

Peter Oestmann

# Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren

2. Auflage



## **Eine Arbeitsgemeinschaft der Verlage**

Brill | Schöningh – Fink · Paderborn

Brill | Vandenhoeck & Ruprecht · Göttingen – Böhlau Verlag ·  
Wien · Köln

Verlag Barbara Budrich · Opladen · Toronto  
facultas · Wien

Haupt Verlag · Bern

Verlag Julius Klinkhardt · Bad Heilbrunn

Mohr Siebeck · Tübingen

Narr Francke Attempto Verlag – expert verlag · Tübingen

Ernst Reinhardt Verlag · München

transcript Verlag · Bielefeld

Verlag Eugen Ulmer · Stuttgart

UVK Verlag · München

Waxmann · Münster · New York

wbv Publikation · Bielefeld

Wochenschau Verlag · Frankfurt am Main

## **Wege zur Rechtsgeschichte**

Ulrike Babusiaux

Hans-Peter Haferkamp

Sibylle Hofer

Peter Oestmann

Johannes Platschek

Tilman Reppen

Adrian Schmidt-Recla

Andreas Thier

Jan Thiessen

Peter Oestmann

**Wege zur  
Rechtsgeschichte:  
Gerichtbarkeit  
und Verfahren**

2., aktualisierte Auflage

BÖHLAU VERLAG KÖLN WIEN

Peter Oestmann ist Professor für Bürgerliches Recht und Deutsche Rechtsgeschichte an der Universität Münster.

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://portal.dnb.de> abrufbar.

Online-Angebote oder elektronische Ausgaben sind erhältlich unter [www.utb-shop.de](http://www.utb-shop.de).

Umschlagabbildung:

Gerichtsszene aus dem Herforder Rechtsbuch um 1370/75.

Der Abdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Kommunalarchivs Herford.

© 2021, 2015 Böhlau, Lindenstraße 14, D-50674 Köln, ein Imprint der Brill-Gruppe (Koninklijke Brill NV, Leiden, Niederlande; Brill USA Inc., Boston MA, USA;

Brill Asia Pte Ltd, Singapore; Brill Deutschland GmbH, Paderborn, Deutschland; Brill Österreich GmbH, Wien, Österreich)

Koninklijke Brill NV umfasst die Imprints Brill, Brill Nijhoff, Brill Hotei, Brill Schöningh, Brill Fink, Brill mentis, Vandenhoeck & Ruprecht, Böhlau, Verlag Antike und V&R unipress.

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Einbandgestaltung: Atelier Reichert, Stuttgart

Satz: büro mn, Bielefeld

EPUB-Produktion: Lumina Datametics, Griesheim

Vandenhoeck & Ruprecht Verlage | [www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com](http://www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com)

UTB-Band-Nr. 4295 | ISBN 978-3-8252-5709-5 | eISBN 978-3-8463-5709-5

# **Inhaltsverzeichnis**

## **Vorwort zur 2. Auflage**

## **Aus dem Vorwort zur 1. Auflage**

## **Abkürzungsverzeichnis**

### **1 Einleitung**

- 1.1 Hinführung zum Thema
- 1.2 Leitfragen
  - 1.2.1 Staatsgewalt
  - 1.2.2 Gerichtsverfassung
  - 1.2.3 Prozessrecht
  - 1.2.4 Auswirkungen der Leitfragen
- 1.3 Forschungsstand
  - 1.3.1 Lehrbücher
  - 1.3.2 Forschungsliteratur
- 1.4 Gang der Darstellung
- 1.5 Ein Wort zur Benutzung des Lehrbuchs

### **2 Die Zeit vor dem staatlichen Gewaltmonopol**

- 2.1 Hinführung zum Thema
  - 2.1.1 Rückprojektion
  - 2.1.2 Rechtsethnologie
  - 2.1.3 Rechtsarchäologie
  - 2.1.4 Der Rechtsbegriff als Problem der Rechtsgeschichte

- 2.2 Selbsthilfe und Streitschlichtung bei den germanischen Stämmen
- 2.3 Gerichtsbarkeit bei germanischen Stämmen?
- 2.4 Fehde und Sühneleistungen seit der Völkerwanderungszeit
  - 2.4.1 Ein Blick auf Blutrache und Sühne im 6. Jahrhundert
  - 2.4.2 Zum Verhältnis von Blutrache, Ehre und Sühne
  - 2.4.3 Die Bußenkataloge der Stammesrechte
  - 2.4.4 Gerichtsverfassung und Verfahrensrecht in der fränkischen Zeit
- 2.5 Die Zeit der Gottes- und Landfrieden
  - 2.5.1 Friesisches Recht
  - 2.5.2 Gottesfrieden
  - 2.5.3 Landfrieden
  - 2.5.4 Verrechtlichung der Fehde
  - 2.5.5 Schritte auf dem Weg zum Fehdeverbot
- 2.6 Gericht und Verfahrensrecht im Sachsenspiegel
  - 2.6.1 Gerichtsverfassung
  - 2.6.2 Prozessrecht
  - 2.6.3 Das Anefangverfahren
- 2.7 Königsgerichtsbarkeit und Reichshofgericht
  - 2.7.1 Organisation und Verfahren des Reichshofgerichts
  - 2.7.2 Exemtionen, Gerichtsstands- und Evokationsprivilegien
- 2.8 Rechtskreise und Oberhofzüge im Spätmittelalter
  - 2.8.1 Einstufiges Gerichtsverfahren
  - 2.8.2 Maßgebliche Rechtsgewohnheiten
  - 2.8.3 Ende der Oberhöfe
  - 2.8.4 Formstrenge im spätmittelalterlichen Recht
  - 2.8.5 Zum Aufbau mittelalterlicher Gerichtsprotokolle
  - 2.8.6 Der Lübecker Rat als Oberhof

