

Eva Schumann (Hrsg.)

Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum

Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen



Neue Folge



Band 38

Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum

17. Symposion der Kommission
„Die Funktion des Gesetzes
in Geschichte und Gegenwart“

Herausgegeben von
Eva Schumann

DE GRUYTER
AKADEMIE FORSCHUNG



Vorgestellt von Eva Schumann durch Rundschreiben vom 19. November 2014.

ISBN 978-3-11-041000-6
e-ISBN (PDF) 978-3-11-041655-8
e-ISBN (EPUB) 978-3-11-041665-7
ISSN 0930-4304

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

A CIP catalog record for this book has been applied for at the Library of Congress.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2015 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Satz: Michael Peschke, Berlin
Druck und Bindung: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
♻ Gedruckt auf säurefreiem Papier
Printed in Germany

www.degruyter.com

Inhalt

Vorwort der Herausgeberin — VII

Peter Oestmann

Gemeines Recht und Rechtseinheit

Zum Umgang mit Rechtszersplitterung und Rechtsvielfalt in Mittelalter und Neuzeit — 1

Diskussion — 51

Christian Starck

Völkerrecht, Unionsrecht und nationales Verfassungsrecht — 65

Diskussion — 81

Matthias Ruffert

Rechtserzeugung und Rechtsdurchsetzung im Europäischen Rechtsraum — 95

Diskussion — 119

Christoph Grabenwarter

Konkurrenz und Kooperation zwischen dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, dem Europäischen Gerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht — 129

Diskussion — 155

Eva Schumann

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das deutsche Familien- und Erbrecht — 163

Diskussion — 213

Eva-Maria Kieninger

Rechtstechniken zur Etablierung eines Europäischen Privatrechts — 221

Diskussion — 249

Abschlussdiskussion — 259

Teilnehmer des Symposions — 267

Register — 269

Vorwort der Herausgeberin

Mit dem vorliegenden Band werden die Ergebnisse des 17. Symposions der Akademie-Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, das am 17. und 18. Januar 2014 unter dem Titel des Tagungsbandes in Göttingen stattgefunden hat, der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Die Kommission, die vor dreißig Jahren im Jahr 1984 gegründet wurde, ist die einzige nur mit Juristen besetzte Forschungskommission in einer Akademie der Wissenschaften bundesweit; seit ihrer Gründung hat sie im Schnitt etwa alle zwei Jahre ein Symposium durchgeführt und die Ergebnisse dieser Veranstaltungen in den Abhandlungen der Akademie veröffentlicht (eine Liste der Publikationen der Kommission findet sich am Ende des Bandes). Von Anfang an sah die Kommission ihre Aufgabe darin, einerseits rechtshistorische, rechtsphilosophische und rechtstheoretische Ansätze mit der Dogmatik zu verbinden und andererseits grundlegende Themen intradisziplinär zu diskutieren. Damit hat sie zentrale Forderungen, die der Wissenschaftsrat in seinen 2012 an die juristischen Fakultäten gerichteten Empfehlungen gestellt hat, bereits Jahrzehnte vorweggenommen.

Diese bewährte Konzeption liegt auch dem 17. Symposium „Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum“ zugrunde. Drei öffentlich-rechtliche Beiträge (STARCK, RUFFERT und GRABENWARTER) werden durch einen Beitrag zur Rechtsvielfalt als historisches Phänomen (OESTMANN) eingeleitet und durch zwei weitere Beiträge ergänzt, die sich jeweils aus zivilrechtlicher Perspektive mit den Schwierigkeiten von Transferprozessen am Beispiel der EGMR-Rechtsprechung (SCHUMANN) einerseits und den praktischen Problemen im Prozess der europäischen Rechtsvereinheitlichung (KIENINGER) andererseits beschäftigen. Auf dieser Grundlage konnten Fragen zur Wechselwirkung und zum Transfer zwischen nationalen Rechtsräumen und überstaatlichen Ebenen einer ausgesprochen fruchtbaren Diskussion zugeführt werden.

PETER OESTMANN spannt in seinem breit angelegten Beitrag „Gemeines Recht und Rechtseinheit – Zum Umgang mit Rechtszersplitterung und Rechtsvielfalt in Mittelalter und Neuzeit“ einen weiten Bogen vom (europäischen) Alten Reich bis hin zum Deutschen Reich am Ende des 19. Jahrhunderts – und zwar unter Einbindung aller Rechtsgebiete sowie der für das Recht verantwortlichen Institutionen, die zunächst stärker in der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung als in der Gesetzgebung zu suchen sind. An einer Fülle von Beispielen kann OESTMANN zeigen, dass „[z]ahlreiche Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Rechtsangleichung zwischen verschiedenen Staaten, mit überstaatlicher Gerichtsvielfalt oder mit dem Transfer von der einen in die andere Rechtsordnung ergeben, [...] gar nicht so modern [sind], wie sie erscheinen mögen“ (S. 1).

Nach dieser umfassenden rechtshistorischen Einführung wird der öffentlich-rechtliche Komplex durch einen Beitrag von CHRISTIAN STARCK eingeleitet. Aus der Perspektive des deutschen Rechts werden hier Grundsatzfragen des Ranges von „Völkerrecht, Unionsrecht und nationale[m] Verfassungsrecht“ behandelt und zu den

Begriffen „Hierarchie“, „Kooperation“ und „Integration“ ins Verhältnis gesetzt. Die Schwierigkeiten im Umgang mit tradierten Kategorien wie „Souveränität“ einerseits und „Übertragung von Kompetenzen“ andererseits vor dem Hintergrund des Integrationsprozesses und der zunehmenden Verselbstständigung überstaatlicher Einrichtungen wurden vor allem in der anschließenden Diskussion hervorgehoben. Daran anknüpfend beschäftigt sich MATTHIAS RUFFERT in seinem Beitrag über „Rechtserzeugung und Rechtsdurchsetzung im Europäischen Rechtsraum“ mit der Komplexität der Strukturen innerhalb der Europäischen Union und den daraus resultierenden Problemen, die nach seinen Ausführungen in der „Pluralität von Rechtserzeugungsakteuren, Administrativrechtsetzung in teilweise hybriden Netzwerkstrukturen auf der Rechtserzeugungsebene, begleitet von einer im unional-mitgliedstaatlichen Verbund deutlich dezentralisierten Rechtsdurchsetzung“ liegen (S. 96). Lösungen für diese Probleme sieht er in einer Emanzipation der Europarechtswissenschaft von dem überkommenen Verständnis von Staatlichkeit und kooperativem Zusammenwirken sowie in einer Orientierung an rechtlichen Grundkategorien wie „Rechtserzeugung“ und „Rechtsdurchsetzung“. Aufgabe der Wissenschaft sei es, Theorie und Dogmatik dieser Kategorien unter Wahrung der „Prinzipien der Demokratie und Gerechtigkeit im Sinne von Rechtsgleichheit“ und der „Grundsätz[e] von Rationalität und Effektivität“ fortzuentwickeln (ebenda). Der letzte öffentlich-rechtliche Beitrag von CHRISTOPH GRABENWARTER („Konkurrenz und Kooperation zwischen dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, dem Europäischen Gerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht“) beschäftigt sich mit dem Verhältnis der drei Gerichtshöfe zueinander innerhalb der europäischen „Grundrechtslandschaft“. Trotz weitgehend einheitlicher materieller Gehalte der Menschen- und Grundrechte in Europa liegt nach GRABENWARTER ein wesentliches Hemmnis für eine gemeinsame oder wenigstens parallele Rechtsprechungsentwicklung in den „höchst unterschiedliche[n] organisatorische[n] und verfahrensrechtliche[n] Rahmenbedingungen“ für die drei Gerichtshöfe (S. 151). In der Diskussion wird zudem auf die Gefahren hingewiesen, die sich daraus ergeben, dass Mechanismen zu einer Abstimmung innerhalb des Rechtsprechungsdreiecks fehlen.

