nöthig- und nützlich-erachtete Anmerkungen über die Im Zweyten Theil enthaltene Acht erstere Tituln [...] Der so genannten Erneuten Reformation Der Stadt Frankfurt am Mayn [Band 1], S. 348.

660 Riccius, Zuverlässiger Entwurff von Stadt-Gesetzen, S. 567.

661 Zu Eisenhart: Muther, Art. Eisenhart, Ernst Ludwig August, in: Historische Commission bei der Königlichen Akademie der Wissenschaften, Allgemeine Deutsche Biographie, Band 5, S. 765.

662 Eisenhart, Versuch einer Anleitung zum Teutschen Stadt- und Bürgerrechte, S. 201.

663 David Mevius, Kommentar zum Lübischen Recht, in: Bar/Dopffel, Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert, Band 1, S. 418 – 527 (481).

2. Bürgerliche Nahrung

Als zentrales Vorrecht der Stadtbürger galt das Treiben bürgerlicher Nahrung. Jemand, der das Bürgerrecht einer Stadt nicht hatte, durfte in dieser nicht ohne Weiteres bürgerlicher Nahrung nachgehen.⁶⁶⁴ Insbesondere waren damit Fremde von der Ausübung der entsprechenden Berufe ausgeschlossen.⁶⁶⁵

Dementsprechend galt die bürgerliche Nahrung als „Inbegrif derjenigen Nahrungsgeschäfte, die das verjährt Vorrecht der städtischen Einwohner sind.“⁶⁶⁶ Im Kern wurde darunter der Handel, das Handwerk und das Brauwesen verstanden.⁶⁶⁷ Dazu wurde zuweilen das Betreiben von Gastwirtschaften und insbesondere der Weinschank genannt.⁶⁶⁸ Den Ausschluss von Nichtbürgern von diesen Berufszweigen illustrierte das Sprichwort „Erst Bürgerrecht, dann Kaufmannsrecht“,⁶⁶⁹ das auf die Notwendigkeit für den Nichtbürger hinwies, erst das Bürgerrecht zu erwerben, bevor er als Händler tätig werden konnte.

Diese Vorrechte des Bürgers illustrierten weitere Sprichwörter, die der Helmstedter Professor Eisenhart sammelte und kommentierte. So erklärte Eisenhart das Sprichwort: „Das Brauen bringt den Bürgern eine güldene Nahrung“ damit, dass das ehemals freie Brauen zu einem Privileg der Bürger wurde, um ihnen eine, aufgrund der großen Bedeutung des Bieres, sehr lukrative Einnahmequelle zu verschaffen.⁶⁷⁰ Teutschenbrunn nannte als Argument für das Privileg der Bürger, Bier zu brauen, dass Gastmähler ursprünglich in Städten abgehalten worden wären, so dass das dafür erforderliche Bier vor Ort gebraut werden sollte. Gegen ein solches ausschließliches Recht der Bürger spreche jedoch, dass die Materialien fürs Bierbrauen vom

664 *Eisenhart*, Versuch einer Anleitung zum Teutschen Stadt- und Bürgerrechte, S. 199; zu Münster: *Kill*, Das Bürgertum in Münster 1770–1870, S. 25.

665 *Fischer*, Lehrbegrif sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 684.

666 Ebd., S. 684.

667 *Selchow*, Anfangsgründe des Braunschweig Lüneburgischen Privatrechts, S. 136 ff.; *Fischer*, Lehrbegrif sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 684; *Eisenhart*, Versuch einer Anleitung zum Teutschen Stadt- und Bürgerrechte, S. 198; *Runde*, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 313 ff.

668 *Fischer*, Lehrbegrif sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 684; *Runde*, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 335 ff.; *Rößig*, Erste Grundsätze des deutschen Privatrechts, S. 175.

669 *Schmidt-Wiegand*, Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, S. 62.

670 *Eisenhart*, Grundsätze der deutschen Rechte in Spruchwörtern mit Anmerkungen erläutert, S. 57 ff. Zu dem Sprichwort: *Schmidt-Wiegand*, Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, S. 195 f.

Land in die Stadt gebracht werden müssten und, da das Bierbrauen in der erntefreien Zeit stattfinde, Bauern ohne Weiteres selbst brauen könnten.⁶⁷¹ Ein anderes von Eisenhart kommentiertes Sprichwort war „Brauwerk ist keine Kaufmannschaft“, das er mit der umstrittenen Einordnung des Braugewerbes als Kaufmannstätigkeit oder Handwerk erklärte.⁶⁷²

Zur Begründung des Ausschlusses von Nichtbürgern von der bürgerlichen Nahrung wurde auf Gewohnheitsrecht recurriert, mit dem Zweck der Städte, einen Ort für solche Gewerbe zu bieten, und mit dem Fehlen anderer Einnahmequellen der Bürgerschaft argumentiert.⁶⁷³

3. Städtische Ämter

Dass die städtischen Ämter in Kommunen mit Selbstverwaltungskompetenzen von Bürgern als Mitglieder der Kommune ausgeübt wurden, galt als ganz selbstverständlich. So wird der Aspekt der Zulassung zu Ämtern und Ehrenstellen ohne größere Kommentierungen erwähnt.⁶⁷⁴

IV. Fazit

Das Bürgerrecht als Differenzierungskriterium unterschied zwischen dem Vollbürger oder teilweise berechtigten Einwohner und allen anderen. Dies war eine Differenzierung, die innerhalb der Gruppe der städtischen Bevölkerung selbst differenzierte und abgestufte rechtliche Status zur Folge hatte. Eine Differenzierung gegenüber dem Fremden fand insofern statt, dass der Fremde erst recht von den Vorrechten der Bürger ausgeschlossen war. „Fremder und Einheimischer“ waren nach der zeitgenössischen Dogmatik als Gegensatzpaar keine Entsprechung von „Fremder und Bürger“. Vielmehr wurden Nichtbürger, wie Beisassen und Schutzverwandte, durchaus als einheimisch und nicht als Fremde aufgefasst.

671 *Teutschenbrunn*, Geist der Gesetze der Teutschen, S. 331 f.

672 *Eisenhart*, Grundsätze der deutschen Rechte in Spruchwörtern mit Anmerkungen erläutert, S. 59 f.

673 *Teutschenbrunn*, Geist der Gesetze der Teutschen, S. 334; *Eisenhart*, Versuch einer Anleitung zum Teutschen Stadt- und Bürgerrechte, S. 198 f.

674 Vgl. *Estor*, Der Teutschen Rechtsgelahrtheit dritter Teil, S. 229.

D. Die Differenzierungskriterien des Naturrechts

Das Recht des 18. Jahrhunderts kann nicht abschließend mit den Normen des positiven Rechts und deren Systematisierungen durch die Wissenschaft erfasst werden. Dies würde die bedeutende Rolle des Naturrechts unterschlagen, das zum Teil einen unmittelbaren, wenn auch subsidiären, Geltungsanspruch hatte⁶⁷⁵ und als universitäres Lehrfach⁶⁷⁶ eine wesentliche Argumentationsquelle oder „politische Sprache“⁶⁷⁷ darstellte. Insofern kann für das 18. Jahrhundert von einem „dualistischen Rechtsbegriff“ gesprochen werden, der neben einem positiven Recht ein natürlich-vernünftiges Recht kannte.⁶⁷⁸ Neben klassischen Lehrbüchern des Naturrechts wie denen von Pufendorf, Heineccius oder Wolff, ist dabei auf die Werke der allgemeinen Staatslehre einzugehen, die aus zeitgenössischer Sicht einen Ausschnitt des Naturrechts darstellte.⁶⁷⁹

Oftmals findet sich in der Literatur die pauschale Aussage, dass das Naturrecht die Ungleichbehandlung des Fremden beseitigt hätte.⁶⁸⁰ Bezüglich der Frage nach der Diskriminierung von Fremden muss daher vor allem untersucht werden, ob das Naturrecht solche Differenzierungen beseitigte oder stützte.

675 Schröder, *Recht als Wissenschaft*, Band I: 1500–1933, S. 115 ff.

676 Schröder/Pielemeyer, *Naturrecht als Lehrfach an den deutschen Universitäten des 18. und 19. Jahrhunderts*, in: Dann/Klippel, *Naturrecht – Spätaufklärung – Revolution*, S. 255.

677 So der Zugang von: Stollberg-Rilinger, *Vom Volk übertragene Rechte?*, in: Klippel, *Naturrecht und Staat*, S. 103 (104). Aufbauend auf den Theorien John G. A. Pococks: Pocock, *Sprache und ihre Implikationen: Die Wende in der Erforschung des politischen Denkens*, in: Mulsow/Mahler, *Die Cambridge School der politischen Ideengeschichte*, S. 88; Pocock, *Der Begriff einer »Sprache« und das métier d'historien: Einige Überlegungen zur Praxis*, in: Mulsow/Mahler, *Die Cambridge School der politischen Ideengeschichte*, S. 127.

678 Schröder, *Recht als Wissenschaft*, Band I: 1500–1933, S. 101 ff.

679 Schelp, *Das Allgemeine Staatsrecht – Staatsrecht der Aufklärung*, S. 17 ff.

680 Thieme, *Die Rechtsstellung der Fremden in Deutschland vom 11. bis zum 18. Jahrhundert*, in: Société Jean Bodin, *L'étranger Foreigner*, S. 201 (210); Koehler, *Art. Fremde*, in: Erler/Kaufmann, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, I. Band, 1266 (1270); Thieme, *Art. Fremdenrecht*, in: Erler/Kaufmann, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, I. Band, 1270 (1272); Seiring, *Fremde in der Stadt (1300 – 1800)*, S. 4; Floßmann, *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, S. 29.

I. Bürger und Untertan im Naturrecht

Für das Naturrecht des 17. Jahrhunderts war der Gesellschaftsvertrag zentral, durch den der Staat, oft als „bürgerliche Gesellschaft“ bezeichnet, gegründet wird. Seit Pufendorf existierte neben dem Modell eines einzelnen Gesellschaftsvertrages auch ein Modell zweier Verträge, einem Vereinigungs- und einem Unterwerfungsvertrag.⁶⁸¹ Der Gesellschaftsvertrag (oder die Gesellschaftsverträge) wurde oft dadurch erklärt, dass durch die fehlende Durchsetzungsmöglichkeit des Naturrechts im Naturzustand (natur-)rechtstreue Menschen schutzlos den Taten von rechtsuntreuen Menschen⁶⁸² oder deren Gruppenzusammenschluss⁶⁸³ ausgesetzt seien. Vor allem im deutschen Naturrecht wurden die Gesellschaftsverträge als ein Vertragsschluss der Hausväter begriffen, so dass die den Hausvätern untergeordneten Personen (Frauen, Kinder, Knechte) nicht als Vertragspartei galten.⁶⁸⁴

Der naturrechtlichen Tendenz zum Gesellschaftsvertrag war also schon von vornherein die Differenzierung immanent, indem die Gesellschaft

681 Zum doppelten Vertragsschluss: *Wyduckel*, Die Vertragslehre Pufendorfs und ihre rechts- und staatstheoretischen Grundlagen, in: Palladini/Hartung, Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung, S. 147 (S. 151 ff.); *Kersting*, Der Kontraktualismus im deutschen Naturrecht, in: Dann/Klippel, Naturrecht – Spätaufklärung – Revolution, S. 90 (S. 92 ff.); *Pufendorf*, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, S. 165; *Achenwall/Pütter*, Anfangsgründe des Naturrechts Elementa Iuris Naturae, S. 211 (§ 655 f.); *Höpfner*, Naturrecht des einzelnen Menschen der Gesellschaften und der Völker, S. 148 (§ 175); vgl. *Justi*, Die Natur und das Wesen der Staaten, S. 36 ff.; *Scheidemantel*, Das Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker betrachtet, Band 1, S. 63 ff.; *Hoffbauer*, Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt, S. 151 f. (§ 289), 168 (§ 330); *Hufeland*, Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundenen Wissenschaften, S. 182 (§ 374); *Eggers*, Versuch eines systematischen Lehrbuchs des natürlichen Staatsrechts, S. 27 (§ 60).