- 2.8.7 Die Femegerichtsbarkeit
- 2.8.8 Spätmittelalterliche Gerichtspraxis in Frankfurt am Main (nach 1411)
- 2.9 Gelehrtes Prozessrecht im kirchlichen und weltlichen Recht
  - 2.9.1 Beweisführung im gelehrten Prozess
  - 2.9.2 Advokaten und Prokuratoren
  - 2.9.3 Der Richter im kanonischen Prozess
  - 2.9.4 Entstehung von Instanzenzügen
  - 2.9.5 Zivilprozess und Inquisitionsprozess
  - 2.9.6 Entstehung der Folter
  - 2.9.7 Gelehrte Richter im weltlichen Recht
  - 2.9.8 Gelehrtes Recht in der weltlichen Gerichtspraxis des deutschen Spätmittelalters
- 2.10 Das Königliche Kammergericht
  - 2.10.1 Verpachtung des Kammergerichts
  - 2.10.2 Reichsgerichtsbarkeit und Reichsreform
  - 2.10.3 Eine Verhandlung vor dem Königlichen Kammergericht

### **3 Die Zeit des staatlichen Gewaltmonopols**

- 3.1 Der Ewige Landfrieden
  - 3.1.1 Verbot der Fehde
  - 3.1.2 Reform der Reichsgerichtsbarkeit
- 3.2 Die Reichsgerichtsbarkeit im Alten Reich
  - 3.2.1 Reichskammergericht
  - 3.2.2 Reichshofrat
  - 3.2.3 Der Kameralprozess
  - 3.2.4 Die Entscheidungsliteratur
- 3.3 Die Gerichtsbarkeit in den Territorien
  - 3.3.1 Die Appellationsprivilegien
  - 3.3.2 Das Wismarer Tribunal
  - 3.3.3 Das Oberappellationsgericht Celle



- 3.3.4 Preußen und der Müller-Arnold-Prozess
- 3.3.5 Aktenversendung
- 3.4 Die geistliche Gerichtsbarkeit in der frühen Neuzeit
  - 3.4.1 Geistliche Gerichtsbarkeit und Reichsverfassung
  - 3.4.2 Katholische Territorien
  - 3.4.3 Protestantische Territorien
- 3.5 Besondere Formen der Gerichtsbarkeit
  - 3.5.1 Patrimonialgerichtsbarkeit
  - 3.5.2 Bäuerliche Niedergerichte
- 3.6 Der frühneuzeitliche Strafprozess
  - 3.6.1 *Die Constitutio Criminalis Carolina*
  - 3.6.2 Inquisitionsprozess
  - 3.6.3 Akkusationsprozess
  - 3.6.4 *Crimen exceptum*-Lehre und Hexenprozesse
  - 3.6.5 Endlicher Rechtstag
- 3.7 Gerichtsverfassung und Prozessrecht des 19. Jahrhunderts als rechtshistorisches Problem
- 3.8 Die französischen Reformen der Gerichtsverfassung und des Prozessrechts
  - 3.8.1 Die Reformbewegung in der Revolutionszeit und unter Napoleon
  - 3.8.2 Ausstrahlungen der französischen Reformen auf Deutschland
- 3.9 Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands
  - 3.9.1 Begründungstechnik und Argumentation
  - 3.9.2 Das Ende des Oberappellationsgerichts
- 3.10 Der lange Weg zu den Reichsjustizgesetzen
  - 3.10.1 Gerichtsverfassung und Prozessmaximen in der Paulskirchenverfassung
  - 3.10.2 Die hannoverschen Zivilprozessordnungen von 1847 und 1850
  - 3.10.3 Die Zivilprozessordnung von 1877/79

- 3.10.4 Die Strafprozessordnung von 1877/79
- 3.10.5 Das Gerichtsverfassungsgesetz von 1877/79
- 3.11 Gerichtsbarkeit und Prozessrecht in der Weimarer Republik
- 3.12 Justiz im Nationalsozialismus
  - 3.12.1 Der Primat der Politik
  - 3.12.2 Lenkung der ordentlichen Gerichtsbarkeit
  - 3.12.3 Normenstaat und Maßnahmenstaat
  - 3.12.4 Volksgerichtshof, Sondergerichte
  - 3.12.5 Kriegsverbrecherprozesse
- 3.13 Gerichtsbarkeit und Prozessrecht in der Deutschen Demokratischen Republik
  - 3.13.1 Die Waldheimer Prozesse
  - 3.13.2 Gerichtsverfassung in der DDR
  - 3.13.3 Primat der Politik in der Gerichtspraxis der DDR
- 3.14 Gerichtsbarkeit und Prozessrecht unter dem Grundgesetz
  - 3.14.1 Das Bundesverfassungsgericht
  - 3.14.2 Ausdifferenzierung der Gerichtsverfassung
  - 3.14.3 Reformen des Zivilprozessrechts
  - 3.14.4 Reformen des Strafprozessrechts

## **4 Die Zeit nach dem staatlichen Gewaltmonopol?**

## **5 Ergebnisse**

### **Literatur**

1. Einleitung
2. Die Zeit vor dem staatlichen Gewaltmonopol
3. Die Zeit des staatliche Gewaltmonopols
4. Die Zeit nach dem staatlichen Gewaltmonopol?