Der Aufnahme der Rechtsprechung des EGMR in das nationale Recht widmet sich der Beitrag „Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das deutsche Familien- und Erbrecht“ (EVA SCHUMANN), in dem zunächst anhand einer Analyse der Rechtsprechungsentwicklung seit den 1950er Jahren gezeigt wird, dass der zunehmende Einfluss auf das deutsche Familienrecht ein neues Phänomen darstellt, das konträr zu den Reformen im Kindschaftsrecht steht und sich daher in erster Linie mit der Neuausrichtung des EGMR im Anschluss an das 11. Zusatzprotokoll von 1998 erklären lässt. Im Mittelpunkt des Beitrags stehen aber die innerstaatlichen Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung nach Feststellung einer konventionswidrigen Rechtslage, die den Gesetzgeber vor große Herausforderungen stellen (insbesondere im Fall einer rückwirkenden Änderung einzelner Regelungen). Der letzte Beitrag von EVA-MARIA KIENINGER („Rechtstechniken zur Etablierung eines Europäischen Pri-

vatrechts“) ist dem „Wie“ der europäischen Privatrechtsvereinheitlichung gewidmet. KIENINGER stellt die bisherigen Instrumente zur Harmonisierung des europäischen Privatrechts ausführlich dar und betrachtet sie überwiegend eher skeptisch. In der anschließenden Diskussion wird vor allem deutlich, dass die Privatrechtsangleichung ein deutlich stärkeres wissenschaftliches Fundament benötigt, als dies bislang der Fall ist. Hierbei handelt es sich um eine zentrale Forderung dieses Symposiums, die auch nochmals in der Abschlussdiskussion erhoben wurde: Es bestand Einigkeit, dass die europäischen „Verselbstständigungsprozesse“ (CHRISTOPH SCHÖNBERGER) einer stärkeren wissenschaftlichen Begleitung bedürfen. Der vorliegende Tagungsband leistet hierzu einen Beitrag.

Göttingen, im Dezember 2014

Peter Oestmann

Gemeines Recht und Rechtseinheit

Zum Umgang mit Rechtszersplitterung und Rechtsvielfalt in Mittelalter und Neuzeit

- I Einleitung
- II Regelungsprobleme und Lösungsmöglichkeiten im ungelehrten mittelalterlichen Recht
- III Rechtsvielfalt als Problem in der Rezeptionszeit
 - 1 Die gemeinrechtliche Rechtsanwendungslehre
 - 2 Frühe Rechtsanwendungsklauseln in Deutschland
- IV Rechtsvielfalt und Wege zur Rechtseinheit in der frühen Neuzeit
 - 1 Reichskammergericht
 - 2 Aktenversendung und Entscheidungsliteratur
 - 3 Einheit und Vielfalt im Strafrecht
 - 4 Die Policeygesetzgebung
- V Rangordnung von Rechtsquellen und Rechtsanwendung im 19. Jahrhundert
 - 1 Ein Beispiel vom Oberappellationsgericht Lübeck
 - 2 Der Bismarck-Fall des Reichsgerichts
- VI Rechtszersplitterung und Rechtsvielfalt im Kodifikationszeitalter
 - 1 Ältere Kodifikationen
 - 2 Das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900
- VII Ergebnis

I Einleitung

Auf einem Symposium, das sich mit Hierarchie, Kooperation und Integration im heutigen europäischen Rechtsraum beschäftigt, mag ein Blick in die Vergangenheit durchaus hilfreich sein. Zahlreiche Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Rechtsangleichung zwischen verschiedenen Staaten, mit überstaatlicher Gerichtsvielfalt oder mit dem Transfer von der einen in die andere Rechtsordnung ergeben, sind gar nicht so modern, wie sie erscheinen mögen. Vor allem das Rangverhältnis zwischen Rechtsquellen ganz unterschiedlicher Herkunft war über lange Zeiten der europäischen Geschichte ein allzu vertrautes Problem. Selbst der Brückenschlag von der Rechtsgeschichte in die aktuelle europäische Vielschichtigkeit ist alles andere als neu. HELMUT COING betonte schon 1985, dass gerade der heutige Jurist seine Erfahrungen mit dem Nebeneinander von Staatsverfassungen, einfachen Gesetzen, Tarifverträgen und allgemeinen Geschäftsbedingungen sammle und dazu das europäische Recht und internationale Verträge berücksichtigen müsse.¹ Das stimmt, und

¹ HELMUT COING, Europäisches Privatrecht. Bd. 1: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), 1985, S. 40.

genau deswegen können sich europäische Juristen in der Gegenwart die vormoderne Buntheit erheblich anschaulicher vorstellen als ihre Vorgänger vor einigen Jahrzehnten, als man noch wie selbstverständlich von einzelstaatlicher Gesetzgebung und von der landeseigenen Kodifikation ausging.²

Wenn die Geschichte Reflexionswissen bereitstellen soll, kann es im Folgenden nur darum gehen, zu zeigen, wie verschiedene historische Epochen es geschafft haben, Rechtsvielfalt, überlappende Gerichtszuständigkeiten, schriftliche und mündliche Überlieferung, private und hoheitliche Normen in den Griff zu bekommen. In einem ganz wichtigen Punkt schert mein Beitrag aber zugleich aus dem Gesamtthema der Akademiekommission „Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ aus. Sowohl das Regelungsproblem, nämlich die Rechtsvielfalt als solche, als auch die historischen Lösungsmöglichkeiten zur Herstellung von Einheit knüpfen nur bedingt an Gesetze an. Die Funktion des Gesetzes darf man historisch in diesem Zusammenhang nicht überschätzen. Gesetze mit Geltungsanspruch, modern gesprochen vielleicht sogar mit kontrafaktischem Geltungsanspruch, sind eine vergleichsweise späte geschichtliche Erscheinung.³ Der Schwerpunkt dieses Überblicksbeitrages wird auf denjenigen Epochen und Rechtsbereichen liegen, in denen die Gesetzgebung eine eher bescheidene Rolle spielte.

Zunächst ist ein Wort zur Terminologie angebracht. Wenn im Folgenden von Rechtsvielfalt die Rede ist, geht es hierbei immer um das gleichzeitige Vorhandensein verschiedener Rechte innerhalb desselben Gebietes. Ausdrücklich nicht gemeint ist also das geographische Nebeneinander einzelner Rechte bis hin zur völligen Rechtszersplitterung. Eine weithin bekannte deutsche Rechts- und Gerichtskarte von 1896 hielt etwa auf einer Landkarte, aber auch in einem äußerst detaillierten Register fest, welche verschiedenen partikularen Rechte in den einzelnen Gerichtsprengeln des deutschen Kaiserreiches gebräuchlich waren.⁴ Durch die Kodifikation des BGB verschwanden alle diese Stadt- und Landrechte. An ihre Stelle trat ein einheitliches Gesetzbuch. Soweit verschiedene Rechte aber lediglich räumlich nebeneinander galten, stellt dies kein ernsthaftes Problem von Rechtsvielfalt dar. Wenn in Preußen das Allgemeine Landrecht einschlägig war, im Rheinland der französische

² Kurze Gegenüberstellung der frühneuzeitlichen Vormoderne mit dem 19. Jahrhundert bei PETER OESTMANN, Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich (Rechtssprechung. Materialien und Studien 18), 2002, S. 682.