682 *Pufendorf*, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, S. 161 f.; *Klein*, Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben, S. 244 (§ 473).

683 *Heineccius*, Grundlagen des Natur- und Völkerrechts, S. 394 ff. (§ 104 f.).

684 Vgl. *Pufendorf*, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, S. 161; vgl. *Heineccius*, Grundlagen des Natur- und Völkerrechts, S. 395 f. (§ 105); vgl. *Justi*, Die Natur und das Wesen der Staaten, S. 36 f.; *Schlözer*, Allgemeines Stats Recht und StatsVerfassungsLere, S. 64. Eine Ausnahme stellen Achenwall und Pütter dar, nach denen Familienvater und Familienmutter die Herrschaft im Hause gemeinsam zusteht und beide den Gesellschaftsvertrag schließen: *Achenwall/Pütter*, Anfangsgründe des Naturrechts Elementa Iuris Naturae, S. 207 (§ 648), 211 (§ 655 f.).

eine Schutzgemeinschaft im inneren vor einzelnen oder vergesellschafteten Fremden bilden sollte. In den Ausführungen zum allgemeinen Gesellschaftsrecht betonten viele Autoren diese Scheidelinie.⁶⁸⁵ Gottfried Achenwall und Pütter führten so zum Beispiel aus: „In jeder Gesellschaft gibt es zwei Betrachtungsweisen: die der Gesellschaft im Hinblick auf die Nicht-Gesellschafter und die der Gesellschaft im Hinblick auf ihre Gesellschafter.“⁶⁸⁶ Heineccius formulierte ausdrücklich als allgemeine Bürgerpflicht, „den eigenen Mitbürgern mehr Menschlichkeit zu erweisen als Fremden“.⁶⁸⁷

Mit dem Gesellschaftsvertrag war nach der Vorstellung des 18. Jahrhunderts eine Metamorphose des Einzelnen verbunden, die sich begrifflich niederschlugt. So führte Joseph von Sonnenfels⁶⁸⁸ in der Einleitung zu seinen „Grundsätzen der Polizey“ aus: „Der Uebergang in denselben [sc. den Staat] hat den Mitgliedern einen neuen Namen erworben, hat sie in neue Verhältnisse versetzt: die Menschen sind Bürger geworden, Wesen, die durch die Natur ihres selbst gewählten Standes, nun als Theile zu einem Ganzen Beziehung haben, als Glieder in einem sittlichen Körper vereinbart sind.“⁶⁸⁹ Der durch den Gesellschaftsvertrag transformierte Mensch sei also als Staatsbürger ein Mitglied des Staates geworden. Bürger in diesem engeren Sinn waren im früheren deutschen Naturrecht nur diejenigen, die den Staat durch Vertrag mit gegründet haben (oder hypothetisch gründen könnten), also zumeist die unabhängigen Hausväter.⁶⁹⁰ Im jüngeren Natur-

685 Höpfner, Naturrecht des einzelnen Menschen der Gesellschaften und der Völker, S. 119 (§ 138); Hoffbauer, Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt, S. 150 (§ 286); Hufeland, Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundenen Wissenschaften, S. 135 f. (§ 289).

686 Achenwall/Pütter, Anfangsgründe des Naturrechts Elementa Iuris Naturae, S. 175 (§ 543).

687 Heineccius, Grundlagen des Natur- und Völkerrechts, S. 498 (§ 227). Vgl. auch die Aussage Kleins, dass, wenn die Furcht vor anderen die Menschen zusammenhalten soll, sie mit dem Zutrauen zu den Einheimischen verbunden sein muss: Klein, Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben, S. 244 (§ 471).

688 Zu Sonnenfels: Lindner, Der Mann ohne Vorurteil; Reinalter, Joseph von Sonnenfels; Karstens, Lehrer – Schriftsteller – Staatsreformer; Hof, Art. Josef von Sonnenfels (1733–1817), in: Kleinheyer/Schröder, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, S. 406.

689 Sonnenfels, Grundsätze der Polizey, S. 13.

690 Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, S. 166; Achenwall/Pütter, Anfangsgründe des Naturrechts Elementa Iuris Naturae, S. 213 (§ 658); Scheidemantel, Das Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker betrachtet, Band 1, 36; Scheidemantel, Das allgemeine Staatsrecht überhaupt und nach der Regierungsform, S. 28 f.; Eggers, Versuch

recht kam es zuweilen zu einer Ausweitung auf alle Personen,⁶⁹¹ die der Überlegung der Bürgerschaft aller Untertanen entspricht.⁶⁹² Vor allem in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts findet sich die Unterscheidung zwischen eingeborenen und aufgenommenen Bürgern. Ausdrücklich sprachen Pufendorf und Vattel diese Unterscheidung an,⁶⁹³ während andere Autoren diese nur andeuteten.⁶⁹⁴

Eine besondere Form des Gesellschaftsvertrages mit einer eigenen Folge von Rechtsunterschieden stellte die Aktientheorie des Osnabrücker Juristen Justus Möser dar.⁶⁹⁵ Aufbauend auf der Struktur der international agierenden Kaufmannsgesellschaften wie die East-India-Company⁶⁹⁶ begriff Möser den Staat als eine Aktiengesellschaft. Ursprüngliche Einlage beim Vertragschluss sei das Landeigentum gewesen.⁶⁹⁷ Nur die Landeigentümer seien somit vollberechtigte Mitglieder des Staates gewesen und alle anderen seien Knechte, bloße Nebenbewohner oder Fremde mit jeweils stark verminder-

eines systematischen Lehrbuchs des natürlichen Staatsrechts, S. 25 (§ 56); *Martini*, Allgemeines Recht der Staaten, S. 9 (§ 11).

691 *Höpfner*, Naturrecht des einzelnen Menschen der Gesellschaften und der Völker, S. 142 f. (§ 171); *Hoffbauer*, Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt, S. 191 (§ 381). Beide Ansichten darstellend: *Klein*, Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben, S. 251 (§ 489). Zuweilen wird diese Tendenz schon bei Pufendorf verortet, bei dem „civis [...] bereits als Untertan des Landesfürsten“ zu verstehen sei: Z. B. *Pahlow*, Art. Staatsbürgerschaft, in: *Jaeger*, Enzyklopädie der Neuzeit, Band 12, 577 (579). Pufendorf sprach jedoch ausdrücklich von zwei verschiedenen Bedeutungen des Bürgerbegriffs: Einer weiten, die schlicht alle umfasse, und eine engere, die nur die ursprünglichen Gesellschaftsvertragsparteien umfasse. Pufendorf verwendete für die erste Bedeutung des Begriffes primär „Untertan“: *Pufendorf*, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, S. 166.

692 Dazu unten unter Kapitel I E I.

693 *Pufendorf*, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, S. 166 f.; *Vattel*, Völkerrecht, S. 312 ff.

694 Vgl. *Heineccius*, Grundlagen des Natur- und Völkerrechts, S. 399; *Eggers*, Versuch eines systematischen Lehrbuchs des natürlichen Staatsrechts, S. 25 f.

695 Zur Aktientheorie: *Welker*, Rechtsgeschichte als Rechtspolitik. Justus Möser als Jurist und Staatsmann, Band 1, S. 380 ff.; M. w. N.: *Woesler*, Möser-Bibliographie 1730 – 1990, S. 654.

696 Möser, Der Bauernhof als eine Aktie betrachtet, in: Justus Möser's Sämtliche Werke, Band 6, S. 255 – 270 (255). Mit den Handelsunternehmen beschäftigte sich Möser häufiger: Vgl. Möser, Also sollen die deutschen Städte sich mit Genehmigung ihrer Landesherrn wiederum zur Handlung vereinigen, in: Justus Möser's Sämtliche Werke, Band 4, S. 215 – 223 (221 f.).

697 Möser, Der Bauernhof als eine Aktie betrachtet, in: Justus Möser's Sämtliche Werke, Band 6, S. 255 – 270 (257).

ten Rechtspositionen.⁶⁹⁸ Durch die Aktientheorie könnten verschiedene Begriffe wieder unterschieden und die „allgemeine Vermischung der Menschen, da man nämlich den Bürger mit dem Einwohner vermenget und alles, was auf dem Boden des Staats lebt, unter dem Namen von Territorialuntertanen befasst“, aufgehoben werden.⁶⁹⁹ Im Laufe der Zeit sei auch anderes Vermögen und persönliche Kräfte als Aktie anerkannt worden, so dass mit einer allgemeinen Kopfsteuer jeder steuerpflichtige Territorialuntertan eine Art Aktionär sei.⁷⁰⁰ Als Gegensatz zu seiner Aktientheorie sah Moser den revolutionären Ansatz in Frankreich, nach dem jedem Menschen unabhängig von konkreten Eigenschaften oder Vermögen ein Platz im Staat zugesprochen worden sei.⁷⁰¹

Dem Bürger im Staat wurde schon aus der Vernunft ein Mehr an Rechten vor dem Fremden zugesprochen. Samuel Gottfried Liekefett formulierte so eine doppelte Privilegierung des Staatsbürgers aus Vernunftrecht und aus positivem Recht: „Die Vernunft lehret, daß ein Mensch deswegen, weil er ein Mitglied eines Staats ist, eigne Rechte haben muß, davon andere Menschen, die nicht Mitglieder eben desselben Staats sind, keinen Gebrauch machen dürfen. Diese Rechte sind entweder solche, welche man durch die Vernunft herausbringen kann, wenn man über die Natur und die Absicht eines Staats nachdenkt. [...] Es haben aber die Bürger eines Staats noch mehr Rechte, worauf man nicht durch die Vernunft allein geleitet wird, sondern welche erst von dem Regenten bekannt geworden seyn müssen.“⁷⁰²

Daneben kam in den Theorien des Naturrechtes der Untertan vor. Dieser Begriff war zumeist weiter als der des Bürgers oder Mitglied des Staates, umfasste schlichtweg alle, die nicht Herrscher waren, und trennte damit

698 Möser, Von dem Einflusse der Bevölkerung durch Nebenwohner auf die Gesetzgebung, in: Justus Möser's Sämtliche Werke, Band 4, S. 11 – 22 (15).

699 Möser, Der Bauernhof als eine Aktie betrachtet, in: Justus Möser's Sämtliche Werke, Band 6, S. 255 – 270 (262).

700 Möser, Der Bauernhof als eine Aktie betrachtet, in: Ebd., S. 255 – 270 (257 f.).

701 Möser, Über das Recht der Menschheit als den Grund der neuen französischen Konstitution, in: Justus Möser's Sämtliche Werke, Band 9, S. 140 – 144 (140); Möser, Über das Recht der Menschheit insofern es zur Grundlage eines Staates dienen kann, in: Ebd., S. 155 – 178 (157). Rechtsgleichheit als Resultat der Schwäche der Landeigentümer: Möser, Von dem Einflusse der Bevölkerung durch Nebenwohner auf die Gesetzgebung, in: Justus Möser's Sämtliche Werke, Band 5, S. 11 – 22 (13 f.).