### **Register**

Personenregister  
Ortsregister  
Sachregister/Glossar

## Vorwort zur 2. Auflage

Nach einigen Jahren erlebt der rechtshistorische Grundriss „Gerichtsbarkeit und Verfahren“ eine zweite Auflage. Die Rückmeldungen zur ersten Auflage von 2015 waren überwiegend sehr wohlwollend, und über den Kreis von Rechtshistorikern hinaus erreichte das Buch zunehmend auch interessierte Studierende. Das freut mich, denn Vorlesungen zur Prozessrechtsgeschichte bilden im rechtswissenschaftlichen Studium weiterhin die große Ausnahme.

Neuaufgaben laufen Gefahr, den Text von Lehrbüchern überall dort zu ergänzen, wo der jeweilige Verfasser eigenes Wissen hinzugewonnen hat. Das ursprünglich bewusst knapp gehaltene Werk droht damit auszufransen, wird ständig umfangreicher und erreicht seinen ursprünglichen Zweck, die Unterrichtung studentischer Leser über die wesentlichen Grundlinien, immer schlechter. Wenn das Studienbuch von Heinrich Mitteis von der ersten Auflage 1949 von 159 Seiten auf 570 Seiten in der letzten Bearbeitung von 1992 answoll, zeigt dies genau das Problem. Ich habe mich bemüht, Ausweitungen zu begrenzen, kam um bestimmte Ergänzungen aber dennoch nicht umhin.

Hilfreich waren einige kritische Hinweise zu Ungenauigkeiten und Fehlern in der Voraufgabe. Für ihre aufmerksame Lektüre danke ich Folker Siegert, Clara Günzl und vor allem meiner Kollegin Marju Luts-Sootak, die zeitgleich in Tartu eine estnische Übersetzung organisierte. Die Manuskriptarbeit erfolgte im Corona-Jahr 2020/21, das mit seinen bisher für unvorstellbar gehaltenen Freiheitseinschränkungen sicherlich in die

Rechtsgeschichte eingehen wird. Für die bewährte Zusammenarbeit mit dem Verlag konnte ich mich wiederum auf den unkomplizierten Austausch mit Dorothee Rheker-Wunsch verlassen. Meine Familie ermöglichte mir im Lockdown-Winter die erforderlichen Nebenstunden am heimischen Schreibtisch.

Münster, März 2021

Peter Oestmann

## Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Das Buch beschreitet „Wege zur Rechtsgeschichte“. Ein zentraler Ausschnitt aus der deutschen und europäischen Vergangenheit wird hier als eigenes Kurzlehrbuch angeboten. Damit ist zugleich Raum eröffnet, um die Grundzüge der Gerichts- und Prozessgeschichte für studentische Leser eingehend zu erklären. Oftmals überschütten rechtshistorische Lehrbücher die Studenten mit Fakten, Fakten und abermals Fakten. Je knapper bemessen der Platz, desto weniger Möglichkeiten verbleiben, die großen Linien zu zeichnen oder Einzelheiten zu entfalten. Wie Hagelschauer prasseln auf den Leser Namen, Jahreszahlen, Orte und Fachbegriffe nieder. Warum man dies alles wissen muss, was wirklich wichtig ist und was nur schmückendes Beiwerk darstellt, bleibt ungesagt. Bildung soll gern Selbstzweck sein, fürwahr, aber der Lehrer braucht nicht alle Kleinigkeiten zu vermitteln, nur weil er sie selbst gerade kennt. Wer sich klarmacht, welche Geschichte er erzählen will, kann sich auf wesentliche Punkte beschränken.

Der 27-jährige Privatdozent Otto Mejer schrieb 1845 im Vorwort seines Kirchenrechtskompendiums, im Kurzlehrbuch gehe es bloß darum, eine Übersicht über das Feststehende zu bieten. Auf dem Katheder dürfe der Hochschullehrer dagegen „die Wissenschaft geben, wie er sie zu besitzen meint, so subjectiv er will und kann“<sup>1</sup>. Gemessen am Ideal des Göttinger Kirchen- und Staatsrechtlers liegt mein Grundriss näher an der aufgeheizten Vorlesung als am abgeklärten Lehrbuch. Der Text bekennt Farbe und ist um deutliche Wertungen nicht verlegen. Wenn Widerspruch den Leser zum Nachdenken

bringt und ihm die Quellen- und Literaturhinweise den Weg zur eigenen Meinung öffnen, ist viel erreicht. Das Buch will keineswegs das Selbststudium abwürgen, sondern auf Schritt und Tritt dazu einladen, immer tiefer in die aufregende Welt der Rechtsgeschichte einzutauchen. Über die Quellenauswahl, die Gliederung und Wertungsmaßstäbe lässt sich trefflich streiten. Vor allem fehlt Vieles. Wichtige Gerichte, ganze Prozessarten, Berufsbilder, sozialgeschichtliche Bezüge, Diskussionen in der Rechtswissenschaft der Zeit – an allen Ecken und Enden bleiben Fragen und Lücken. In einigen Jahren kann hoffentlich ein Handbuch zur Geschichte der Rechtsdurchsetzung den Stoff viel feinmaschiger aufnehmen. Für den Augenblick handelt es sich um eine Handreichung an interessierte Leser. Sie soll dem modernen aufmerksamen Juristen anhand einiger Einblicke die Bedeutung der rechtshistorischen Tradition für Gegenwart vor Augen führen. Ob sich die Sehschlitze nach und nach zu einem größeren Sichtfeld weiten und mit der Zeit ein Gesamtbild entsteht, bleibt jedem selbst überlassen. Mir jedenfalls hat der Zwang, den roten Faden festzuzurren und sich nie ins Auswabernde zu verlieren, jederzeit Freude und Schwung bereitet. Hoffentlich merkt man das dem Buch an.

Münster, April 2015

Peter Oestmann

---

1 *Otto Mejer*, Institutionen des gemeinen deutschen Kirchenrechtes, Göttingen 1845, S. VI.