³ Zur Formalisierung und kontrafaktischen Stabilität NIKLAS LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 1183), 1. Aufl. 1995, S. 133-134; zur Rezeption in der Geschichtswissenschaft BARBARA STOLLBERG-RILINGER, Die Frühe Neuzeit – Eine Epoche der Formalisierung?, in: Andreas Höfele/Jan-Dirk Müller/Wulf Oesterreicher (Hrsg.), Die Frühe Neuzeit. Revisionen einer Epoche (Pluralisierung und Autorität 40), 2013, S. 3-27 (6).

⁴ DIETHELM KLIPPEL (Hrsg.), Deutsche Rechts- und Gerichtskarte. Mit einem Orientierungsheft neu herausgegeben und mit einer Einleitung versehen, erweiterter Nachdruck 1996 der Ausgabe 1896; dazu PETER OESTMANN, Rechtsvielfalt, in: Nils Jansen/Peter Oestmann (Hrsg.), Gewohnheit. Gebot. Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart: eine Einführung, 2011, S. 99-123 (100-101).

Code Civil, in Bayern der Codex Maximilianeus, dann gab es zwar unterschiedliche Rechte. Aber innerhalb eines fest umrissenen Gebietes stand jederzeit fest, welche Normen anwendbar waren, wenn es um die Lösung rechtlicher Streitigkeiten ging. Viel komplizierter als solche Rechtszersplitterung stellt sich demgegenüber die Situation dar, wenn innerhalb desselben Gebietes mehrere verschiedene Rechte praktische Bedeutung hatten. Bei solchen Überlagerungen stellt sich die Frage, welche Quellen vorrangig vor anderen zu berücksichtigen sind. Wie verschiedene Zeiten derartige Überlappungen bewältigt haben, steht im Mittelpunkt dieses Aufsatzes.

Die Unterscheidung von Rechtsvielfalt und Rechtszersplitterung ist hierbei bewusst überzeichnet. Die räumliche Erstreckung vieler Rechte ist historisch nämlich alles andere als klar, und auch die jeweiligen Gerichtssprengel waren nicht geographisch fest beschrieben. Die gelehrte Statuentheorie, die seit dem Mittelalter die Rechtsvielfalt in den Griff zu bekommen versuchte, schuf zugleich Regeln, die wir heute dem internationalen Privatrecht bzw. dem Kollisionsrecht zuordnen würden.⁵ Die Problemkreise gingen also ineinander über, waren aber nicht deckungsgleich.

II Regelungsprobleme und Lösungsmöglichkeiten im ungelehrten mittelalterlichen Recht

Das ungelehrte Recht löste Fragen der Rechtsvielfalt zumeist durch den Rückgriff auf die persönliche Zugehörigkeit zu einer bestimmten rechtsgewohnheitlichen Ordnung. Diese Tradition weist weit zurück und ist seit den Rechtsaufzeichnungen germanischer Stämme im Frühmittelalter vielfach belegt. Die jeweiligen Rechtsgewohnheiten bezogen sich vor allem auf den eigenen Stamm. Manchmal hatten auch einzelne Teilstämme ihre eigenen Rechtsgewohnheiten.⁶ Diese Gewohnheiten sind in den lateinischen Stammesrechten, den *Leges Barbarorum*, überliefert. Mit Gesetzen hat man es hierbei nicht zu tun.⁷ Auch ist weithin unklar, ob und inwieweit die

⁵ GÜNTER HERRMANN, Johann Nikolaus Hert und die deutsche Statutenlehre (Neue Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen 25), 1963, S. 159-162 (mit der Zusammenfassung zum wichtigsten kollisionsrechtlichen Werk); GÜNTER MERZYN, Der Beitrag Benedikt Carpzovs zur Entwicklung des Kollisionsrechts (Göttinger rechtswissenschaftliche Studien 49), 1963.

⁶ Zum Konzept der Rechtsgewohnheiten GERHARD DILCHER/HEINER LÜCK/REINER SCHULZE/ELMAR WADLE/JÜRGEN WEITZEL/UDO WOLTER, *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter* (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 6), 1992; MARTIN PILCH, *Der Rahmen der Rechtsgewohnheiten. Kritik des Normensystemdenkens entwickelt am Rechtsbegriff der mittelalterlichen Rechtsgeschichte*, 2009; GERD ALTHOFF, *Rechtsgewohnheiten und Spielregeln der Politik im Mittelalter*, in: Nils Jansen/Peter Oestmann (Hrsg.), *Gewohnheit. Gebot. Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart: eine Einführung*, 2011, S. 27-52.

⁷ Die ältere Typologie (Gesetz und Gesetzbuch im Spannungsfeld von Weistum und Rechtsbesse- rung) noch bei WILHELM EBEL, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland* (Göttinger rechtswissenschaftliche Studien 24), 1988 (von FRIEDRICH EBEL erweiterter Nachdruck der 2. Aufl. 1958), S. 30-36.

schriftlichen Quellen in der Rechtspraxis Bedeutung erlangt haben.⁸ Das Selbstverständnis der Aufzeichnungen ist in einem wichtigen Punkt aber eindeutig. Das Stammesrecht betraf jeweils die Stammesangehörigen. Die fränkische *Lex Ribuaria* war das Recht der ribuarischen Franken, die *Lex Salica* das Recht der salischen Franken. Mit dem Herrschaftsgebiet eines Königs oder irgendwelchen geographischen Grenzen oder Gerichtssprengeln hat das wenig zu tun. Etwas anders stellte sich die Lage im friesischen Recht dar. Dort bildete der Fluss Laubach (Lauwers) eine klare Grenze zwischen verschiedenen friesischen Teilrechten. Allerdings handelt es sich eher um eine scheinbare Ausnahme. Denn diesseits und jenseits der Laubach lebten verschiedene Teile des friesischen Stammes, die möglicherweise zu unterschiedlichen Zeiten in das Karolingerreich integriert wurden.⁹ Modern gesprochen folgte das frühmittelalterliche Recht also dem Personalitätsprinzip.¹⁰ Damit war zugleich eine wesentliche Vorentscheidung getroffen: Die romanische Bevölkerung in West- und Mitteleuropa lebte nicht nach den germanischen Stammesrechten, sondern nach ihren eigenen Gewohnheiten, nämlich nach römischem Recht.¹¹ Die Überlieferung ist hier eindeutig. In mehreren germanischen Reichen gab es verschiedene Rechtsaufzeichnungen für die germanische und die romanische Bevölkerung. Neben einer *Lex Visigothorum* stand die *Lex Romana Visigothorum*.¹² Wenn also klar war, wer zu welcher Bevölkerungsgruppe gehörte, ergaben sich aus dem Personalitätsprinzip nur wenige Probleme. Daneben gab es nach der Christianisierung in allen germanischen Reichen kirchliche Strukturen, die dem sich bildenden Kirchenrecht unterstanden. Die weltlichen Rechtsgewohnheiten und das kirchliche Recht bezogen sich aber zunächst wohl

8 HERMANN NEHLSSEN, Aktualität und Effektivität germanischer Rechtsaufzeichnungen, in: Peter Classen (Hrsg.), *Recht und Schrift im Mittelalter* (Vorträge und Forschungen 23), 1977, S. 449-502 (im Inhaltsverzeichnis leicht abweichender Aufsatztitel angegeben).