702 Liekefett, Handbuch des Bürgerlichen Rechts in Teutschland [...], Zweyter Theil, S. 249.

strikt zwischen Herrscher und Untertan.⁷⁰³ Zuweilen wurden die Untertanen aber den Bürgern oder Mitgliedern des Staates in dem früheren, engeren Sinn entgegengesetzt. Bürger galten damit nicht als Untertanen, Untertanen niemals als Bürger. Diese ausschließende Untertanen- beziehungsweise Bürgerdefinition war im 18. Jahrhundert noch ein Relikt des aristotelischen Bürgerbegriffes und der Aristotelesrezeption.⁷⁰⁴ Dieser Untertanenstatus wurde dadurch erklärt, dass die Untertanen in einem Status der persönlichen Abhängigkeit stehen würden, dadurch nicht frei seien und nicht den Staat gründen könnten.⁷⁰⁵

Als Erklärung für die Untertänigkeit knüpften einige an den Unterwerfungsvertrag an, der nach dem Vereinigungsvertrag die Herrschaftsstruktur konstituieren sollte. Die Untertanen waren dann alle diejenigen, die vom Unterwerfungsvertrag personell umfasst waren.⁷⁰⁶ Gemeinsam ist den naturrechtlichen Untertänigkeitsbegriffen, dass sie im Grundsatz so verstanden wurden, wie im positiven Recht: Als Reflex einer Herrschaftsunterworfenheit.⁷⁰⁷ Damit galten auch Fremde als zeitlich vorübergehend

703 Achenwall/Pütter, Anfangsgründe des Naturrechts *Elementa Iuris Naturae*, S. 213 (§ 658); Darjes, Discours über sein Natur- und Völkerrecht, 949; Scheidemantel, Das Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker betrachtet, Band 1, S. 41; Klein, Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben, S. 251 f. (§ 490); Hufeland, Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundenen Wissenschaften, S. 182 (§ 376); Scheidemantel, Das allgemeine Staatsrecht überhaupt und nach der Regierungsform, S. 29.

704 Aristoteles, Politik, S. 50 f. Zur Rezeption des aristotelischen Bürgerbegriffs: Grauert, Staat und Staatsangehörigkeit, S. 57; Riedel, Art. Bürger, Staatsbürger, Bürgertum, in: Brunner/Conze/Koselleck, Geschichtliche Grundbegriffe, Band 1, S. 672 (S. 679 ff.). Zur Aristotelesrezeption: Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 1, S. 80 ff.

705 Dieser Zuschnitt der Untertaneneigenschaft wurde jeweils als weitere, vertretene Konzeption des Untertanen erwähnt: Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, S. 166 f.; Eggers, Versuch eines systematischen Lehrbuchs des natürlichen Staatsrechts, S. 230 (§ 543); Klein, Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben, S. 251 f. (§ 490).

706 Wolff, Vernünfftige Gedancken von dem Gesellschaftlichen Leben der Menschen, S. 173 f. (§ 229 f.).

707 So zum Beispiel die Definition von Wolff: „Wer seinen Willen dem Willen eines anderen unterwirft, der ist ihm unterthan.“, Ebd., S. 123 (§ 171); vgl. auch Achenwall/Pütter, Anfangsgründe des Naturrechts *Elementa Iuris Naturae*, S. 183 (§ 569), 213 (§ 658); Höpfner, Naturrecht des einzelnen Menschen der Gesellschaften und der Völker, S. 121 (§ 143); Hoffbauer, Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt, S. 158 (§ 307); Justi, Die Natur und das Wesen der Staaten, S. 215, 243;

herrschaftsunterworfenen Untertanen.⁷⁰⁸ Die Ausführungen zu den individuellen Pflichten betonten oft nur einen der beiden Begriffe, den des Bürgers⁷⁰⁹ oder den des Untertans.⁷¹⁰ Die Betonung der Gehorsamspflicht des Untertans wird auch eine politische Funktion in der Stützung des absolutistischen Machtverständnisses gehabt haben.⁷¹¹

Einen bemerkenswerten Wandel machte die naturrechtliche Terminologie mit Kant durch. Dieser verwendete nicht mehr den Gegensatz zwischen Bürger und Untertan, sondern sah grundsätzlich alle als Bürger an, sprach jedoch, wohl in Anlehnung an die Terminologie der Französischen Revolution,⁷¹² von Aktiv- und Passivbürgern.⁷¹³

II. Die naturrechtliche Begründung von Differenzierungen

Aufgrund seiner überragenden und vielseitigen politischen Funktion gebe es, so Diethelm Klippel, kaum einen philosophischen oder politischen Standpunkt, der nicht irgendwann mal naturrechtlich begründet worden sei.⁷¹⁴ Es überrascht daher nicht, dass auch bezüglich Rechtsinstitute, die zwischen Einheimischen und Fremden differenzierten, naturrechtliche Begründungen vorliegen.

Eggers, Versuch eines systematischen Lehrbuchs des natürlichen Staatsrechts, S. 25 (§ 56); Schlözer, Allgemeines StatsRecht und StatsVerfassungsLere, S. 75.

708 Scheidemantel, Das Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker betrachtet, Band 1, S. 41; Martini, Allgemeines Recht der Staaten, S. III (§ 269).

709 Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, S. 211 ff.; Heineccius, Grundlagen des Natur- und Völkerrechts, S. 496 ff.

710 Achenwall/Pütter, Anfangsgründe des Naturrechts Elementa Iuris Naturae, S. 213 (§ 663 f.); Hufeland, Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundenen Wissenschaften, S. 183 ff. Eggers stellte sowohl die Rechten der Bürger als auch die der Untertanen dar: Eggers, Versuch eines systematischen Lehrbuchs des natürlichen Staatsrechts, S. 203 ff., 230 ff.

711 Vgl. Klippel, Naturrecht als politische Theorie, in: Bödecker/Herrmann, Aufklärung als Politisierung – Politisierung der Aufklärung, S. 267 (271).

712 Dazu unten unter Kapitel 2 A II.

713 Dies sogar, obwohl der Begriff des passiven Staatsbürgers „mit der Erklärung des Begriffs von einem Staatsbürger überhaupt im Widerspruch zu stehen scheint“, Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, S. 166 f. (§ 46).

714 Klippel, Naturrecht als politische Theorie, in: Bödecker/Herrmann, Aufklärung als Politisierung – Politisierung der Aufklärung, S. 267.

1. Auswanderung und Abzugsgeld

Oftmals wurde aus der Dauerhaftigkeit der Staatsverbindung das Verbot der Auswanderung abgeleitet.⁷¹⁵ Damit hing die Entrichtung des Abzugsgeldes eng zusammen, die eine Steuer auf Vermögen darstellte, das außer Landes ging.⁷¹⁶ Der dänische Beamte Georg Wilhelm Eggers⁷¹⁷ sah einen Katalog von Gründen zur Rechtfertigung einer Auswanderung. Nur wenn diese Gründe nicht vorlagen, sei die Erhebung eines Abzugsgeldes rechtmäßig.⁷¹⁸ Karl Anton von Martini⁷¹⁹ differenzierte in seinem Lehrbuch zum allgemeinen Staatsrecht⁷²⁰ nicht in dieser Weise und sah die Entrichtung eines Abzugsgeldes als generelle Ausnahme vom Auswanderungsverbot an.⁷²¹

2. Beamtenrecht

Ein wichtiges Wirkungsfeld des Naturrechts war der Bereich der Ämtervergabe. Naturrechtliche Erwägungen standen hier einer dogmatischen Transformation Pate und verknüpften das Beamtenrecht mithilfe der Idee des Gesellschaftsvertrages eng mit dem Staatsbürgerstatus.

Eine Vorlage für die naturrechtliche Überformung des Rechts der Staatsdiener boten schon viele Naturrechtler, die die Pflichten der Amtswalter als spezielle Bürgerpflicht ansahen.⁷²² Pufendorf skizzierte so die Amtspflichten von Ministern, Geistlichen, Professoren, Richtern, Heerführern,

715 Eggers, Versuch eines systematischen Lehrbuchs des natürlichen Staatsrechts, S. 207 f. (§ 477); Martini, Allgemeines Recht der Staaten, S. 117 (§ 282).

716 Dazu siehe unten unter Kapitel 3 A I.

717 Zu Eggers: Schelp, Das Allgemeine Staatsrecht – Staatsrecht der Aufklärung, S. 79.

718 Eggers, Versuch eines systematischen Lehrbuchs des natürlichen Staatsrechts, S. 208 f. (§ 480).

719 Zu Martini: Hebeis, Karl Anton von Martini (1762–1800); Schelp, Das Allgemeine Staatsrecht – Staatsrecht der Aufklärung, S. 73 f.; Hof, Art. Karl Anton Freiherr von Martini (1726–1800), in: Kleinheyer/Schröder, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, S. 289.

720 Zu dem Werk: Schelp, Das Allgemeine Staatsrecht – Staatsrecht der Aufklärung, S. 73 ff.

721 Martini, Allgemeines Recht der Staaten, S. 117 (§ 283).

722 Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, S. 211; Heineccius, Grundlagen des Natur- und Völkerrechts, S. 499 (§ 229); Martini, Allgemeines Recht der Staaten, S. 112 (§ 271), 114 (§ 276).

Soldaten, Diplomaten und Verwaltungsbeamten.⁷²³ Recht detaillierte naturrechtliche Regelungen zur Ämterausführung finden sich bei Martini, der die Pflicht, für den Staat tätig zu werden, aus dem Vereinigungsvertrag ableitete, so dass Fremde nicht gegen ihren Willen tätig werden müssten: „Fremde können gegen ihren Willen weder zum Kriegsdienst noch zur Vormundschaft, oder zu einem andern Amte angehalten werden.“⁷²⁴ Ein Beamter könne ohne Einwilligung des Regenten auch nicht sein Amt niederlegen.⁷²⁵

Diese naturrechtlichen Überlegungen zum Amtsverhältnis mit ihrer Betonung der Bürgerpflicht halfen bei der kompletten dogmatischen Neuausrichtung des Beamtenrechts am Ende des 18. Jahrhunderts. Bis Ende des 18. Jahrhunderts subsumierten die Juristen das Dienstverhältnis unter die Institute des römischen Privatrechts. So erklärten sie die Stellung des Beamten zum Beispiel als Mandat, *precarium* oder *locatio conductio*.⁷²⁶ 1793 führte der Würzburger Jurist Johann Michael von Seuffert⁷²⁷ eine Betrachtungsweise des Dienstverhältnisses ein, die sich unter naturrechtlichen Vorzeichen von dieser römischrechtlichen und vertragsrechtlichen Tradition entfernte.

Die zentrale Schrift Seufferts, „Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats gegeneinander im rechtlichen und politischen Verstand“,⁷²⁸ entstand 1793 während dessen Zeit in Würzburger Diensten. Nach einem Fragment seiner Autobiografie regte der Fürstbischof von Würzburg und Bamberg, Franz Ludwig von Erthal, die Schrift an, die eine Rechenschaft über die Grundsätze der bischöflichen Ämterbesetzung darstellen sollte.⁷²⁹ Ausgangspunkt für Seufferts Überlegungen war, der „Grundsatz

723 Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, S. 212 ff.

724 Martini, Allgemeines Recht der Staaten, S. 115 (§ 278).

725 Ebd., S. 118 (§ 285).

726 M. w. N.: Dold, Die Entwicklung des Beamtenverhältnisses im Fürstentum Fürstenberg in der Zeit des späten Naturrechts (1744 – 1806), S. 31 ff.

727 Zu Seuffert: Bosl, Bosls Bayerische Biographie, S. 724; Heigel, Art. Seuffert: Johann Michael v., in: Historische Commission bei der Königlichen Akademie der Wissenschaften, Allgemeine Deutsche Biographie, Band 34, S. 53.

728 Zu der Schrift: Dold, Die Entwicklung des Beamtenverhältnisses im Fürstentum Fürstenberg in der Zeit des späten Naturrechts (1744 – 1806), S. 42 ff.; Hattenhauer, Geschichte des deutschen Beamtentums, S. 188 ff.