## Abkürzungsverzeichnis

Abh.	Abhandlungen
ALR	Allgemeines Landrecht (1794)
Beitr.	Beiträge
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
c.	canon im zweiten Teil des <i>Decretum Gratiani</i>
C.	Causa im zweiten Teil des <i>Decretum Gratiani</i>
	<i>Constitutio Criminalis Carolina</i> = Peinliche
CCC	Halsgerichtsordnung von 1532
Cod.	<i>Codex Justinianus</i>
CPO	Reichszivilprozessordnung von 1877/79
D.	<i>Distinctio</i> im ersten Teil des <i>Decretum Gratiani</i>
Dig.	Digesten
Diss.	Dissertation
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ENZ	Enzyklopädie der Neuzeit
	Schriften zur Europäischen Rechts- und
ERV	Verfassungsgeschichte
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FdtRg	Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte
Fgn.	Forschungen
ff.	Digesten
Fs.	Festschrift (für)
	Untersuchungen zur deutschen Staats- und
	Rechtsgeschichte, begründet von Otto von
GU	Gierke
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
	Handwörterbuch zur deutschen
HRG	Rechtsgeschichte
Hrsg.	Herausgeber
Inst.	Institutionen



jur.	juristisch
JuS	Juristische Schulung
Kap.	Kapitel
Lnr.	Lehnrecht
MGH	Monumenta Germaniae Historica
Ndr.	Nachdruck/Neudruck
NF	Neue Folge
phil.-hist.	philosophisch-historisch
q.	quaestio im zweiten Teil des Decretum Gratiani
QFhGAR	Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich
Rg	Rechtsgeschichte, zugleich: Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie
Rspr.	Rechtsprechung. Materialien und Studien
RStPO	Reichsstrafprozessordnung von 1877/79
Rwiss./rwiss.	Rechtswissenschaft/rechtswissenschaftlich
S.	Seite
Sp.	Spalte
Ssp.	Sachsenspiegel
Ssp. Ldr.	Sachsenspiegel Landrecht
StEuRg	Ius Commune. Sonderhefte/Studien zur europäischen Rechtsgeschichte
TRG	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
X	Dekretalen; Liber Extra
ZHF	Zeitschrift für Historische Forschung
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZRG Germ. Abt.	Germanistische Abteilung der ZRG

# 1 Einleitung

## 1.1 Hinführung zum Thema

Die Gerichtsbarkeit zählt zu den tragenden Pfeilern des modernen Staates. Neben der Gesetzgebung und der Regierung bildet die Rechtsprechung die dritte Säule der Staatsgewalt. Mögen die Menschen sich in rechtlichen Angelegenheiten streiten, mag es Verbrechen und Kriminalität geben - heute ist es der Staat, der solche Fragen verbindlich löst. Wer seine vermeintlichen rechtlichen Interessen eigenmächtig durchsetzen möchte und auf eigene Faust zur Selbsthilfe schreitet, verlässt damit den Boden des Rechts. An etwas versteckter Stelle, mit doppelter Verneinung und in juristischer Kunstsprache, spricht § 229 BGB die heutige Selbstverständlichkeit aus:

Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde.

Faustrecht ist damit grundsätzlich verboten. Nur dann, wenn staatliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und die Gefahr besteht, dass eigene Rechtspositionen

unwiederbringlich verloren gehen, ist Selbsthilfe in engen Grenzen noch erlaubt. Auch die Rechtfertigungsgründe im Strafrecht errichten strenge Schranken und dämmen auf diese Weise private Gewalt ein. Aussicht auf Erfolg kann der Gesetzgeber aber nur haben, wenn eine Gerichtsbarkeit bereitsteht, die dem Einzelnen tatsächlich sein Recht verschafft. Nur wenn in überschaubarer Zeit und mit vertretbarem Kostenaufwand richterliche, also staatliche Entscheidungen die streitigen Ansprüche klären und ggf. auch vollstrecken, strafbare Handlungen bestrafen und auf diese Weise die Rechtsordnung verteidigen, gibt es keinen Grund mehr zur Selbsthilfe. Sie ist dann überflüssig.

Im Blick zurück sind das alles keine Selbstverständlichkeiten. Die Rechtsgeschichte bietet Beispiele dafür, wie verschiedene Zeiten unterschiedliche Antworten auf sehr ähnliche Fragen gegeben haben. Das staatliche Gewaltmonopol, die feinmaschige Gerichtsverfassung und das umfassend kodifizierte Verfahrensrecht mit seinen wesentlichen Prozessmaximen gehören zu den wichtigsten Ausprägungen des heutigen Rechtsstaates. Vergegenwärtigt man sich die entscheidenden Bausteine der modernen Gerichtsbarkeit, ergeben sich unschwer einige Leitfragen. Sie ermöglichen es, Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den ausgewählten historischen Beispielen und dem Recht unserer Zeit deutlicher zu erkennen. Die Leitfragen dienen zugleich dazu, die Stofffülle zu begrenzen und die Darstellung von überflüssigem Ballast freizuhalten. Es geht beim Studium der Rechtsgeschichte nicht darum, möglichst viele Einzelheiten zu wissen. Entscheidend sind die Einblicke in die jeweiligen Eigenarten verschiedener Epochen und die Fähigkeit, über die langen Zeiträume hinweg Regelungsprobleme und Lösungsmöglichkeiten miteinander zu vergleichen.