9 HARALD SIEMS, Studien zur *Lex Frisionum* (Münchener Universitätsschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 42), 1980, S. 9, 173-207; DERS., Art. *Lex Frisionum*, in: Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (= HRG), Bd. 2, 1. Aufl. 1978, Sp. 1916-1922 (1918); GERHARD KÖBLER, Art. Friesisches Recht, in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller (Hrsg.), HRG, Bd. 1, 2. Aufl. 2008, Sp. 1850-1854 (1851-1852); NIKOLAAS EGBERT ALGRA, Grundzüge des friesischen Rechts im Mittelalter, in: Horst Haider Munske u.a. (Hrsg.), *Handbuch des Friesischen/Handbook of Frisian Studies*, 2001, S. 555-570 (555-556).

10 KAROL MODZELEWSKI, *Das barbarische Europa. Zur sozialen Ordnung von Germanen und Slawen im frühen Mittelalter* (Klio in Polen 13), 2011, S. 82-86; klassisch HEINRICH BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 1, 2. Aufl. 1906, S. 382-399.

11 MODZELEWSKI (Anm. 10), S. 86.

12 HERMANN NEHLSSEN, Art. *Lex Romana Burgundionum*, in: Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann (Hrsg.), HRG, Bd. 2, 1. Aufl. 1978, Sp. 1927-1934; HARALD SIEMS, Art. *Lex Romana Visigothorum*, ebd., Sp. 1940-1949; DETLEF LIEBS, Art. *Lex Romana Visigothorum*, in: Johannes Hoops (Begr.), *Reallexikon der Germanischen Altertumskunde*, Bd. 18, 2. Aufl. 2001, S. 323-326; Edition von GUSTAV HÄNEL, *Lex Romana Visigothorum* [...]. *Editio post Sichardum prima*, 1849 (Nachdruck 1962).

auf verschiedene Regelungsgegenstände und bestanden auf diese Weise nebeneinander, ohne dass Probleme der Rechtsvielfalt daraus erwachsen.¹³

Mögliche Konflikte scheint die Praxis sehr pragmatisch gelöst zu haben. Berühmt ist der Bericht des Bischofs GREGOR VON TOURS über die Fehde des SICHAR.¹⁴ In dieser Episode aus dem 6. Jahrhundert ist ein Mörder aufgrund einer Gerichtsverhandlung verpflichtet, ein Wergeld für die Tötung seiner Feinde zu bezahlen. Der Gegner nimmt die Buße aber nicht an und setzt die Gewalttaten seinerseits fort. Daraufhin kommt es zu einer zweiten Verhandlung. Die eigentlich fällige Buße wird auf die Hälfte reduziert, weil der ursprünglich Geschädigte sich geweigert hat, sie anzunehmen. Damit es zur Ausgleichszahlung kommt, stellt die Kirche dem Mörder das Geld als Darlehen zur Verfügung, ein im Frühmittelalter mehrfach belegter Ausweg.¹⁵ GREGOR VON TOURS fügt an seine Erzählung den Kommentar an, dies sei eigentlich gegen die „Gesetze“ gewesen („et hoc contra legis actum“) und nur geschehen, um Frieden zu stiften.¹⁶ Die Bindungswirkung des Stammesrechts war schwach, die Überlagerung durch andere, vor allem kirchliche Vorstellungen von Frieden stellte kein ernsthaftes Hindernis dar.

Viel problematischer scheint in diesen frühmittelalterlichen Reichen der Rechtsstatus stammesfremder germanischer Bevölkerung gewesen zu sein. Diese Personen unterstanden jedenfalls nicht dem Stammesrecht der ansässigen Bevölkerung, sondern folgten dem Recht ihres eigenen Stammes, auch wenn sie außerhalb des hauptsächlichen Siedlungsgebietes lebten. Die ältere rechtshistorische Literatur hat vermutet, Stammesfremde seien nach ursprünglicher Rechtsauffassung völlig recht- und schutzlos gewesen.¹⁷ Das Problem der Rechtsvielfalt hätte man auf diese Weise sehr einfach gelöst, indem man das Recht der Stammesfremden schlichtweg nicht beachtete. Doch diese radikale Sichtweise geben die Quellen nicht her. In den zuhauf erhaltenen Bußenkatalogen besitzen vielmehr auch Stammesfremde durchaus ein eigenes Wergeld. Dieses Wergeld fällt zwar regelmäßig niedriger aus als dasjenige

13 Beispiel Bischofswahl: ANDREAS THIER, *Hierarchie und Autonomie. Regelungstraditionen der Bischofsbestellung in der Geschichte des kirchlichen Wahlrechts bis 1140* (Recht im ersten Jahrtausend 1), 2011; *Herausbildung eines kanonischen Prozessrechts*: MATHIAS SCHMOECKEL, *Die Jugend der Justitia. Archäologie der Gerechtigkeit im Prozessrecht der Patristik*, 2013.

14 GREGOR VON TOURS, *Zehn Bücher Geschichten*, übersetzt und bearbeitet von WILHELM GIESEBRECHT und RUDOLF BUCHNER, Bd. 2, 8. Aufl. 1990, Buch VII Kap. 47, Buch IX Kap. 19, S. 152-157, 256-259; umfassend zur Sihar-Fehde, wenn auch stark wirkungsgeschichtlich, CARSTEN BERNOTH, *Die Fehde des Sihar. Die Geschichte einer Erzählung in der deutschsprachigen und frankophonen rechtshistorischen und historischen Literatur unter besonderer Berücksichtigung der Auseinandersetzungen des 19. Jahrhunderts* (Rheinische Schriften zur Rechtsgeschichte 10), 2008.

15 Weiteres Beispiel bei KARL KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte*. Bd. 1: Bis 1250, 13. Aufl. 2008, S. 102 (Urkunde aus St. Gallen um 813).

16 GREGOR VON TOURS (Anm. 14), S. 156 Zeile 13-14, S. 157 Zeile 16-17.

17 BRUNNER (Anm. 10), S. 399-405; RICHARD SCHRÖDER/EBERHARD FRH. V. KÜNSSBERG, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 7. Aufl. 1932, S. 56, einschränkend für die fränkische Zeit ebd., S. 244 für Reichsfremde (angeblich unter Königsschutz).

der stammeseigenen Bevölkerung.¹⁸ Doch passt diese Differenzierung ins Bild einer Gesellschaft, die den Rechtsstatus ohnehin nach dem Grad der persönlichen Freiheit, nach Alter und Geschlecht mehrfach abstufte. Schwierigkeiten im Umgang mit Rechtsvielfalt zeigen sich an solchen Vorstellungen nicht.

Ausdrücklich belegt sind Diskussionen über verschiedene Rechte dagegen aus dem Reich der Westgoten in Spanien. Die etwa um 654 entstandene *Lex Visigothorum* enthält folgende Regelung:

II 1. 11. Ne excepto talem librum, qualis hic, qui nuper est editus, alterum quisque presumat habere.