729 Seuffert, Bruchstücke einer Selbstbiographie des am 9. Mai 1829 verstorbenen kgl. Staatsraths und Appelationsgerichts-Präsidenten Johann Michael von Seuffert (Niedergeschrieben um das Jahr 1812), Mnemosyne 1843, 1 – 2, 9, 13, 17 – 18, 21 – 22, 25 – 26, 29 – 30 (21).

des allgemeinen Staatsrechts [...], daß jedes Staatsmitglied zum Dienste des Staats vollkommen verbunden sey.⁷³⁰ Diese allgemeine Pflicht zum Dienst am Staat begründete Seuffert mit dem Gesellschaftsvertrag, als dem „ausdrücklichen oder besondern Verträge, welchen jeder Einzelne mit Allen, oder dem ganzen Staate dahin eingeht, daß er sich anheischig macht, für die gemeinsamen Vortheil, welche der Staat gewährt, zur Erhaltung desselben nach Kräften mitzuwirken.“⁷³¹ Die Ämterverteilung erfolge durch eine Entscheidung des Staates, der Berufung.⁷³² Die Ausgestaltung der Berufung erfolge durch einen Vertrag, durch den der Staatsbürger diese konkrete Ausgestaltung seiner Pflicht zum Staatsdienst anerkenne.⁷³³ Aufgrund der Grundlage im Gesellschaftsvertrag sei nur das Mitglied des Staates zu Diensten verpflichtet und könne im Einzelfall verpflichtet werden. Die Erteilung des Bürgerrechts an ausländische Beamte erfolge nicht im Nachgang der Berufung, sondern sei Voraussetzung für diese: „Ein Ausländer, welcher in die Dienste eines fremden Staates tritt, muß eher Bürger werden, als er Staatsbeamter wird.“⁷³⁴ Die Erteilung des Bürgerrechts erfolge meist konkludent mit der Berufung des Ausländers.⁷³⁵ Von dieser Frage der Berufung von Ausländern abgekoppelt und sehr viel konventioneller waren die Argumente Seufferts für die Bevorzugung von Landeskindern. Ohne dass allein aus der Eigenschaft des Landeskindes ein Anspruch auf ein Amt entstehe, würden diese aufgrund ihres ausgeprägteren Patriotismus mehr Eifer an den Tag legen und die Einkünfte des Staates sollten billigerweise der Personengruppe zugutekommen, die zu diesen beigetragen habe.⁷³⁶

1797 entwarf der speyerische Kammerdirektor Franz Arnold von der Becke⁷³⁷ einen Gegenentwurf zu Seuffert, der sehr viel stärker in den dogmatischen Erklärungen des frühen 18. Jahrhundert verwurzelt war. In

730 Seuffert, Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats gegeneinander in rechtlichen und politischen Verstande, S. 9.

731 Ebd., S. 18.

732 Vgl. ebd., S. 14.

733 Ebd., S. 27.

734 Ebd., S. 28. Von der Beamtenrolle als besondere Form der Bürgerrolle spricht in diesem Zusammenhang: Hattenhauer, Geschichte des deutschen Beamtentums, S. 190.

735 Seuffert, Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats gegeneinander in rechtlichen und politischen Verstande, S. 29.

736 Ebd., S. 58 f.

737 Zu von der Becke: Ratzmann, Nachrichten von dem Leben und den Schriften Münsterländischer Schriftsteller des achtzehnten und neunzehnten Jahrhunderts, S. 10.

seiner Schrift „Von Staatsämtern und Staatsdienern“⁷³⁸ verneinte er eine gesellschaftsvertragliche Pflicht zum Staatsdienst, da sich eine solche nicht aus dem Begriff des Staates mit seinem Zweck des allgemeinen Besten ergebe.⁷³⁹ Die Pflicht zur Förderung des Wohls des Ganzen aus dem Gesellschaftsvertrag bestehe, anders als nach Seuffert, allgemein und niemand habe die Verbindlichkeit, mehr zu leisten als ein anderer.⁷⁴⁰ Nur allgemeine Ämter, wie die Wehrpflicht, könnten so einer Übernahmepflicht aus dem Gesellschaftsvertrag unterliegen: „Denn um das Amt Aller zu seyn, muß es das Amt eines jeden Einzelnen seyn können.“⁷⁴¹ Der Zwang einer Ämterübernahme widerspreche dem Staatszweck, „da das Amt, welches einer zu übernehmen gezwungen ist, meistens schlecht geführt wird.“⁷⁴² Auch zeige die Staatenpraxis, dass die Verwaltungen ganz ohne Zwang ausreichend Beamte akquirieren könnten.⁷⁴³ Die Anstellung der Beamten erfolge so über einen schlichten Dienstvertrag.⁷⁴⁴ Nach der Argumentation von der Becke bestand kein notwendig enges Verhältnis zwischen der Eigenschaft als Staatsbürger und der Übernahme von Ämtern. Nur könne dem Beamten, der auf Lebzeit als Beamter angenommen wurde, die Einbürgerung staatlicherseits nicht versagt werden.⁷⁴⁵ Er führte die Praxis der deutschen Fürsten, auch Ausländer als Beamte anzustellen, als Argument dagegen an, dass die Staatsämter allgemeine Ämter seien, die von jedem ausgeführt werden könnten.⁷⁴⁶ Bezüglich des Vorrangs der Eingeborenen bei der Ämtervergabe finden sich bei von der Becke die konventionellen Argumente: Diese würden aufgrund ihres größeren Patriotismus mehr Eifer bei der Ausübung der Dienste an den Tag legen und hätten bessere Chancen, Gehör bei den Untertanen zu finden.⁷⁴⁷ Zudem Sorge dies für eine größere Motivation für die Ausbildung bei Einheimischen. Ausnahmen von diesem

738 Zu der Schrift: *Dold*, Die Entwicklung des Beamtenverhältnisses im Fürstentum Fürstenberg in der Zeit des späten Naturrechts (1744 – 1806), S. 45 ff.; *Hattenhauer*, Geschichte des deutschen Beamtentums, S. 193.

739 *Becke*, Von Staatsämtern und Staatsdienern, S. 7.

740 Ebd., S. 13.

741 Ebd., S. 14.

742 Ebd., S. 7.

743 Ebd., S. 12.

744 Ebd., S. 36 f.

745 Ebd., S. 38.

746 Ebd., S. 16, 18.

747 Ebd., S. 53.

Grundsatz sah von der Becke vor allem in kleinen Staaten zur Vermeidung der Entstehung einer Amtsaristokratie vor.⁷⁴⁸

Schließlich nahm 1808 Gönner in Form einer Art Synthese mit seinem Werk „Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet“⁷⁴⁹ Stellung zu dieser Debatte. Seuffert und Gönner kannten sich aus der gemeinsamen Zeit an der Universität Göttingen und freundeten sich zu dieser Zeit an.⁷⁵⁰ Gönner verfasste seine Schrift zur dogmatischen Stützung der bayerischen Staatsdienstpragmatik von 1805.⁷⁵¹ Er wurde für sein Werk mit der Ernennung zum Ritter des bayerischen Zivilordens belohnt.⁷⁵² Gönner stimmte Seuffert in seiner Prämisse der Pflicht jedes Mitglied des Staates zum Leisten von Diensten zu.⁷⁵³ Anders als dieser sah er die Begründung des Dienstverhältnisses jedoch nicht in einem Vertrag, der die Pflicht zum Dienst konkretisierte, sondern in einer einseitigen Willenserklärung des Regenten, die an die ohnehin bestehende Verbindlichkeit anknüpfte.⁷⁵⁴ Damit stand auch bei Gönner das Staatsamt in einem engen Verhältnis zum Status als Einheimischer oder Fremder. Er ging gerade von dem Grundsatz aus, „dass der Regent aus den vereinigten Staatskräften alle Staatsbedürfnisse zu befriedigen befugt ist, dass er die Leistung der nötigen Dienste von den Unterthanen als Staatsverbindlich-

748 Becke, Von Staatsämtern und Staatsdienern, S. 54 f.

749 Zu der Schrift: Dold, Die Entwicklung des Beamtenverhältnisses im Fürstentum Fürstenberg in der Zeit des späten Naturrechts (1744 – 1806), S. 57 ff.; Hattenhauer, Geschichte des deutschen Beamtentums, S. 204 ff.; mit einem Fokus auf die persönliche Situation Gönners beim Abfassen der Schrift: Jaeck, N. Th. Gönners Biographie, S. 44 ff.

750 Seuffert, Bruchstücke einer Selbstbiographie des am 9. Mai 1829 verstorbenen kgl. Staatsraths und Appelationsgerichts-Präsidenten Johann Michael von Seuffert (Niedergeschrieben um das Jahr 1812), Mnemosyne 1843, 1 – 2, 9, 13, 17 – 18, 21 – 22, 25 – 26, 29 – 30 (13); Jaeck, N. Th. Gönners Biographie, S. 11.

751 Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, S. XIII ff.

752 Jaeck, N. Th. Gönners Biographie, S. 47; Schaffner, Art. Gönner, Nikolaus Thaddäus Ritter v., in: Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Neue Deutsche Biographie, Band 6, S. 518 (519). Zu der Frage, wann Gönner der Orden verliehen wurde, existieren unterschiedliche und sich widersprechende Aussagen. Ohne Nennung einer Quelle für den 19. Mai 1808: Mertens, Gönner, Feuerbach, Savigny, S. 45. Für den 27. Mai 1808: Neue artistisch-literarische Blätter von und für Franken vom 9. Juli 1808, S. 14.

753 Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, S. 51.

754 Ebd., S. 86.

keit fordert, ohne sich um ihre Einwilligung zu bekümmern.“⁷⁵⁵ Daneben stehe es dem Regenten ausdrücklich frei, sich Ausländern bei der Erfüllung von Staatsdiensten zu bedienen.⁷⁵⁶ In diesem Fall liege aber kein einseitiger Befehl des Regenten vor, sondern ausnahmsweise ein Vertrag, da der Ausländer zum Zeitpunkt der Übernahme des Amtes dazu nicht verpflichtet sei.⁷⁵⁷ Zudem sei die „Übernahme der Staatsbürgerpflicht [...] eine Folge des übernommenen Staatsamtes, keineswegs der rechtliche Grund desselben.“⁷⁵⁸ Gönner ging davon aus, dass Angehörige grundsätzlich den Vorzug vor Ausländern bei der Ämtervergabe verdienten.⁷⁵⁹ Für den Fall, dass – wie bei kleinen Staaten – geeignete Kandidaten nicht in ausreichender Anzahl vorhanden oder einheimische Kandidaten zu sehr durch die lokalen Verhältnisse korrumpierbar sind, sah Gönner die ausnahmsweise Berufung von Ausländern als gerechtfertigt an.⁷⁶⁰

Durch die naturrechtlichen Impulse wurde die Verbindung von Angehörigkeit und Staatsdienst schon in die dogmatischen Grundlagen des Beamtenrechts einbezogen. Bei Seuffert erfolgte dies in extremer Weise, indem nur der Angehörige Staatsdienste ausüben konnte, bei Gönner findet sich dies in einer deutlich abgeschwächten Form, indem die dogmatische Begründung des Dienstes variierte. Auf die Argumentation bezüglich des Vorrechts des Landeskinds auf Ämter hatte dies kaum Einfluss, vielmehr wurden die schon bekannten Argumente geäußert.