## 1.2 Leitfragen

Die Aufgabe des Historikers und damit auch des Rechtshistorikers besteht vor allem darin, den überkommenen Stoff zu sichten und zu ordnen. Die Leitfragen schlagen einige Breschen in die Quellenmassen. Sie tragen auf diese Weise dazu bei, das Kurzlehrbuch schlank zu halten. Im Wesentlichen geht es um drei große Fragen: 1. Welche Rolle spielte die Staatsgewalt für die Rechtsdurchsetzung in verschiedenen Zeiten? 2. Wie sah die jeweilige Gerichtsverfassung aus, welche Gerichte gab es, und welche Personen waren dort tätig? 3. Was waren die Prozessmaximen des jeweiligen Verfahrensrechts, und welche Möglichkeiten bestanden, gerichtliche Entscheidungen anzugreifen?

### 1.2.1 Staatsgewalt

An erster Stelle steht die Frage nach der Staatsgewalt. In welcher Weise sind und waren die Gerichtsverfassung und das Verfahrensrecht an den Staat oder einen Herrscher gebunden? Im modernen Recht fällt die Antwort leicht. Gerade in der älteren Zeit, der sog. Vormoderne, ist aber Vorsicht geboten. Rechtshistoriker und Juristen des 19. und frühen 20. Jahrhunderts bis hin zu Eduard Kern und Heinrich Mitteis haben nach Vorformen von Rechtsstaatlichkeit, ja sogar von Demokratie bei den Germanen und im frühen Mittelalter gesucht. Das kann heute nicht mehr überzeugen, weil es damals noch gar keinen Staat gab. Die Leitfrage im Blick ermöglicht es vielmehr, auch Zeiten ohne Staatsgewalt zu erkennen und einzuordnen. Bis weit ins Mittelalter hinein kann von einem Staat im modernen Sinne keine Rede sein. Inwieweit Gerichte und ihr Verfahren an einen Herrscher angebunden waren, erweist sich als schwieriges Problem, das nach

unterschiedlichen Antworten verlangt. Überhaupt geraten erst dann, wenn man die Abwesenheit von Staatsgewalt ernst nimmt, andere zeittypische Formen rechtlicher Konfliktbewältigung vor das Auge des Betrachters. Gewalt und Konsens als Urformen der Streitlösung stehen am Anfang der Geschichte. Blutrache und Fehde bestimmten über lange Zeiträume die Rechtsdurchsetzung. Ob man sie als rechtliche Verfahren oder eher als tatsächliche Maßnahmen ansieht, ist vor allem eine sprachliche Frage.

Erst im hohen Mittelalter wurde die Fehde nach und nach bestimmten Spielregeln unterworfen. Die Gottes- und Landfrieden beschränkten sie zeitlich, örtlich und personell. Die entstehende Staatsgewalt versuchte, Frieden zu gewährleisten, und ging daher gegen die eigenmächtige Selbsthilfe vor, ohne sie zunächst aber zu verbieten. Der enge Zusammenhang von Fehdebeschränkung und hoheitlicher Gerichtsbarkeit stand den Zeitgenossen klar vor Augen. Besonders deutlich sieht man dies im Mainzer Reichslandfrieden von 1235. Er unterwarf nicht nur die Fehde mehreren strengen Voraussetzungen, sondern stellte mit dem erneuerten Reichshofgericht zugleich auch ein oberstes Reichsgericht bereit, das die königliche Gerichtsgewalt für jedermann sichtbar verkörperte. Erst mit dem Ewigen Landfrieden von 1495 gab es ein endgültiges Fehdeverbot. Erneut trat mit dem Reichskammergericht ein Gericht auf den Plan, das Landfriedensbrüche ahnden sollte. Im Hinblick auf die erste Leitfrage ist die Zäsur von 1495 gar nicht scharf genug zu ziehen. Auf dem Papier gab es nun das obrigkeitliche Gewaltmonopol, das Verbot jedweder Selbsthilfe, unterstützt durch ein neu organisiertes Gericht. Das hat Konsequenzen für den Aufbau dieses Lehrbuchs. In der Prozessrechtsgeschichte gibt es zwei wesentliche Zeittypen: Die Zeit vor dem staatlichen Gewaltmonopol und

die Zeit unter dem staatlichen Gewaltmonopol. Dies erklärt die Zweiteilung des Buches.

Die hier gezogene Epochengrenze beruht auf einer deutschen Sichtweise. Eine deutsche Rechtsgeschichte erscheint manchen Rechtshistorikern inzwischen als verdächtig, teilweise gar als „unerträgliche Fiktion“. Doch wenn sich die Darstellung weithin auf die Rechtsgeschichte des deutschsprachigen Raumes beschränkt, behauptet sie damit nicht, die einheimische Rechtsgeschichte habe sich unbeeinflusst von anderen Traditionen aus ihren urgermanischen Wurzeln zur Blüte des 19. Jahrhunderts hin entwickelt. Zahlreiche Weichenstellungen verdankt das moderne Prozessrecht dem kanonischen Recht der mittelalterlichen Kirche und dann vor allem den französischen Reformen der napoleonischen Zeit. Auf dem Weg zum staatlichen Gewaltmonopol bildet 1495 aber eine Epochengrenze, die vorliegend einen älteren von einem neueren Sachtyp trennt. Auch Graustufen und Übergänge lassen sich mit der Leitfrage erfassen. Letzte Reste der Patrimonialgerichtsbarkeit und der Aktenversendung an Universitäten verschwanden erst mit den Reichsjustizgesetzen von 1877/79. Und die staatliche Gerichtsbarkeit begann im 20. Jahrhundert zu zerbröckeln. In den Diktaturen war die Justiz nicht nur Werkzeug politischer Interessen, sondern zugleich beschränkt durch Sonderrechte von Polizei und Parteiorganisationen. Schließlich hat mit dem Verblässen der Staatsgewalt seit etwa 1960 auch die Gerichtsbarkeit weiter Federn gelassen. Europäische und internationale Gerichtshöfe überlagern die staatliche Justiz, Schiedsgerichte umgehen sie, Mediationen und Vergleichsschlüsse schaffen Rechtsfrieden ohne staatlichen Befehl. Das Lehrbuch stellt im Schlusskapitel das klassische rechtsstaatliche Ideal der tatsächlichen modernen Buntheit gegenüber. Daraus folgen mehrfach sehr subjektive Wertungen. Aber

Geschichtsschreibung kommt nicht umhin, die Vergangenheit zu deuten. Die Maßstäbe werden freilich nur selten offengelegt, tauchen hier aber an verschiedenen Stellen auf.