Nullus prorsus ex omnibus regni nostri preter hunc librum, qui nuper est editus, adque secundum seriem huius amodo translatus, librum legum pro quocumque negotium iudici offerre peremptet. Quod si presumerit, XXX libros auri fisco persolvat. Iudex quoque, si vetitum librum sibi postea oblatum dirumpere fortasse distulerit, predictae damnationis dispendio subiacebit. Absolut niemand von allen in unserem Reich soll außer diesem Gesetzbuch, das neulich ausgegeben wurde, und genau so wie sein Inhalt übertragen wurde, irgendein Gesetzbuch in irgendeiner Sache dem Richter anzubieten versuchen. Wer sich dies anmaßt, zahle dreißig Goldstücke an den Fiskus. Der Richter aber, wenn er ein solches verbotenes Buch, das ihm zum Zerreißen angeboten wurde, womöglich beiseite schafft, soll der vorbezeichneten Strafe verfallen sein.¹⁹

Die *Lex Visigothorum* stammt aus einem germanischen Reich mit einer vergleichsweise straffen Herrschaft und einem recht hohen Grad an Schriftlichkeit. Das Stammesrecht befiehlt den Richtern, bei ihren Entscheidungen die schriftliche Rechtsaufzeichnung zu beachten und streng dem Inhalt des Stammesrechts zu folgen. Anscheinend kursierten im Westgotenreich aber verschiedene Rechtsaufzeichnungen, die sich deutlich voneinander unterschieden. Aber lediglich auf den ersten Blick ist damit das Problem von Rechtsvielfalt berührt. Offenbar gab es nämlich nicht mehrere konkurrierende Rechte oder unterschiedliche Rechtsmassen, die sich gegenseitig überlagerten und verdrängten. Vielmehr dürften die vom Stammesrecht bekämpften Aufzeichnungen aus undurchsichtigen und unlauteren Quellen gestammt haben.²⁰

18 Überblick bei WOLFGANG SCHILD, Art. Wergeld, in: Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann/Dieter Werkmüller (Hrsg.), HRG, Bd. 5, 1998, Sp. 1268-1271 (1269-1270).

19 *Lex Visigothorum* 2, 1, 11, bei KARL ZEUMER (Hrsg.), *Leges Visigothorum* (Monumenta Germaniae Historica. Leges Nationum Germanicarum 1) 1902, S. 58-59. Die Übersetzung lehnt sich an einen Vorschlag von JOACHIM RÜCKERT an. EUGEN WOHLHAUPTER, *Gesetze der Westgoten* (Germanenrechtliche. Texte und Übersetzungen 11), 1936, S. 36-37, bietet unter 2, 1, 11 eine andere Vorschrift, die bei Zeumer unter 2, 1, 13 verzeichnet ist; aktuellste Literaturübersicht wohl bei ANDREAS KIMMELMANN, *Die Folter im Beweisverfahren der Leges Visigothorum: Chindasvinths Gesetzgebung im Spiegel der westgotischen Rechtsentwicklung* (Rechtshistorische Reihe 409), 2010; CARLOS PETIT, Art. *Leges Visigothorum*, in: Albrecht Cordes/Hans-Peter Haferkamp/Heiner Lück/Dieter Werkmüller (Hrsg.), HRG, 2. Aufl., 19. Lieferung 2014, Sp. 697-704, und in der *Bibliotheca Legum*: <http://www.leges.uni-koeln.de/lex/leges-visigothorum/> (besucht am 07.04.2014).

20 HERMANN NEHLSSEN, *Der Schutz von Rechtsaufzeichnungen gegen Fälscher in den Germanenreichen*, in: *Fälschungen im Mittelalter. Internationaler Kongreß der Monumenta Germaniae Historica*

Entweder kursierten Handschriften des Stammesrechts mit gravierenden Schreibfehlern, oder aber bestimmte Personen hatten auf eigene Faust den Text des Stammesrechts verändert, um sich gegenüber einem Richter damit Rechtsvorteile zu sichern. Die Vielfalt voneinander abweichender Rechtsaufzeichnungen kennzeichnete damit keineswegs die Vielfalt von Rechten, sondern lediglich die geringe Zuverlässigkeit der nicht autorisierten schriftlichen Überlieferung. Wenn die Richter solche abweichenden Rechtshandschriften bei Androhung von Bußen zerreißen sollten, ging es also nicht darum, Vielfalt zu beseitigen und Rechtseinheit durchzusetzen. Vielmehr sollte lediglich die von Anfang an gewollte Eindeutigkeit des Stammesrechts gewahrt und nicht verdunkelt werden.

Möglicherweise wurde das Personalitätsprinzip zunächst in mittelalterlichen Städten überwunden.²¹ Die Städte besaßen ihren vergleichsweise klar abgegrenzten Rechtsraum, der durch königliche oder stadtherrliche Privilegien umschrieben war und danach durch selbstgesetztes Recht näher ausgestaltet wurde. Unabhängig davon, ob jemand das Bürgerrecht besaß oder lediglich sog. Einwohner war, erfasste das Stadtrecht jeden, der dauerhaft in der Stadt lebte.²² Die Rechtsgewohnheiten der umliegenden Gegend spielten innerhalb der Stadtgrenzen kaum eine Rolle. Deutlich erkennbar ist das etwa an der Stadt Lübeck. Mit der Stadtgründung erhielt Lübeck im späten 12. Jahrhundert das Recht der westfälischen Stadt Soest.²³ Im umliegenden Holstein lebte die Bevölkerung dagegen nach sächsischen Rechtsgewohnheiten

München, 16.-19. September 1986. Teil II: Gefälschte Rechtstexte. Der bestrafte Fälscher (*Monumenta Germaniae Historica. Schriften* 33/II), 1988, S. 545-576 (S. 556 zur Quellenstelle und allgemein S. 546-547, 555-563 zum westgotischen Recht); ebenfalls zur Quellenstelle VICTOR CRESCENZI, *Per una semantica del lavoro giuridicamente rilevante in Isidoro da Siviglia, nella Lex Romana Visigothorum, nell'Edictum Theoderici, e nella Lex Visigothorum*, in: *Ravenna capitale. Uno sguardo ad occidente. Romani e Goti, Isidoro di Siviglia*, 2012, S. 217-275 (230-231).

21 Typologisch sehr klar MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, 5. Aufl. (von JOHANNES WINCKELMANN) 1980, S. 752; GERHARD DILCHER, *Die Entstehung der lombardischen Stadtkommune. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung* (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte N.F. 7), 1967, S. 158-160: „örtlich bestimmter Rechtsbereich“.

22 EBERHARD ISENMANN, *Die deutsche Stadt im Mittelalter 1150-1550. Stadtgestalt, Recht, Verfassung, Stadtrecht, Kirche, Gesellschaft, Wirtschaft*, 2012, S. 171; KARL S. BADER/GERHARD DILCHER, *Deutsche Rechtsgeschichte. Land und Stadt – Bürger und Bauer im Alten Europa*, 1999, S. 456-458; Zweifel am einheitlichen Rechtsraum bei VALENTIN GROEBNER, *Zu einigen Parametern der Sichtbarmachung städtischer Ordnungen im späteren Mittelalter*, in: Pierre Monnet/Otto Gerhard Oexle (Hrsg.), *Stadt und Recht im Mittelalter/La ville et le droit au Moyen Âge* (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte 174), 2003, S. 133-151 (134-135); zum Personalitätsprinzip im Landrecht DIETMAR WILLOWEIT, *Zur Frage des Personalitätsprinzips im Sachsenspiegel und in schlesischen Lokationsurkunden des 13. Jahrhunderts*, in: Dietmar Willoweit/Winfried Schich (Hrsg.), *Studien zur Geschichte des sächsisch-magdeburgischen Rechts in Deutschland und Polen* (Rechtshistorische Reihe 10), 1980, S. 94-115; zur Diskussion im gelehrten Recht HERRMANN (Anm. 5), S. 3-6.