III. Fazit

Das Naturrecht schuf allenfalls in der Frage unveräußerlicher, vorstaatlicher Menschenrechte einen universellen Rechtsstatus. Diese Universalität beruhte jedoch auf der ursprünglichen Vorstaatlichkeit dieser Rechte. Sobald Rechte im Staat behandelt wurden, sorgte ein auf der Idee des Gesellschaftsvertrages basierendes Modell der Staatsbürgerschaft dafür, dass insbesondere Aspekte des staatlichen Lebens den Staatsbürgern vorbehalten waren. Damit war in den naturrechtlichen Theoriegebäuden eine scharfe Trennung angelegt. Da das Naturrecht als Argumentationsquelle ein

755 Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, S. 51.

756 Ebd., S. 83.

757 Ebd., S. 93 ff.

758 Ebd., S. 96.

759 Ebd., S. 169.

760 Ebd., S. 170.

Fundus für die politischen Debatten der Zeit war, konnte die Anlage der Trennung zwischen den Mitgliedern der bürgerlichen Gesellschaft und den anderen zur Begründung von Diskriminierungen nutzbar gemacht werden. Durch die Neubearbeitung von Rechtsbereichen wie dem Beamtenrecht wurde die in der Theorie vorgezeichnete Trennung in die Rechtsdogmatik übertragen.

E. Bürgerschaft des römischen Rechts

Das römische Recht des 18. Jahrhunderts sah das Bürgerrecht als Unterfall des rechtlichen *status* an. Ausgehend von der systematischen Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts wurde der *status* des Menschen in einen *status naturalis* und *status civilis* geteilt, in den wiederum der *status libertatis*, *familiae* und eben *civitatis* mit dem Bürgerrecht eingeordnet wurde.⁷⁶¹

Im Gegensatz zum römischen Recht der Antike, in dem das Bürgerrecht Scheidepunkt für die Anwendung des bürgerlichen Rechts war,⁷⁶² existierte eine solche Grundunterscheidung nun nicht mehr.⁷⁶³ Dieser Funktion beraubt, erfüllte die Bürgerschaft eine neue Rolle, die eng mit der Methode des *usus modernus pandectarum* zusammenhing, indem die Bürgerschaft als Erklärmuster für geltendes Recht erhalten konnte.⁷⁶⁴ Die Lehrbücher beinhalteten dabei meist zunächst Ausführungen zum antiken Bürgerrecht und sodann solche zum aktuellen Rechtszustand.⁷⁶⁵ Dort wurde oftmals auf die Untertänigkeit (I.), das Indigenat (II.) oder auf das Stadtbürgerrecht (III.) eingegangen. Universal war die Betonung einer dreifachen Bürgerschaft im Reich, in den Territorien und auf lokaler Ebene. Die Trennung

761 Coing, Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorie der Menschenrechte, in: Wolff, Beiträge zur Rechtsforschung, S. 191 (S. 196 f.).

762 M. w. N. Lamberti, Bürger (cives) und Nichtbürger (peregrini), in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner, Handbuch des Römischen Privatrechts, Band I, S. 687. Zu der Erteilung des Bürgerrechts an alle Unterworfenen des römischen Reiches durch die *constitutio Antoniana*: Besson, *Constitutio Antoniniana*. Eine umfassende Geschichte des antiken römischen Bürgerrechts bietet: Renz, *Civitas Romana*.

763 So ist wohl auch die Aussage Wieackers zu verstehen, dass die Unterscheidung zwischen *cives* und *peregrini* nicht rezipiert wurde: Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 229.

764 Zu der Rolle des römischen Rechts als Rahmen für einheimisches Recht: Luig, *Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, *Ius Commune* 3 (1970), 64 (S. 66 f.).

765 Vgl. Köchy, *Theoretisch-practischer Commentar über die Pandecten*, S. 131 ff.

zwischen Bürger und Nichtbürger zwecks Bestimmung des Anwendungsbereichs des bürgerlichen Rechts wurde mit der historischen Rechtsschule und ihren Wegbereitern ab der Wende zum 19. Jahrhundert insgesamt verworfen (IV.).

I. Die Untertänigkeit als zeitgenössisches Pendant zum römischen Bürgerrecht

Als zeitgenössisches Pendant zum römischen Bürger wurde manchmal schlicht der Untertan, zumindest aber der beständige Untertan angesehen.

Glafey kommentierte in seinem Lehrbuch zum bürgerlichen Recht: „So haben wir auch die Römische Art vom Bürgerrecht nicht mehr, und ist ein iedweder Einwohner eines territorii, ja sogar ein Fremder, so lange er da ist, ein *civis reipublicae*.“⁷⁶⁶ Damit sah er jedwede Person im Bereich der Landeshoheit, also alle Personen, die als Untertanen galten, als eine Art Bürger. Diese Ansicht findet sich auch bei Kreittmayr in seinen Anmerkungen über den *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, indem „Fremde und Ausländer, so lange sie sich in einem Staat aufhalten, pro Civibus & Subditus saltem temporaneis gewisser massen angesehen werden.“⁷⁶⁷ Schließlich sah Moser diese Auffassung als eine weitere Bedeutung des Wortes „Bürger“ im Vergleich zum Stadtbürger, indem „Subditus und Civis im weitläufigeren Verstande einerley“ seien.⁷⁶⁸

Die Ansicht, dass alle Untertanen auch Bürger seien, könnte ihren Ursprung in der seit dem Mittelalter angestellten, sich im 18. Jahrhundert jedoch eher auf dem Rückzug befindlichen Überlegung haben, dass alle Christen Bürger der *respublica christiana* seien.⁷⁶⁹ Der Leipziger Rechtsanwalt und Dozent Dietrich Gotthard Eckard⁷⁷⁰ betonte deshalb bezüglich der Abgrenzung zwischen Bürgern und Fremden in Anlehnung an das römische Recht, dass „allen Ausländischen und Fremdlingen [...] ein Theil der Bürgerschaft mitgetheilet worden, weil sie doch mit uns eine Christ-

766 Glafey, Grund-Sätze der Bürgerlichen Rechtsgelehrsamkeit, S. 67 f.

767 Kreittmayr, Anmerkungen über den *Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem* [...], Erster Theil, S. 63.

768 Moser, Von der Teutschen Unterthanen Rechten und Pflichten, S. 1 f.

769 Dazu m. w. N.: Stolleis, Untertan – Bürger – Staatsbürger, in: Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit, S. 299 (302).

770 Zu Eckard: Moser, Lexicon derer jetztlebenden Rechts-Gelehrten in und um Teutschland, S. 50 f.; Kobuch, Zensur und Aufklärung in Kursachsen, S. 138 ff.

liche Religion gemeinschaftlich haben, also kann ein Fremder bey Uns hier Contracte schliessen, Testamenta machen, heyrathen und alles andere thun und verrichten, was ein peregrinus zu Rom nicht thun und verrichten kunte.“⁷⁷¹

Eine Variante der Gleichstellung des römischen Bürgerrechts und der Untertänigkeit war der Fokus auf den beständigen Untertanen, wie im Lexikon von Krünitz: Als zweite Bedeutung führte der Autor dort auf, dass der beständige Untertan Bürger genannt werde.⁷⁷² Damit war der Fremde als nur zeitlich beschränkter Untertan aus dem Bürgerbegriff in diesem Sinn ausgeschlossen. Diese Auffassung des Bürgers als beständiger Untertan, also des Untertans, der seinen Wohnsitz im Territorium hatte, korrelierte mit der Idee der dreifachen Bürgerschaft im Reich, den Territorien und der Kommune.⁷⁷³ Kreittmayr differenzierte bezüglich des Bürgerrechts aus bayerischer Sicht: „Das erste ist allen mittel- und unmittelbaren Reichs-Inwohneren gemein, das zweyte nur den Unterthanen einer gewissen Provinz, z. E. Bavaricum den Bayrischen, Bohemicum den Böhmischen allein eigen, das dritte endlich stehet lediglich den Bürgern und Einwohnern einer Stadt z. E. das Münchner-Stadt-Recht der hiesigen Burger- und Inwohnerschaft privative zu.“⁷⁷⁴ Der letzte Teil dieses Zitats ist zentral für die Abgrenzung dieses Bürgerbegriffs als beständigen Untertan mit dem Vollbürger der Stadt, der deutlich weniger Personen umfasste. Der städtische Vollbürger hatte nicht die primäre Funktion, eine Scheidelinie gegenüber dem Fremden zu errichten, sondern schuf eine Gruppe privilegierter Stadtbewohner. Auch im städtischen Kontext musste so zur Abgrenzung auf die Art des Bürgerbegriffs abgestellt werden, die mit dem dauerhaften Untertanen identisch war.⁷⁷⁵ Der Kommentator der Frankfurter Erneueren Reformation, Johann Philipp Orth, musste daher auf diesen Bürgerbegriff zurückgreifen, um zu erklären, wer im Sinne der Frankfurter Reformation als Fremder galt: „Soviel aber diese Worte Fremde, Ausländische insonderheit anbelanget, so ist [...] nachzusehen [...], daß es in Teutschland dreyerley Arten von Fremden gebe, nemlich es sind (1) alle Teutschen unter sich durchgehends Bürgere und in Ansehung andrer Völcker und Nationen

771 Eckard, Erklärung der Jurisprudentiae Civilis, S. 128 f.

772 Krünitz, Art. Bürger, in: Krünitz, Oeconomische Encyclopädie, 7. Teil, S. 377.

773 Liekefett, Handbuch des Bürgerlichen Rechts in Teutschland [...], Zweyter Theil, S. 254; Rößig, Erste Grundsätze des deutschen Privatrechts, S. 76.

774 Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem [...], Erster Theil, S. 63.

775 Zur Abgrenzung in Köln siehe oben unter Kapitel I C II.

Fremde, (2) alle in einem jeden besondern Land und Provintz wohnende und einem Lands-Herrn Untergebene, sind zwar unter sich Bürgere und Einheimische, aber in Ansehung eines anderen in Teutschland befindlichen Landes Fremde, [...] endlich (3) sind diejenige, die in einer Stadt und Mauer zusammen leben und wohnen, in eigentlichem Verstand, als Bürgere (dahin auch auf gewisse Maasse die Beysassen zu rechnen) und also in Ansehung andrer, welche nicht zu dieser oder jener Stadt gehören, als Fremde zu betrachten.“⁷⁷⁶ In dem Zitat von Orth zeigen sich die verschiedenen Bürgerbegriffe des Stadtbürgers zur lokalen Privilegierung und des beständigen Unterthanen als Bürger zur Abgrenzung gegenüber Fremden.

Sofern ein, naturrechtlich geprägter Bürgerbegriff vertreten wurde, nach dem der Bürger jedes Mitglied des Staates sei, wurde diese Kategorisierung des Untertanen als Bürger strikt abgelehnt. Scheidemantel differenzierte so strikt zwischen Bürger und Untertan: „In allgemeiner Bedeutung, ist Bürger ein Mitglied des Staats (Civis); selbst der Monarch ist der erste Bürger seiner Nation; es ist auch ein wichtiger Unterschied zwischen Bürger und Untertan. Man findet Untertanen die keine Bürger sind, z. B. Fremde oder Knechte; andere sind zugleich Bürger. Hingegen giebt es Bürger die nicht Untertanen sind, z. B. der Monarch.“⁷⁷⁷

II. Das Indigenat als zeitgenössisches Pendant zum römischen Bürgerrecht

Der Bürgerbegriff des Römischen Rechts nahm gegen Ende des 18. Jahrhunderts Impulse aus dem deutschen Privatrecht auf, um eine zeitliche Relevanz des Stoffes sicherzustellen. Auf das Indigenat wurde dabei jedoch sehr unterschiedlich eingegangen.