### 1.2.2 Gerichtsverfassung

Die zweite Leitfrage umkreist die Gerichtsverfassung. Untechnisch gesprochen geht es darum, wer Rechtsstreitigkeiten entscheidet. Im modernen Recht hat man es mit unabhängigen Berufsrichtern zu tun, die ein Jurastudium und zwei Staatsprüfungen absolviert haben. Die Gerichtsbarkeit ist horizontal in verschiedene Gerichtskreise bzw. Gerichtssprengel und vertikal auf mehrere Instanzen aufgeteilt. Dazu treten feste Zuständigkeitsregeln. Neben der ordentlichen Gerichtsbarkeit gibt es andere Zweige, nämlich die Verwaltungs-, Arbeits-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit. Verfassungsgerichte des Bundes und der Länder vervollständigen das Bild. Doch auch innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind die jeweiligen Funktionen fest zugewiesen. Der Blick in die Geschichte zeigt erneut Gemeinsamkeiten und Unterschiede. Die Über- und Unterordnung von Gerichten mit festen Instanzen begegnet zuerst im kirchlichen Bereich und wird im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation seit dem 15. Jahrhundert auch im weltlichen Recht greifbar. Der studierte Berufsrichter taucht ebenfalls seit dem Mittelalter in der Kirche, aber auch in italienischen Kommunen auf. Ganz anders sah die einheimische Tradition aus. Der Richter war hier Leiter des Verfahrens, nicht aber an der Urteilsfindung selbst beteiligt. Laienschöffen, ein sog. Umstand oder in der Frühzeit sogar die gesamte Gerichtsgemeinde fanden dagegen die Antwort auf die zu entscheidende Frage. An eine Gewaltentrennung ist hierbei nicht zu denken. Der Rat vieler mittelalterlicher

Städte war zugleich Regierungsorgan und Gericht. In der Neuzeit waren die Universitäten in die Gerichtsverfassung eingebunden. Das Spruchkollegium der Juristenfakultäten entschied Anfragen in Zivil- und Strafsachen und beförderte damit zugleich die Professionalisierung der Rechtspflege. Ein besonderes Augenmerk gilt den jeweils obersten Gerichten. Wie waren sie organisiert und worüber entschieden sie?

### 1.2.3 Prozessrecht

Die dritte Leitfrage umkreist das zeitgenössische Prozessrecht. Hierbei geht es insbesondere um die Prozessmaximen und Rechtsmittel. Das moderne deutsche Gerichtsverfahren ist geprägt durch öffentliche, mündliche Prozessführung, die freilich umfassend schriftlich vorbereitet wird. Im Zivilprozess beherrscht die Dispositionsmaxime das Verfahren. Danach entscheiden die Parteien über die Angriffs- und Verteidigungsmittel und geben dem Gericht den Streitgegenstand vor. Der Verhandlungsgrundsatz besagt, dass die Parteien auch für die Beibringung der Tatsachen verantwortlich sind. Das Gericht ist im Grundsatz auf die Entscheidung der Sache beschränkt. „*Da mihi facta, dabo tibi ius*“ (Gib mir die Tatsachen, ich werde dir das Recht geben), lautet der lateinische Sinnspruch dazu.

Im Strafverfahren dagegen gilt die Oficialmaxime. Von Amts wegen geht der Staat gegen Straftäter vor und setzt seinen eigenen Strafanspruch durch. Dazu passt die Instruktions- bzw. Inquisitionsmaxime. Denn auch die Ermittlung des Sachverhalts ist hier eine hoheitliche Aufgabe und richterliche Pflicht. Die Entscheidungen aller Gerichte erwachsen in Rechtskraft, wenn sie nicht rechtzeitig angegriffen werden. Doch Rechtsmittel stehen bereit. Berufung und Revision führen den Streit in eine höhere Instanz (Devolutiveffekt) und halten das bereits



ergangene Urteil in der Schweben (Suspensiveffekt). Das Rechtsmittelgericht prüft sodann je nach Rechtsmittel, ob dem Untergericht Fehler bei der Rechtsanwendung oder bei der Ermittlung des Sachverhalts unterlaufen sind. Liegt eine endgültige Entscheidung vor, kommt es zur Vollstreckung. Der Straftäter empfängt seine Strafe, möglicherweise wandert er ins staatliche Gefängnis. Im Zivilprozess steht der Gerichtsvollzieher bereit, den durch Urteil bestätigten Anspruch mit staatlichem Zwang durchzusetzen.