23 WILHELM EBEL, *Lübisches Recht. Bd. 1: Entfaltung und Blüte*, 1971, S. 128-135, ERICH HOFFMANN, *Lübeck im Hoch- und Spätmittelalter: Die große Zeit Lübecks*, in: Antjekathrin Graßmann (Hrsg.), *Lübeckische Geschichte*, 4. Aufl. 2008, S. 81-339 (242).

bzw. nach dem Holstenrecht. Mit eigenen Willküren entwickelte der Rat der Stadt das jeweilige Stadtrecht weiter.²⁴ Die Stadt war damit ein eigener Rechtsraum, der sich deutlich vom Umland unterschied. Die Bevölkerung musste in zahlreichen Städten sogar einmal jährlich einen Eid auf das Stadtrecht ablegen. An diesen sog. Schwörtagen oder Burspraken stellte man damit für jedermann sichtbar klar, dass alle Einwohner nach demselben Recht lebten.²⁵ Rechtsvielfalt als Problem entstand dann ebenfalls nicht, weil ein erster Schritt auf dem Weg zum Territorialitätsprinzip der Rechtsgeltung erfolgt war.

Lediglich für Fremde, die sich nur zeitweise in der Stadt aufhielten, gab es Ausnahmen. Für sie bestanden vielerorts eigene Gastgerichte, wenn es sich um Messestädte handelte auch Messegerichte. Doch wie diese Gerichte arbeiteten und wie man die Fremden dort behandeln sollte, legte die Stadt selbst fest.²⁶ Widersprüche oder Anwendungsschwierigkeiten zwischen dem Stadtrecht für die eigene Bevölkerung und dem Fremdenrecht konnte es auf diese Weise nie geben.

Auch mit einem weiteren Problem ging das ungelehrte mittelalterliche Recht sehr pragmatisch um. Die Vielfalt verschiedener Rechtsgewohnheiten oder lokaler Rechte konnte sich leicht als Schwierigkeit herausstellen, wenn streitige Rechtsfälle an einen überregional angesehenen Oberhof oder Schöffenstuhl gelangten. Hierbei handelt es sich um eine typische Erscheinung der spätmittelalterlichen Gerichtsverfassung. Wenn in einer gerichtlichen Streitigkeit die Schöffen vor Ort nicht in der Lage waren, das Recht zu finden bzw. zu erkennen, wandten sie sich regelmäßig hilfeschend an einen Oberhof. Solche Anfragen waren keine Rechtsmittel im modernen Sinne, denn es gab noch gar keine untergerichtliche Entscheidung, gegen die eine Seite hätte vorgehen können. Vielmehr erhofften sich Richter und Urteiler des Ausgangsgerichts besseres Recht vom Oberhof.²⁷ Nach einem schönen Spruch MAX WEBERS hat man es

24 BADER/DILCHER (Anm. 22), S. 613-617; klassisch WILHELM EBEL, Die Willkür. Eine Studie zu den Denkformen des älteren deutschen Rechts (Göttinger rechtswissenschaftliche Studien 6), 1953, S. 46-67.

25 EBEL (Anm. 23), S. 307-317; THEODOR BÜHLER, Rechtsschöpfung und Rechtswahrung an der Schnittstelle zwischen Mündlichkeit und Schriftlichkeit aufgrund von mittelalterlichen Rechtsquellen insbesondere aus Mitteleuropa (Europäische Rechts- und Regionalgeschichte 18), 2012, S. 39, 152-156.

26 BADER/DILCHER (Anm. 22), S. 461-464; ISENMANN (Anm. 22), S. 158-159; CLAUDIA SEIRING, Fremde in der Stadt (1300-1800). Die Rechtsstellung Auswärtiger in mittelalterlichen und neuzeitlichen Quellen der deutschsprachigen Schweiz, 1999 (= Diss. jur. Fribourg 1998), S. 66-75; nur knappe Hinweise bei ANNE DÜNZELMANN, Vom Gaste, den Joden und den Fremden. Zur Ethnographie von Immigration, Rezeption und Exkludierung Fremder am Beispiel der Stadt Bremen vom Mittelalter bis 1848 (Geschichte 37), 2001, S. 84 (Gastrecht), 122-124 (Schutzbürgerschaft); kein Hinweis auf Gastgerichte bei FRANK MEYER, Gefürchtet und bestaunt. Vom Umgang mit Fremden im Mittelalter, 2007, S. 143-157 (dort nur allgemein zu Fremdheit in Städten).

27 Guter allgemeiner Überblick bei JÜRGEN WEITZEL, Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug. Eine Skizze (Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte 15), 1981; DIETER WERKMÜLLER, Art. Oberhof, in: Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann (Hrsg.), HRG, Bd. 3, 1984, Sp. 1134-1146.

hier mit Rechtshonoratioren²⁸ zu tun, die aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung das notwendige Ansehen besaßen und deren Entscheidung genau deshalb von den Beteiligten des Ausgangsgerichts akzeptiert wurde. Die Oberhofsprengele erstreckten sich teilweise über große Entfernungen. Der Ingelheimer Oberhof in der Nähe von Bingen am Rhein urteilte über die Anfragen aus etwa 70 anderen Orten.²⁹ Der Lübecker Oberhof entschied Fälle aus dem Bereich des lübischen Rechts bis hin nach Reval im heutigen Estland.³⁰ Und der Magdeburger Schöffenstuhl galt als Autorität im Bereich des sächsisch-magdeburgischen Stadtrechts bis weit nach Osteuropa hinein.³¹

Daraus konnten leicht Schwierigkeiten mit Rechtspluralismus entstehen. Denn das Ortsrecht des anfragenden Gerichts konnte sich durchaus vom Recht des Oberhofs unterscheiden. Möglicherweise bestanden dort besondere örtliche Gewohnheiten für einzelne Fragen. Und genau jetzt ergaben sich Probleme. Das Ansehen der Oberhofschöffen als rechtspraktisch erfahrene Urteiler beruhte auf ihrem gesammelten Wissen, nicht auf einer universitären Ausbildung. Und ihr Erfahrungswissen fußte selbstverständlich nur auf denjenigen Rechtsgewohnheiten, nach denen sie selbst lebten und an denen sie regelmäßig ihre Entscheidungen ausrichteten. Die Autorität der Schöffen setzte es nahezu zwingend voraus, dass sie Auskunft erteilten über ihr eigenes Recht und nicht über fremde Rechte. Deswegen urteilten die meisten Oberhöfe und Schöffenstühle auf der Grundlage ihres eigenen *ius fori* und beachteten abweichende Gewohnheiten nicht. Falls die anfragenden Gerichte auf ihre Ortsbräuche verwiesen, lehnten es die Oberhofschöffen ab, diese Grundlagen auch nur zu prüfen. Die einschlägigen Wendungen der Magdeburger Schöffen hat JÜRGEN WEITZEL zusammengestellt:

noch der stat Breslaw gewonheytt und wilkor sprechen wir keyn recht nicht; aber was ihr in der gewonheit habt [...], darüber gebührt uns nicht ein recht zu sprechen; uff ewer stat gnode, wilkor und gewonheytt behort uns nicht zu erkennen; uff soliche gewonheytt uns in recht nicht

28 WEBER (Anm. 21), S. 456-467, besonders 461-462.

29 ADALBERT ERLER (Hrsg.), Die älteren Urteile des Ingelheimer Oberhofes, Bd. 4, 1963, S. 55-56 (Aufstellung und Landkarte).