Zunächst divergierten oftmals die Materien des römischen Bürgerrechts und des Indigenats in einer Abwehrhaltung gegen die germanistische Entwicklung. Ludwig Höpfner⁷⁷⁸ nahm in der ersten Auflage seines Kommentars über die Pandekten nach Hellfeld zwar eine Dreigliederung des Bürger-

776 Orth, Nöthig- und nützlich-erachtete Anmerkungen über die Im Zweyten Theil enthaltene Acht erstere Titeln [...] Der so genannten Erneuerten Reformation Der Stadt Frankfurt am Mayn [Band 1], S. 104 f. So ähnlich auch die Ausführung von: Scopp, Zuverlässiger Entwurf derer Anfangsgründe Derer alten mittlern und neuen teutschen Rechtsgelehrsamkeit, S. 116 f.

777 Scheidemantel, Repertorium des Teutschen Staats und Lehnrechts, Erster Teil, S. 439.

778 Zu Höpfner: Plohmman, Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1743 – 1797).

rechts in Deutschland in ein Reichsbürgerrecht, ein Territorialbürgerrecht und ein kommunales Bürgerrecht vor und nannte in diesem Zuge alle Vorrechte, die von germanistischer Seite unter dem Stichwort „Indigenat“ diskutiert wurden, ging jedoch begrifflich nicht auf das Indigenat ein.⁷⁷⁹ In der sechsten Auflage seines Kommentars von 1798 grenzte er das Bürgerrecht hingegen strikt vom Indigenat ab, das er weniger als rechtlich abstrakte Kategorie, sondern als bloße Folge des Geburtsortes ansah.⁷⁸⁰

Andere Autoren trennten die beiden Materien zwar auch strikt voneinander, sprachen sie jedoch im engen Zusammenhang an. Johann Albrecht Bauriedel deutete in seinem Pandektenkommentar von 1789 subtil auf das Indigenat als Domäne der Germanisten hin: „Der Begriff des heutigen status civitatis ist noch derselbe, nur in einzelnen Fällen weicht er ab, die im Iure Germ. abzuhandeln sind.“⁷⁸¹ Während Dabelows Einleitung seines „Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-Deutschen Privat-Rechts“ von 1803 noch keine detaillierten Schlüsse zulassen,⁷⁸² zeigen die Ausführungen des Hauptteils einen dreifach abgestuften Status. Demnach hätten alle Staatsbürger gleiche Rechte, wenn nicht durch die Einführung eines Indigenatrechts eingeborenen Bürgern bestimmte Vorrechte im Gegensatz zu aufgenommenen Bürgern zustehen würde oder eine geringere Rechtsposition durch ein unvollkommenes Bürgerrecht vorliege.⁷⁸³ Dieses Verhältnis von Bürgerrecht und Indigenat findet sich auch in seinem Staatsrechtslehrbuch von 1795⁷⁸⁴ und in beiden Auflagen seines „System des gesamten heutigen Civil-Rechts“ von 1794 und 1796.⁷⁸⁵ Bei Dabelow sind Bürgerrecht und Indigenat voneinander unabhängige, distinkte Kategorien. Der Germanist Rößig behandelte in seinem Lehrbuch des deutschen Rechts Inkolat, Indigenat und Bürgerrecht als eng verbundene, parallel wirkende Rechtsinstitute: „Das Inkolat, Indigenat und Bürgerrecht, gehet entweder

779 Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, S. 77 f.

780 Ebd., S. 109.

781 Bauriedel, Theoretisch-praktischer Commentar über die Pandekten nach Anleitung des Hellfeldischen Lehrbuchs, Band I, S. 70.

782 Vgl. Dabelow, Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-Deutschen Privat-Rechts, Erster Theil, S. 32 f.

783 Dabelow, Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-Deutschen Privat-Rechts, Zweyter Theil, Erste Abtheilung, S. 36.

784 Dabelow, Lehrbuch des Staats- und Völkerrechts der Deutschen, Erster Theil, S. 150.

785 Dabelow, System der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, S. 31 ff.; Dabelow, System des gesamten heutigen Civil-Rechts, Erster Theil, S. 58 ff.

auf das ganze deutsche Reich, oder nur auf ein Territorium, oder auf eine Gemeinheit, daher jedes von dreyerlei Art ist.⁷⁸⁶

Teilweise wurde die klassische Kategorie des Bürgerrechts schlicht mit der des Indigenats ausgetauscht. Liekefett nannte die Rechtspositionen, die von germanistischer Seite als Indigenat bezeichnet wurden, als Bürgerrecht des Reiches.⁷⁸⁷ Im 1796 erschienenen zweiten Band seines Pandektenkommentars nach Hellfeld übernahm er, zum Teil wortwörtlich, die Ausführungen Rundes zum Indigenat.⁷⁸⁸ Ein weiteres Beispiel dafür ist die „Ausführliche Erläuterung der Pandekten durch Hellfeld“ vom Erlanger Professor Christian Friedrich Glück.⁷⁸⁹ In der ersten Auflage von 1791 erörterte Glück nach der Darstellung des alten römischen Bürgerrechts ein dreigeteiltes deutsches Bürgerrecht im Reich (unter Heranziehung von Moser), in den Territorien und in der Kommune.⁷⁹⁰ In der zweiten Auflage von 1800 änderte Glück lediglich die Terminologie im aktuell geltenden Recht mit Verweis auf das Handbuch von Danz (zu Rundes Lehrbuch) vom Bürgerrecht zum Indigenat, ohne jedoch inhaltlich substantielle Änderungen vorzunehmen.⁷⁹¹ Auch Christian Heinrich Gottlieb Köchy übernahm in seinem Kommentar über die Pandekten nach Hellfeld von 1796 schlicht die im einheimischen Recht üblichen Ausführungen zum Indigenat als aktuelles Pendant zum römischen Bürgerrecht und erklärte das Stadtbürgerrecht als lokales Indigenat.⁷⁹² Dabei übernahm Köchy viele Passagen fast wortgetreu aus dem Lehrbuch von Runde.⁷⁹³ Am Beispiel von Liekefett, Glück und Köchy lässt sich damit ein Zusammenfließen der älteren romanistischen Bearbeitung, des Reichsstaatsrechts und der germanistischen Bearbeitung der Materie beobachten.

786 Rößig, Erste Grundsätze des deutschen Privatrechts, S. 76.

787 Liekefett, Handbuch des Bürgerlichen Rechts in Teutschland [...], Zweyter Theil, S. 254 f.

788 Vgl. Liekefett, Praktischer Commentar über die Pandekten, Zweyter Theil, S. 343 ff.

789 Zu Glück: Hirata, Die Vollendung des *usus modernus pandectarum*: Christian Friedrich von Glück (1755–1831), Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung 123 (2006), 330.

790 Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Zweyter Theil, S. 168 ff.

791 Vgl. Glück, Berichtigungen und Zusätze zum zweyten Band des Glückischen Commentars über die Pandecten, S. 61 ff.

792 Köchy, Theoretisch-practischer Commentar über die Pandecten, S. 133 f.

793 Vgl. Runde, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, S. 206 ff.

III. Die Stadtbürgerschaft als zeitgenössisches Pendant zum römischen Bürgerrecht

Das Stadtbürgerrecht wurde oftmals vor dem Deutungsmuster des römischen Bürgerrechts gesehen. Der Autor in der ökonomischen Enzyklopädie von Krünitz führte aus, dass alle Städte mehr oder weniger das römische Bürgerrecht als Vorbild genommen, „daraus viele Ideen angenommen, und die verschiedenen Rechte unserer Stadtbürger in einer gewissen Analogie daran gebildet habe.“⁷⁹⁴

Dieses Erklärmuster mit der Bürgerschaft des römischen Rechts war jedoch nicht unumstritten. Oftmals wurde der Stadtbürger und das Stadtbürgerrecht ausdrücklich aus dem *status civitatis* ausgeklammert. Georg Adam Struve⁷⁹⁵ bezog das Bürgerrecht ausschließlich auf das Reich und gerade nicht auf „das particulaire Recht einer Landes-Stadt“.⁷⁹⁶ Johann Bernhard Eichmann verwarf ganz ausdrücklich diese Unterteilung: „Allein es ist diese Eintheilung seltsam und unschicklich, ob sie wohl, nachdem besonders Leyser derselben seinen Beyfall gegeben, viele Nachschwäzer gefunden hat. Sie ist seltsam und unschicklich, weil man die Menschen nach dem Zustande des Staats eintheilen will, und doch civitas municipalis keinen Staat ausmacht. Es werden also die Mitglieder einer solchen Landstadt in einer ganz andern Beziehung Bürger, burgarii, burgenses genannt, und der Zustand, den sie als solchen haben, ist keine Art des bürgerlichen Zustands in engem Verstande, wohin der Zustand des Staats gehöret, sondern ein gemeiner bürgerlicher.“⁷⁹⁷ Wohlgemerkt protestiert Eichmann aus staatsrechtlichen Gründen und in Bezug auf Landstädte. Dabei liegt es nahe, dass Eichmann Widersprüche gegen den naturrechtlichen Staatsbürgerbegriff sah, da in Landstädten gerade keine Vereinigung der Mitglieder des Staates vorliegen konnte. Dies zeigt erneut die enge Verbindung der verschiedenen Disziplinen.

794 Krünitz, Art. Bürger, in: Krünitz, Oeconomische Encyclopädie, 7. Teil, S. 377 (385).

795 Zu Struve: Finzel, Georg Adam Struve (1619–1692) als Zivilrechtler.

796 Struve/Flörcken, Jurisprudenz, S. 38.

797 Eichmann, Erklärungen des Bürgerlichen Rechts nach Hellfelds Lehrbuch der Pandekten, Dritter Theil, S. 11 f.

IV. Römisches Recht ohne römisches Bürgerrecht

Zunehmend wurde das Institut des römischen Bürgerrechts als unanwendbar angesehen und noch nicht einmal die zeitgenössischen Rechtsinstitute unter dieses subsumiert. Dies lag auch an der sich wandelnden Methodik im römischen Recht, in dem nicht mehr den römischen Rechtsinstituten die neueren Parallelen an die Seite gestellt wurden, sondern eine Reinigung des römischen Rechts von nicht mehr zeitgemäßen Elementen mit dem Produkt des „Heutigen Römischen Rechts“ stattfand.⁷⁹⁸

Gustav Hugo ließ Ausführungen zum Bürgerrecht und zu allen sonstigen Einteilungen in *status* in seinem „Lehrbuch des heutigen römischen Rechts“ schlicht aus.⁷⁹⁹ Feuerbach rekonstruierte, von der Weglassung der *status* durch Hugo veranlasst, die Bedeutung der *status* im alten Rom und resümierte für die aktuelle Situation in Deutschland: „[D]er Stand der Civität ist für uns ganz folgenleer, weil bey uns die Civität nicht mehr die Bedingung unsres Privatrechts ist.“⁸⁰⁰ Anton Friedrich Justus Thibaut ordnete in seinem „System des Pandekten-Rechts“ die Materie unter dem neu entstandenen Begriff der Rechtsfähigkeit⁸⁰¹ ein und führte über die Ausschließung der Sklaven und Nichtbürger im bürgerlichen Recht aus: „Da wir aber keine Sklaven mehr haben, und unsre Deutsche Verfassung über Leibeigenschaft und Bürgerrecht von ganz andrer Natur ist: so muss bey dem Pandektenvortrage das, was die Verfassung der Römer betrifft, der Rechtsgeschichte, das übrige dem Deutschen Recht überlassen werden.“⁸⁰² Diese Linie wurde später von Friedrich Carl von Savigny weitergeführt, der in seinem „System des heutigen römischen Rechts“ verneinte, dass im bürgerlichen Recht noch ein Unterschied zwischen Bürgern (oder in seinen Worten: „Stand der Civität“) und Fremden gemacht werde.⁸⁰³ Damit war

798 Zum Vorgehen Hugos und der Historischen Rechtsschule: *Haferkamp*, Die Historische Rechtsschule, S. 83 ff.

799 Vgl. *Hugo*, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, S. 10 ff. Zum allgemeinen Vorgehen Hugos: *Haferkamp*, Die Historische Rechtsschule, S. 46 ff.