Der rechtshistorische Blick zeigt abermals die Voraussetzungen für verschiedene Prozessformen auf. Eine weitgehend schriftlose (orale) Gesellschaft ohne studierte Juristen gelangt hierbei zu ganz anderen Lösungen als eine von gelehrten Berufsrichtern geprägte Rechtsordnung. Die mittelalterliche Laiengerichtbarkeit beruht weitgehend auf Öffentlichkeit und Mündlichkeit. Strafprozess und Zivilverfahren waren lange Zeit nicht getrennt. Ziel des Verfahrens war es auch nicht, abstrakt-generelle Rechtsnormen auf einen Sachverhalt anzuwenden. Die Subsumtion ist vielmehr das methodische Rüstzeug des studierten Juristen. Im ungelehrten Prozess ging es demgegenüber darum, den gestörten Frieden wiederherzustellen. Deswegen erlangten Eide der Parteien eine besondere Bedeutung. Als Leumundseide zählten sie zu den sog. irrationalen Beweismitteln, die für die Entscheidungsfindung oftmals wichtiger wurden als die Sachverhaltsaufklärung. Der gelehrte Prozess bewirkte hier die entscheidenden Veränderungen, bezeichnenderweise zunächst im Strafrecht. Kleriker, denen bestimmte Amtsvergehen angelastet wurden, durften sich nicht mehr durch Reinigungseid selbst entlasten. Das Lehrbuch legt daher besonderen Wert auf den Wandel des Prozessrechts, der sich mit der Rezeption des gelehrten Rechts vollzog. Man meint damit traditionell

die Verwissenschaftlichung und Professionalisierung des Rechts, auch die inhaltliche Anlehnung an römische und kanonische Vorbilder. Das Wort Rezeption und die früher teilweise damit verbundenen Vorstellungen sind inzwischen streitig geworden. Aber die Zunahme römisch-kanonischen Rechtsdenkens und das Universitätsstudium haben doch unübersehbar ihre Spuren hinterlassen. Das gilt in besonderer Weise für die Prozessrechtsgeschichte. Die Verschriftlichung des Verfahrens, feste Vorgaben für den Schlagabtausch zwischen den Parteien und ihren Anwälten, der Trend, hinter verschlossenen Türen zu entscheiden, die Möglichkeit, Urteile anzufechten – dies sind die entscheidenden Punkte, auf die es zu achten gilt. Untrennbar verbunden damit ist die Frage, ob und wie Gerichte ihre Entscheidungen gegenüber den Parteien, der Öffentlichkeit oder der Wissenschaft begründeten.

#### 1.2.4 Auswirkungen der Leitfragen

Je stärker die Darstellung den Leitfragen folgt, auch wenn sie weitere Verfeinerungen vornimmt, desto deutlicher treten ganze Bereiche der Rechtsgeschichte in den Hintergrund. Die Rechtswissenschaft mit ihren Lehren spielt eine eher untergeordnete Rolle, ebenso über längere Phasen, vor allem in der älteren Zeit, die normativen Rechtsquellen. Das Lehrbuch wirft Schlaglichter auf die Geschichte der Rechtspraxis und bietet damit nur einen Ausschnitt aus einer allgemeinen Rechtsgeschichte. Vollständigkeit ist insoweit nicht angestrebt, auch nicht in quellenkundlicher Hinsicht. Die Zuspitzung soll es dagegen ermöglichen, die wesentlichen Linien der Prozessrechtsgeschichte zu erkennen, einzelne Stationen der Geschichte miteinander zu verknüpfen und auf diese Weise ein tieferes Verständnis für die Grundbedingungen der jeweiligen Rechts- und Gerichtsordnung zu schärfen. Damit erhalten Studierende zugleich eine Vorlage, um sich

auch in fremde Zeiten und Gebiete der Rechtsgeschichte einzuarbeiten. Das Lehrbuch möchte insofern ausdrücklich zur weiteren Quellenlektüre und zum Selbststudium ermutigen.

## **1.3 Forschungsstand**

Ein Lehrbuch zur Geschichte der einheimischen Gerichtsverfassung und des Prozessrechts gab es bis 2015 nicht, geschweige denn eine umfassende Gesamtdarstellung. Die älteren Werke zur Deutschen Rechtsgeschichte enthalten häufig Kapitel über „Gericht und Rechtsgang“, oftmals aus einer romantischen oder national-rechtsstaatlichen Perspektive. Die Quellenkenntnis von Autoren wie Heinrich Brunner, Richard Schröder oder Eberhard Freiherr von Künßberg beeindruckt noch heute. Das Gesamtbild, das ihre Bücher vermitteln, ist freilich seit Jahrzehnten überholt. Gerade die Sichtweise auf die frühen Phasen der Rechtsgeschichte, auf die sog. germanische und fränkische Zeit bis weit ins Mittelalter hinein, hat sich deutlich gewandelt. Aber selbst jüngere Lehrbücher wie das von Heinrich Mitteis 1949 begründete auflagenstarke Becksche Kurzlehrbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte haben bis zur letzten Neubearbeitung 1992 durch Heinz Lieberich unbeirrt am überkommenen germanistischen Blick auf die Vergangenheit festgehalten.

### **1.3.1 Lehrbücher**

Eine echte Zäsur bedeutete deshalb das ganz eigenständige und neuartige Lehrbuch von Karl Kroeschell, 1972 begründet und nach und nach auf drei Bände erweitert. Den überlieferten Titel „Deutsche Rechtsgeschichte“ behielt dieses Werk bei, verzichtete aber

bewusst auf große Linien und ein konstruiertes Gesamtbild. In kleinen Abschnitten kommen einzelne Episoden aus der Rechtsgeschichte, aber auch aus der Forschungsdiskussion daher und führen den Leser detailgenau in ausgewählte Bereiche ein. Zahlreiche abgedruckte Quellen regen zum Selbststudium an, sind freilich mit dem Text des Lehrbuchs kaum verknüpft. Die Prozessrechtsgeschichte nimmt bei Kroeschell einen breiten Raum ein. Gerade für die ältere Zeit hat er damit Maßstäbe gesetzt, hinter die neuere Darstellungen nicht zurückfallen dürfen. Andererseits ermöglichen es die oben angesprochenen Leitfragen, inhaltlich deutlich andere Schwerpunkte als Kroeschell zu setzen, Quellen umfassender einzubinden und stärker ausdrückliche Vergleiche zwischen den Epochen anzustreben. Überdies sind die Schilderungen des Kroeschellschen Lehrbuchs erheblich knapper und oft nur skizzenhaft.