30 TOBIAS KÄMPF, Das Revaler Ratsurteilsbuch. Grundsätze und Regeln des Prozessverfahrens in der frühneuzeitlichen Hansestadt (Quellen und Darstellungen zur hansischen Geschichte N.F. 66), 2013, S. 212-230.

31 Dazu die Schriftenreihe *Ius saxonico-magdeburgense in Oriente*. Das sächsisch-magdeburgische Recht als kulturelles Bindeglied zwischen den Rechtsordnungen Ost- und Mitteleuropas: Bd. 1: ERNST EICHLER/HEINER LÜCK (Hrsg.), Rechts- und Sprachtransfer in Mittel- und Osteuropa. Sachsenspiegel und Magdeburger Recht, 2012; Bd. 2: INGE BILY/WIELAND CARLS/KATALIN GÖNCZI, Sächsisch-magdeburgisches Recht in Polen. Untersuchungen zur Geschichte des Rechts und seiner Sprache, 2011; außerdem HEINER LÜCK/MATTHIAS PUHLE/ANDREAS RANFT (Hrsg.), Grundlagen für ein neues Europa. Das Magdeburger und Lübecker Recht in Spätmittelalter und Früher Neuzeit (Quellen und Forschungen zur Geschichte Sachsen-Anhalts 6), 2009.

geboret zcu erkennen; uns gehoret nicht, uff der stete, der lande und fursthentumer gewonheit in rechten nicht zu erkenne, sunder uff die sache sprechen wir vor recht.³²

Wenn es innerhalb des Oberhofsprengels verschiedene Ortsgewohnheiten gab, nahmen die Magdeburger Schöffen solche Besonderheiten also ausdrücklich gar nicht zur Kenntnis.³³ Sie wussten um die rechtlichen Unterschiede, beachteten sie aber nicht. Für die hier verfolgte Fragestellung nach dem Verhältnis von Rechtsvielfalt und Rechtseinheit ergibt sich daraus ein wichtiger Befund: Die Oberhöfe betrieben der Sache nach Rechtsvereinheitlichung innerhalb ihres Jurisdiktionsgebietes, indem sie auch für Anfragen aus entfernten Gegenden immer ihr eigenes Recht zugrunde legten. Gerade dann also, wenn es zu Streitigkeiten um abweichende Gewohnheiten und rechtliche Gebräuche kam, standen die Chancen schlecht, dass ein Oberhof sie berücksichtigte. Die Oberhofschöffen kannten diese Rechtsgewohnheiten nicht, und eine gelehrte Doktrin, wie man vor Gericht mit fremdem Recht umgehen sollte, war nicht vorhanden.

Es verwundert nicht, dass sich diese konsequente Haltung erst im späten 15. Jahrhundert zu ändern begann. Vom Lübecker Oberhof sind seit 1486 Entscheidungen bekannt, in denen die Ratsherren auch fremde Gewohnheiten ihren Sprüchen zugrunde legten. Zunächst betonten sie jedoch immer, dass die vorgetragenen fremden Rechte auch „na wonheit unde der stadt Lubecke rechte“ bestehen könnten.³⁴ Aus der Perspektive des ungelehrten mittelalterlichen Rechts stellt die Berücksichtigung örtlicher Gewohnheiten also eine besonders späte Erscheinung dar. Höchstwahrscheinlich zeigen sich hier bereits Anlehnungen an die Grundsätze des gelehrten römisch-kanonischen Rechts.³⁵ Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten: Die bewusste Anerkennung von Rechtsvielfalt innerhalb desselben Gebietes und die daraus folgenden Hierarchie- und Anwendungsprobleme waren im ungelehrten einheimischen Recht im Mittelalter kaum vorhanden. Rechtseinheit folgte innerhalb der Oberhofkreise aus dem *ius fori* des Oberhofs selbst.

32 JÜRGEN WEITZEL, Gewohnheiten im lübischen und im sächsisch-magdeburgischen Rechtskreis, in: La Coutume – Custom. Bd. 2: Europe occidentale médiévale et moderne (Recueils de la Société Jean Bodin 52), 1990, S. 325-358 (338).

33 Zu diesem Problemkreis außerdem GERHARD BUCHDA, „Gewohnheiten“ in der Pöbnecker Schöffenpruchsammlung, ZRG GA 78 (1961), S. 64-92; FRIEDRICH EBEL, Statutum und ius fori im deutschen Spätmittelalter, ZRG GA 93 (1976), S. 100-153.

34 WEITZEL (Anm. 32), S. 335; speziell zu Lübeck auch ALBRECHT CORDES, Acceptance and Rejection of ‘Foreign’ Legal Doctrine by the Council of Lubeck Around 1500, in: Serge Dauchy/W. Hamilton Bryson/Matthew C. Mirow (Hrsg.), Ratio decidendi. Guiding Principles of Judicial Decisions. Volume 2: ‘Foreign’ Law (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History 25/2), 2010, S. 17-35.

35 Im Ergebnis ähnlich EBEL (Anm. 33), ZRG GA 93 (1976), S. 143-148, mit dem Hinweis, in der frühesten Zeit sei die Berücksichtigung fremder Statuten wohl noch nicht auf den Einfluss der gelehrten Doktrin zurückzuführen. Die immer stärkere Anlehnung an die rechtsgelehrten Modelle erfolgte aber schon im 15. Jahrhundert.

III Rechtsvielfalt als Problem in der Rezeptionszeit

Unter dem Einfluss des römisch-kanonischen Rechts vollzog sich ein entscheidender Wandel bei der Beurteilung von Rechtsvielfalt und Rechtseinheit.³⁶ Ihrem Anspruch nach waren die beiden großen *Corpora*, also das *Corpus Iuris Civilis* und das *Corpus Iuris Canonici*, Autoritäten, die keine räumlichen Begrenzungen kannten. Sowohl die Inhalte des gelehrten Rechts als auch die damit verbundene Arbeitsweise von Juristen hatten etwas Universales. Ein förmlicher Geltungsanspruch war damit nicht verbunden.³⁷ Aber die inhaltliche Kraft der *ratio scripta* war so groß, dass die gelehrten Juristen in ihrer Arbeit auf diese Quellen zurückgriffen. Vor allem seit dem 12. Jahrhundert gerieten das römische und das kanonische Recht in den Blick von Studenten, die später in ihrer politischen, diplomatischen oder rechtspraktischen Tätigkeit auf dieses Wissen zurückgreifen konnten.³⁸ Neben diesem universalen römisch-kanonischen Recht gab es aber sehr früh in den italienischen Städten schon schriftliche Aufzeichnungen eigener Stadtrechte, zumeist Statuten genannt.³⁹ Wenn jetzt ein universitär ausgebildeter Jurist als Richter in eine italienische Stadt berufen wurde, stellte sich die Frage, nach welchem Recht er auftretende Streitigkeiten entscheiden sollte, nach dem Statutarrecht der jeweiligen Stadt oder nach den Lehren, die er an der Universität kennengelernt hatte. Zwei Punkte verschärfen diese Frage. Die Richter hatten üblicherweise befristete Verträge und zogen nach spätestens einem oder zwei

36 Der Begriff „Rezeption“ wird hier aus Zweckmäßigkeitgründen beibehalten, ohne damit ein Urteil über die Art der Rechtsveränderungen abzugeben. Zur Diskussion um Rezeption, Transfer, Transplant etc. u.a. THOMAS DUVE, Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive, Rg 20 (2012), S. 18-71 (52-55); EVA SCHUMANN, Rechts- und Sprachtransfer am Beispiel der volkssprachigen Praktikerliteratur, in: Andreas Deutsch (Hrsg.), Historische Rechtssprache des Deutschen, 2013, S. 123-174 (158-161).