800 *Feuerbach*, Ueber den Römischen Begriff von Status und die gewöhnliche Einteilung desselben, in: *Feuerbach*, Civilistische Versuche, Erster Theil, S. 175 (190).

801 Zu der Rechtsfähigkeit bei Thibaut: *Hattenhauer*, „Ex mera subiecti personalitate, (aus der Rechtsfähigkeit des Subjects)“, in: *Hattenhauer/Schroeder/Baldus*, Anton Friedrich Justus Thibaut (1772 – 1840), S. 169 (S. 174 ff.). Diese Einordnung nahm auch Heise einige Jahre später vor: *Heise*, Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen, S. 8.

802 *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts, Band 1, S. 143.

803 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band 2, S. 148.

der Beginn des Weges für den Ausschied der Staatsangehörigkeit aus dem deutschen Zivilrecht vorgezeichnet, ein Vorgehen, das zum Beispiel ganz und gar nicht dem des französischen Code civil entsprach.⁸⁰⁴

F. Fazit

Nach der Analyse der verschiedenen Rechtsinstitute, die als Differenzierungskategorien nutzbar gemacht wurden, kann auf die eingangs aufgeworfenen Fragen eingegangen werden, wo die Genealogie der Staatsangehörigkeit als Differenzierungskriterium zu verorten ist (I.) und was dies für den rechtlichen Fremdenbegriff bedeutete (II.). Sodann kann untersucht werden, inwieweit sich diese Kategorien in Gesetzgebungsprojekten des 18. Jahrhunderts niederschlugen (III.) und welche Synthetisierungsversuche seitens der Wissenschaft unternommen wurden (IV.).

I. Singularität oder Vielfalt der Genealogie

Die Differenzierung zwischen Einheimischen und Fremden kann für das 18. Jahrhundert verschiedenen Rechtsinstituten zugeordnet werden, die damit die Funktion von Differenzierungskriterien wahrnahmen. Neben der Untertänigkeit waren dies vor allem das Indigenat und in einem geringeren Maße die Stadtbürgerschaft. Zudem dienten das Naturrecht und das römische Recht als Argumentationsgrundlage für Differenzierungen und den damit verbundenen Differenzierungskriterien. Vor allem beim Indigenat handelte es sich um eine maßgeblich von der Wissenschaft geprägten Kategorie. Zudem konnten diese Differenzierungskriterien neben der Differenzierung gegenüber dem Fremden vor allem auch eine Binnendifferenzierung zum Ziel gehabt haben, wie die Stadtbürgerschaft und das lokale Incolat Schlesiens zeigen.

Die Benennung der Untertänigkeit als wesentliche Vorfahrin der Staatsangehörigkeit in der Literatur entspringt wahrscheinlich auch dem Wunsch, einen Kontrast zwischen der Rechtslage der Frühen Neuzeit und den Errungenschaften der Französischen Revolution zu betonen. Strahlen doch die Rechte des Staatsbürgers umso heller, je düsterer die Unmündigkeit des Untertanen betont wird. Auch wenn die Betonung der Untertänig-

804 Dazu unten unter Kapitel 2 A III.

keit im Hinblick auf die Zuordnungsfunktion eine gewisse Rechtfertigung hat, so zeigen die Ausführungen dieses Kapitels, dass die rechtliche Lage, wenn auf die Differenzierung zum Fremden geschaut wird, deutlich komplexer war.

Die Stadtbürgerschaft als wesentliche Vorform korreliert mit politischer Partizipation und kann zusammen mit der naturrechtlichen Bürgerschaft eher als Vorläufer der Staatsbürgerschaft gesehen werden, die ab der Französischen Revolution vor allem politische Partizipationsrechte vermittelte. Dabei gibt es jedoch kaum Anhaltspunkte, dass sich die Staatsbürgerschaft als Differenzierungskriterium aus der Stadtbürgerschaft entwickelte. Deutlich wirkmächtiger wird hier die Bürgerschaft in den Gesellschaftstheorien des Naturrechts gewesen sein.

Die Rolle des Indigenats als Vorläufer der Staatsangehörigkeit ergibt sich weniger aus der praktischen Bedeutung als Differenzierungskriterium, da sich seine Struktur gegen Ende des 18. Jahrhunderts aus der wissenschaftlichen Bearbeitung ergab und es sich damit in erster Linie um eine Kategorie der Wissenschaft handelte. Als dogmatische Konstruktion erwies sich das Indigenat in den folgenden Jahrzehnten als beständig und erfolgreich.

Die verschiedenen Kategorien können jedoch nicht strikt voneinander abgegrenzt werden, viele einte ein diffuses Band: Der römische Bürger, das Indigenat und die Stadtbürgerschaft waren strukturell eng verbunden, liefen parallel und trafen sich zuweilen in ihrer Bedeutung. Das Indigenat entstand aus der Differenzierung zwischen neuen und alten Stadtbürgern. Ende des 18. Jahrhunderts war es als Abgrenzung zum Fremden zum zeitgenössischen Äquivalent der römischen Bürgerschaft geworden. Etwas abseits, jedoch mit dem römischen Bürgerrecht verbunden, stand der Untertan, der mehr ein Reflex der Herrschaftsunterworfenheit darstellte. Denkbar, jedoch nicht vom Umfang dieser Arbeit umfasst ist, dass der Erwerbsgrund des *ius sanguinis* zunächst mehr mit dem Rechtsinstitut des Indigenats, der des *ius soli* mehr mit dem der Untertänigkeit verknüpft war.

II. Fremdheit als Resultat vieler Faktoren

Die vielfältigen Kategorien und deren Überschneidungen finden sich auch in der Bestimmung des Fremden in der Literatur. Scheidemantel bezog den Fremden auf sehr vielfältige Ebenen: „Ausländer, Auswärtige, Fremde, Extranei sind Worte die allezeit in Beziehung unsrer Gesellschaft gegen die, welche keine Mitglieder derselben sind, genommen werden müssen.

So giebt es Auswärtige in den Familien, Zünften, Gemeinden und ganzen Staaten; wer kein Bürger oder ordentlicher Einwohner in unserm Staat ist, heißt ein Ausländer. Teutschland hat Ausländer nicht nur in Beziehung auf das ganze Reich, sondern auch in Beziehung auf einzelne Territorien; diese letztern haben zwar weder Rechte noch Verbindlichkeiten unserer Territorial Mitbürger, aber man kann sie dem ungeachtet gar nicht als völlige Fremden betrachten, in so weit sie Mitglieder des ganzen Teutschen Reichs sind, mithin die allgemeinen Rechte und Verbindlichkeiten der Teutschen haben.“⁸⁰⁵ Resultat war somit eine vielgestaltige, fast graduelle rechtliche Fremdheit.

III. Differenzierungskriterien der Kodifikationsprojekte

Die in diesem Kapitel vorgestellten Kategorien fanden auf vielfältige Weise Eingang in die Gesetzgebungsprojekte des 18. Jahrhunderts. Keines der Projekte beinhaltet jedoch ein Personenrecht, das mehrere der dargestellten Differenzierungskategorien miteinander verknüpfte und aus diesen ein System bildete.

Im Project des Corpus Iuris Fridericiani von Cocceji herrschte die Betonung der Vorrechte einer bürgerlichen Gesellschaft vor. Cocceji unterteilte die Personen in Herrscher, Bürger, Einwohner oder Incolae sowie Ankömmlinge oder Advenae, wobei er nur die ersten drei Kategorien als Inhaber des *status civitatis* ansah. Obwohl die Grundkonzeption die naturrechtlichen Theorien reproduzierte, fiel der Bürgerbegriff ständisch aus, indem Cocceji denjenigen als Bürger ansah, welcher bürgerliche Nahrung trieb und das Bürgerrecht hatte. Auch der Einwohner, der keine bürgerliche Nahrung trieb, sollte Vorrechte gegenüber dem Fremden haben und hatte daher den *status civilis*.⁸⁰⁶

Die zentrale Unterscheidung zwischen Einheimischen und Fremden fand im Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756 zwischen „Unterthanen und Auswärtigen“ statt, während der Bürgerstand nur als Nahrungsstand der Stadtbürger behandelt wurde.⁸⁰⁷ In der Kommentierung von Kreittmayr findet sich eine zweistufige Einteilung: „A Statu Civitatis vel Reipublicae werden die Menschen zuförderist als Imperantes oder

805 Scheidemantel, Repertorium des Teutschen Staats und Lehnrechts, Erster Teil, 269.

806 Band 1, Buch 1, Titel VI, Cocceji, Project des Corpus Iuris Fridericiani [...], Erster Theil, S. 13 f.

807 Teil 1, Kapitel 3, § 3, Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis [...], Erster Theil, S. 15 f.

Subditi, hiernächst als Einheimisch- oder Fremd- und Auswärtige considerirt.“⁸⁰⁸ Die Untertänigkeit sah Kreittmayr als mit der römischrechtlichen Bürgerschaft identisch an, so dass auch Fremde im Land grundsätzlich als Bürger angesehen wurden.⁸⁰⁹ Zwar verwies Kreittmayr darauf, dass zwischen Einheimischen und Ausländern fast kein rechtlicher Unterschied mehr bestehe,⁸¹⁰ an anderer Stelle im Gesetzbuch fanden jedoch Differenzierungen statt. So setzte eine Retorsionsklausel, mit der die Schlechterstellung von eigenen Untertanen im Ausland gespiegelt werden sollte, die Bestimmung von Einheimischen und Fremden voraus⁸¹¹ und bestimmte das Vormundschaftsrecht, dass Personen, die außerhalb Bayerns lebten, nicht als Vormünder bestellt werden sollten.⁸¹² Bei beiden Rechtsmaterien war in Gesetz und Kommentierung Kreittmayrs konsequenterweise vom Untertan die Rede, wenn auch vom beständigen Untertan.⁸¹³

Das Josephinische Gesetzbuch von 1787 stellte zur Abgrenzung zum Fremden in erster Linie auf den beständigen Untertan ab: „Alle, die in den Erbländern unter der landesfürstlichen Gewalt vereinigt leben, sind für Innländer, und Unterthanen zu halten, und genießen ohne Unterschied die Unterthanen und Innländern allgemein gebührenden Rechte. Fremde genießen bei einer Durchreise, oder sonst bei ihrem Aufenthalte in den Erbländer, den gemeinen Landesschutz, sind aber für keine Unterthanen zu achten.“⁸¹⁴ Einigen Raum verwandte das Josephinische Gesetzbuch, die Binnendifferenzierungen in der Habsburgermonarchie zu überwinden. So wurde zum Beispiel die Marklösung aufgehoben.⁸¹⁵ Fremde galten grundsätzlich als rechtsfähig, nur bei der Erbschaft unterlag dies dem Retorsionsvorbehalt.⁸¹⁶

808 *Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem [...], Erster Theil, S. 63.

809 Ebd., S. 63.

810 Ebd., S. 63.

811 Teil 1, Kapitel 2, § 18, Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis [...], Erster Theil, S. 12. Zur Retorsion siehe unten unter Kapitel 3 B.

812 Dazu siehe oben unter Kapitel 1 A IV 1 a).

813 *Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem [...], Erster Theil, S. 55, 198.

814 Zweites Hauptstück, § 3, Allgemeines Gesetzbuch, in: Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die K. K. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze [...], Band 10, S. 303 – 441 (319).