Den ausdrücklichen Anspruch, die Geschichte der Gerichtsbarkeit lehrbuchhaft darzustellen, haben nach dem Zweiten Weltkrieg in Deutschland nur zwei Bücher erhoben. Im Erscheinungsjahr nur hauchdünn voneinander getrennt, erschienen 1954 eine „Geschichte der Gerichtsverfassung“ von Eduard Kern und 1953 die „Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500“ von Erich Döhring.

Kerns Darstellung ist ihrem Anspruch nach ein klassisches Kurzlehrbuch. Es geht nicht um Forschungsfragen oder Literaturdiskussion, sondern um die gedrängte Vermittlung historischen Sachwissens. Der Bogen ist weit gespannt von der germanischen Frühzeit bis zum Nationalsozialismus. Aber nicht nur der methodisch veraltete rein normengeschichtliche Zugriff auf die einheimische Rechtsgeschichte stört aus heutiger Sicht. Viel gewichtiger ist ein anderer Einwand. Kerns Lehrbuch gibt sich überdeutlich als Einführung in das geltende Recht

aus, gewissermaßen als erster Teil seines zweiten Lehrbuchs zum geltenden Gerichtsverfassungsrecht. Deswegen stehen die neuere Zeit und die Moderne ganz im Mittelpunkt. Die ältere Rechtsgeschichte muss sich mit wenigen Seiten begnügen, und genau sie beruhen auch nicht auf eigenen Arbeiten des Verfassers, sondern auf den noch älteren klassischen Großlehrbüchern. Kern war kein Rechtshistoriker, und das merkt man seinem Buch an. Für die neuere Gerichtsverfassung bietet sein Werk freilich viel Stoff, an den sich anknüpfen lässt.

Ein zweiter Gesichtspunkt mag nicht entscheidend sein, zeigt jedoch, wie sich der Zugriff auf die Geschichte in den vergangenen sechs Jahrzehnten geändert hat. Für Kern geht es schwerpunktmäßig um die Schilderung einer normativen Rechtslage. Gerichtsordnungen und Prozessgesetze bilden das Rückgrat des Buches. Die Praxis tritt dahinter zurück. Allgemeinhistoriker werfen genau dies der älteren von Juristen betriebenen Rechtsgeschichte gern vor. Der Blick auf die Normen soll den Zugriff auf die historische Wirklichkeit verstellen. Doch hier ist zu differenzieren. Die Existenz einer Norm, ihr Erlass, ihr Inhalt und auch ihre zeitgenössische Auslegung sind als solches genauso historische Tatsachen wie ein Mordfall, eine Folterung oder ein Gerichtsurteil. Je für sich handelt es sich um Gegenstände, die einer rechtshistorischen Erforschung bedürfen. Es darf nur nicht der Eindruck entstehen, die Kenntnis historischer Gesetze eröffne die Sicht auf die Rechtspraxis. Sein und Sollen bleiben auch in der Prozessrechtsgeschichte getrennt. Auf der anderen Seite sind übermäßige Vorbehalte von Rechtshistorikern gegen eine Beschäftigung mit der Geschichte der Rechtspraxis unbegründet. Es gibt kein methodisches Gebot, zunächst eine wie auch immer verstandene Rechtslage zu erforschen, bevor man sich der zeitgenössischen Praxis zuwenden darf. Hier unterscheiden

sich schlichtweg persönliche Interessen und auch die jeweiligen Quellengrundlagen. Aber genau deswegen kann ein Lehrbuch wie das von Kern eine moderne Prozessrechtsgeschichte nicht ersetzen.

Erich Döhring legte 1953 mit seiner „Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500“ ein ganz ungewöhnliches und eigenständiges Werk vor. Ob es sich um ein studentisches Lehrbuch oder eher um ein Lesebuch für gebildete Juristen handeln soll, bleibt etwas unklar. Im Zugriff jedenfalls brach Döhring mit vielen Eigentümlichkeiten der Lehrbuchliteratur. Das zeigt sich bereits an der Gliederung. Die überkommene Chronologie mit ihren traditionellen Epochenbezeichnungen ist aufgelöst in mehrere Hauptteile, die u. a. verschiedene juristische Berufe wie Richter und Anwälte beleuchten. Und hier geht es Döhring auch nicht nur um die jeweilige Gesetzeslage, sondern zusätzlich um Fragen wie Ausbildung und Einkommen. Mit der weitgehenden Beschränkung auf die Neuzeit schließt sich das Buch anderen seinerzeitigen Darstellungen an, etwa der „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ von Franz Wieacker (erstmalig 1952) oder der als Fach im Entstehen begriffenen „Verfassungsgeschichte der Neuzeit“. Doch die Ausblendung der älteren Geschichte fordert bei Döhring ihren Preis. Denn wie lehrreich der Vergleich zwischen dem mittelalterlichen und dem neuzeitlichen Prozessrecht sein kann, vermag sein Buch nicht zu zeigen und will dies auch gar nicht. Außerdem haben sich nicht nur zahlreiche Sichtweisen im Laufe eines halben Jahrhunderts geändert. Vor allem hat sich unsere Kenntnis der neuzeitlichen Rechtspflege erheblich verbessert. Dennoch ist Döhrings Werk zu Unrecht in die zweite Reihe getreten. Es handelt sich um einen beherzten und originellen Zugriff, der auch heute noch zahlreiche Einzelheiten vermittelt, die in keinem gängigen Lehrbuch zu finden sind.