815 Zweites Hauptstück, § 4, Allgemeines Gesetzbuch, in: Ebd., S. 303 – 442 (319 f.).

816 Zweites Hauptstück, §§ 7 f., Allgemeines Gesetzbuch, in: Ebd., S. 303 – 442 (321 f.).

Im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 finden sich entsprechende Regelungen zum einen in der Einleitung, zum anderen im Personenrecht des ersten Teils. Im Personenrecht ging es vor allem um die Aspekte, die traditionell dem *status naturalis*, also dem vorstaatlichen Bereich, zugeordnet wurden. Auf den *status civilis* wurde nur kurz zu Beginn des Personenrechts eingegangen, indem § 1 des Personenrechts die Person als Mensch definierte, der gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt.⁸¹⁷ Stattdessen findet sich eine Differenzierung gegenüber dem Fremden in der Einleitung. Dabei galt zunächst auch der zeitweise Untertan als rechtsunterworfen: „Auch Unterthanen fremder Staaten welche in hiesigen Landen leben, oder Geschäfte treiben, müssen nach obigen Bestimmungen beurteilt werden.“⁸¹⁸ Bei der Nennung des Untertanen in der Norm wird grundsätzlich der in einem anderen Territorium beständige Untertan gemeint gewesen sein, der sich aus preußischer Sicht als ein zeitweiser Untertan darstellte. Die wesentliche Differenzierung, die das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten in Bezug auf den Fremden vorsieht, war die Retorsion.⁸¹⁹ Im zweiten Teil findet sich eine ständische Gliederung in Adel, Bürgerstand und Bauern. Nur in Teil II, Titel 17 wird noch einmal detaillierter im Rahmen der Gerichtsorganisation, worunter auch das Entfernen aus der Gerichtsbarkeit durch Auswanderung gezählt wurde, auf den Untertanen eingegangen.⁸²⁰ Daneben kannte das Allgemeine Landrecht den Eingeborenen. In der Einleitung ist insofern von „eingeborenen Vasallen und Unterthanen“ die Rede.⁸²¹ Die einzige Nennung des Begriffs des Indigenats erfolgte jedoch Zwecks Differenzierung im Gütererwerb in einem Verweis auf die vorrangigen⁸²² Provinzialgesetze.⁸²³

In der Regel stellten die Gesetzgeber des 18. Jahrhunderts damit auf einzelne Kategorien ab, um Einheimische und Fremde zu differenzieren. Dies war meist die Untertänigkeit, oft im Sinne der beständigen Untertänigkeit. Die Bürgerschaft wurde zwar oftmals normiert, jedoch als Stadtbürger-

817 Teil I, Titel I, § 1, *Hattenhauer*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, S. 61.

818 Einleitung § 34, ebd., S. 58.

819 Einleitung § 43, ebd., S. 58.

820 Vgl. ebd., S. 626 ff.

821 Einleitung § 37, ebd., S. 58.

822 Zur Bedeutung des Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten im Rechtssystem des 18. Jahrhunderts: *Krause*, Das gemeine Recht und seine Kodifikation durch das Allgemeine Landrecht, in: *Wolff*, Das Preußische Allgemeine Landrecht, S. 69.

823 Teil II, Titel 9, § 39, *Hattenhauer*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, S. 541.

schaft und nicht als naturrechtlich geprägte Staatsbürgerschaft verstanden. Kategorien, wie das Indigenat spielten in der Gesetzgebung nur eine nebensächliche Rolle. Zu einer Systematisierung der Differenzierungskriterien kam es damit nicht.

IV. Zeitgenössische Versuche einer Synthese

Einen zeitgenössischen Versuch der Systematisierung der Begriffe „Staatsbürger“, „Untertan“, „Eingeborener“ und „Fremder“ lieferte Fischer in seinem Polizeirechtslehrbuch von 1785. Zu Beginn seiner Ausführungen zum „Polizeirecht der Staatsbürger nach ihrer Theilnehmung an der Staatsverfassung“ stellte dieser eine generelle Einteilung: „Alle Einwohner theilen sich in Einheimische und Fremde. Erstere haben entweder durch die Geburt oder durch die feierliche Aufnahme das Staatsbürgerrecht erhalten. Letztere genießen aber nur einstweilen so lange ihr Aufenthalt dauert, das Unterthanenrecht.“⁸²⁴ Staatsbürger zu sein bedeutete dabei die Mitgliedschaft in der staatlichen Korporation, die strikt von der bloßen Untertänigkeit differenziert wurde, bei der es nur um die Unterworfenheit im Hinblick auf Herrschaftsrechte ging. Innerhalb der Gruppe der Staatsbürger differenzierte er wiederum zwischen Eingeborenen und Aufgenommenen: „Solche Personen, die vermög ihrer einheimischen Geburt und Abstammung vollkommene Glieder des Staats sind, und alle Staatsbürgerschaftlichen Rechte und Vortheile genießen, heißen eingeborne Staatsbürger.“⁸²⁵ Fischer bewegte sich mit seiner Binnendifferenzierung noch in der Tradition älterer Überlegungen und sah die Stellung des Eingeborenen nicht als Gegensatz zu der des Fremden. Die Stellung der Fremden definierte Fischer spiegelbildlich: „Die Fremden, die sich in einem andern Staate aufhalten, genießen den landesherrlichen Schuz, wofür sie das Schuz- oder sogenannte Beysizgeld bezahlen, und sind Unterthanen, aber nicht Staatsbürger. Denn sie gehören weder zur Staatsgenossenschaft, noch können sie Aemter und Ehrenstellen erhalten, noch haben sie ein Recht ans ganze Staatsvermögen, noch nehmen sie an den auswärtigen Staatsvortheilen Antheil.“⁸²⁶ Die Überlegung des Rechts am Staatsvermögen könnte zum einen ein naturrechtliches Element darstellen, zum anderen aber auch das

824 *Fischer*, Lehrbegrif sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band I, S. 363.

825 *Ebd.*, S. 363.

826 *Ebd.*, S. 409.

Produkt einer Abstrahierung der Stellung des Fremden im Territorium und in der Stadt, für deren Bürgerrecht Fischer als Inhalt ein Miteigentum am Stadtvermögen ansah.⁸²⁷

Fischers Lehrbücher des Polizeirechts waren durch eine umfassende Sammlung von Material⁸²⁸ sowie durch eine Verbindung von Polizei- und Kameralrecht geprägt und von ihm als Teil des besonderen deutschen Privatrechts angesehen.⁸²⁹ Dies ermöglichte ihm den Rechtsstoff aus unterschiedlichsten Bereichen zueinander ins Verhältnis zu setzen. Diese umfassende Bearbeitungsart des Polizeirechts blieb dabei fast singulär.⁸³⁰ Spätere Versuche, das einheimische Recht umfassend darzustellen, wie die privaten Gesetzbücher Reitemeiers, weisen eine deutlich kleinere Stofffülle und geringe Permeabilität zwischen den Rechtsbereichen auf.

Die Werke Johann Friedrich Reitemeiers,⁸³¹ damals Professor in Frankfurt an der Oder, weisen zudem eine eher ungewöhnliche Verwendung des Begriffs „Bürgerrecht“ auf. Dieser beschäftigte sich um 1800 mit einer Programmschrift und Teilen eines Gesetzesentwurfes⁸³² mit der Schaffung eines allgemeinen deutschen Gesetzbuchs aus den „unveränderten brauchbaren Materialien des gemeinen Rechts in Deutschland“, wobei seine Überlegungen starke naturrechtliche Züge trugen.⁸³³ Seine Überlegungen waren durch eine Untergliederung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht geprägt,⁸³⁴ wobei dem öffentlichem Recht ein deutlicher Vorrang zukam.⁸³⁵ Damit folgte Reitemeier ganz der Tendenz der Zeit, da sich strikte Unterscheidungen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht um 1800 durchzusetzen begannen.⁸³⁶ Reitemeier stellte von seinem Gesetzbuch

827 *Fischer*, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 684.

828 Dazu: *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 1, S. 387 f.

829 *Fischer*, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Band 1, S. 6 f.

830 *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 1, S. 388.

831 Zu Reitemeier: *Buschmann*, Art. Reitemeier, Johann Friedrich (1755–1839), in: Cordes/Haferkamp/Kannowski/Lück/Wall/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band IV, 1798–1800.

832 Zu den Überlegungen Reitemeiers: *Schöler*, Deutsche Rechtseinheit, S. 31 ff.

833 So ging er zum Beispiel bezüglich des allgemeinen Bürgerrechts der Landesuntertanen vom Grundvertrag aus: *Reitemeier*, Ueber die Redaction eines Deutschen Gesetzbuchs aus den brauchbaren aber unveränderten Materialien des gemeinen Rechts in Deutschland, S. 122.

834 Ebd., S. 96 ff.

835 Ebd., S. 122 ff. Zu der damit verbundenen Intention Reitemeiers, die Reichseinheit zu erhalten: *Schöler*, Deutsche Rechtseinheit, S. 34.

836 M. w. N. *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 2, S. 52; *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des

die ersten allgemeinen Teile fertig, die vor allem Materien des öffentlichen Rechts enthielten. Vom Untertanen ausgehend war das „Bürgerrecht“ für Reitemeier der Inbegriff der Rechte und Pflichten der Untertanen: „Aus dem öffentlichen Verhältnisse des Unterthans gegen die Landesobrigkeit in den Deutschen Reichslanden entspringen Rechte und Pflichten, die den Inbegriff des Landes- oder Staatsbürgerrechts ausmachen.“⁸³⁷ Dementsprechend bezeichnete das Bürgerrecht schon in seiner Programmschrift meist einfach das geltende Recht. Er unterschied, ähnlich wie bei den städtischen Bürgerrechten, zwischen einem vollständigen und unvollständigen Bürgerrecht, das jedoch nur davon abhing, ob ein Untertan alle Bürgerpflichten erfüllen konnte. Daher kam das Bürgerrecht bei Reitemeier nur unabhängigen Männern zu.⁸³⁸ Dieses Bürgerrecht sollte jedoch auch von Ausländern erworben werden können, die unter ihrer bisherigen Obrigkeit wohnen bleiben, von dieser jedoch entlassen werden müssten.⁸³⁹ Damit gewann das Bürgerrecht bei Reitemeier eine gewisse Unabhängigkeit vom Grundmechanismus der Untertänigkeit. Eine Abgrenzung zwischen Einheimischen und Fremden fand im Entwurf Reitemeiers nicht ausdrücklich statt. Auf das Indigenat ging er nicht ein. Bei Reitemeier findet sich mit öffentlich-rechtlichen Vorzeichen, unter der Bezeichnung des Bürgerrechts mit Betonung der Untertänigkeit, der Versuch einer Weiterentwicklung dieser mit Elementen anderer Rechtsinstitute, wie der Stadtbürgerschaft.

Etwa zeitgleich zu Reitemeiers Privatüberlegungen zu einem deutschen Gesetzbuch beriet in Frankreich eine Gruppe von Juristen über die offizielle Einführung eines neuen französischen Zivilgesetzbuchs, in dem sie Elemente der Herrschaftsunterworfenheit, des dauerhaften und verrechtlichten Status in Abgrenzung vom Fremden und der politischen Rechtsstellung miteinander zu einem zukunftsweisenden System verknüpften.

modernen Staates, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 41 (56).

837 Reitemeier, Allgemeines Deutsches Gesetzbuch, Band I, S. 1. Vgl. auch Reitemeier, Ueber die Redaction eines Deutschen Gesetzbuchs aus den brauchbaren aber unveränderten Materialien des gemeinen Rechts in Deutschland, S. 96.

838 Reitemeier, Allgemeines Deutsches Gesetzbuch, Band I, S. 1.

839 Ebd., S. 2 f.