37 NILS JANSEN, The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective, 2010, S. 21-23, 28-34.

38 Zur mittelalterlichen italienischen Universität HERMANN LANGE, Römisches Recht im Mittelalter. Bd. 1: Die Glossatoren, 1997, S. 35-53; COING (Anm. 1), S. 10-13; zum deutschen Spätmittelalter RAINER C. SCHWINGES, Zur Professionalisierung gelehrter Tätigkeit im deutschen Spätmittelalter, in: Hartmut Boockmann/Ludger Grenzmann/Bernd Moeller/Martin Staehelin (Hrsg.), Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit, II. Teil (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, phil.-hist. Klasse III/239), 2001, S. 473-493.

39 HAGEN KELLER, Die Kodifizierung des Mailänder Gewohnheitsrechts von 1216 in ihrem gesellschaftlich-institutionellen Kontext, in: Atti dell'11° congresso internazionale di studi sull'alto medioevo Milano, 26-30 ottobre 1987, 1989, Bd. 1, S. 145-171 (149); DERS./REINHOLD SCHNEIDER, Rechtsgewohnheit, Satzungsrecht und Kodifikation in der Kommune Mailand vor der Errichtung der Signorie, in: Hagen Keller/Jörg W. Busch (Hrsg.), Statutencodices des 13. Jahrhunderts als Zeugen pragmatischer Schriftlichkeit (Münstersche Mittelalter-Schriften 64), 1991, S. 167-191; DILCHER (Anm. 21), S. 157 (älteste Gesetzgebung 1135); MARIO ASCHERI, Statutory Law of Italian Cities from Middle Ages to Early Modern, in: Gisela Drossbach (Hrsg.), Von der Ordnung zur Norm: Statuten in Mittelalter und Früher Neuzeit, 2010, S. 201-216; Überblick über die Statutarrechte bei ARMIN WOLF, Gesetzgebung in Europa 1100-1500. Zur Entstehung der Territorialstaaten, 2. Aufl. 1996, S. 76-85.

Jahren gleich weiter in eine andere Stadt.⁴⁰ Wie sollten sie sich innerhalb so kurzer Zeit also Kenntnis über die Einzelheiten des Stadtrechts verschaffen? Zum anderen beschränkte sich das universitäre Lehrprogramm auf römisches und kanonisches Recht, auf die beiden *iura*. Das Partikularrecht nahm man an der mittelalterlichen Universität nicht zur Kenntnis. Aber die gelehrten Juristen entwickelten eine Doktrin, wie man vor Ort mit den Fragen von Rechtsvielfalt umgehen sollte.

1 Die gemeinrechtliche Rechtsanwendungslehre

Das Ergebnis war die weithin bekannte Statuentheorie.⁴¹ Auf der Grenzlinie von materiellem Recht und Prozessrecht formulierten die gelehrten Juristen drei Grundsätze, mit denen sie den Rechtspluralismus in den Griff bekommen wollten.⁴² Zunächst sollte das Recht des engeren Rechtskreises dem Recht des weiteren Rechtskreises vorgehen. In der Hierarchie der Rechtsquellen verdrängte also das speziellere Recht das allgemeinere. Das bezog sich nicht auf einzelne Vorschriften innerhalb derselben Rechtsquelle, sondern auf das Rangverhältnis der Quellenmassen als solcher. Immer dann also, wenn es für ein spezielles Problem eine Lösung im Statutarrecht gab, sollte man das Problem nach dem Statutarrecht lösen. Nur bei Lücken im partikularen Recht durfte man auf das allgemeine Recht zurückgreifen. Das römisch-kanonische Recht erschien auf diese Weise als subsidiäre Rechtsquelle und stand in der Normenhierarchie an letzter Stelle. Das genaue Verhältnis zwischen kanonischem und römischem Recht befand sich lange in der Diskussion, besonders in Einzelfragen, die beide Rechte unterschiedlich beantworteten. Da das kanonische Recht einerseits in seiner Entstehung jünger als das römische Recht war, seine praktische mittelalterliche Anwendung zugleich aber der Berücksichtigung des römischen Rechts zeitlich vorausging, gab es verschiedene Spielarten von Bereichslehren und zeitlich gestuften Vorrangverhältnissen.⁴³

40 WOLDEMAR ENGELMANN, Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre, 1938, S. 66-67, 485.

41 Überblick über verschiedene Spielarten der Statuentheorie bei COING (Anm. 1), S. 137-146; epochenüberspannender Überblick bei KNUT WOLFGANG NÖRR, *Iura novit curia: aber auch fremdes Recht? Eine rechtsgeschichtliche Skizze*, in: Serge Dauchy/W. Hamilton Bryson/Matthew C. Mirow (Hrsg.), *Ratio decidendi. Guiding Principles of Judicial Decisions. Volume 2: 'Foreign' Law*, 2010, S. 9-16.

42 Zur Auslegungs- und Rechtsanwendungslehre im späten Mittelalter ENGELMANN (Anm. 40), S. 128-171; WOLFGANG WIEGAND, *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit* (Münchener Universitätsschriften – Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 27), 1977.

43 Genauere moderne Forschung zu den Rechtsanwendungsklauseln und zur Gerichtspraxis in diesem Punkt fehlt weithin; in der Sache sehr pointiert WILLEM J. ZWALVE/BOUDEWIJN SIRKS, *Grundzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte. Einführung und Sachenrecht*, 2012, S. 68: römisches Recht als subsidiäres Recht innerhalb des kanonischen Rechts, eigenständige Bedeutung oft erst nach der Reformation. Zur beschwerlichen mittelalterlichen Diskussion RICHARD H. HELMHOLZ, Ka-

Die materielle Nachrangigkeit des römisch-kanonischen Rechts wurde freilich durch die zweite und dritte Stufe der Rechtsanwendungslehre deutlich abgeschwächt. Der zweite Lehrsatz lautete nämlich, bei der Auslegung des Statutarrechts müsse man versuchen, ein Ergebnis zu erzielen, das möglichst wenig vom römisch-kanonischen Recht abwich: „Statuta sunt stricte interpretanda, ut minime laedant ius commune“. Die sogenannte strikte Interpretation⁴⁴ forderte also ausdrücklich, das partikuläre Recht mit den Methoden des universitären gelehrten Rechts auszulegen. Das ging bis hin zu Inhaltskontrollen. Nach den Lehren der gemeinrechtlichen Juristen durften böse und ungerechte Gewohnheiten und Statutarrechte nicht angewandt werden. Ein frühneuzeitlicher Paradedfall stammte aus Erfurt. Angeblich durfte dort niemand in den Rat aufgenommen werden, der Peter hieß.⁴⁵ Rationabilität, Vernünftigkeit – so nannte man die Eigenschaft, die das Statutarrecht erfüllen musste, um überhaupt beachtlich zu sein.⁴⁶ Dann erst begann die Auslegung. Nach dem theoretischen Ausgangspunkt war das Statutarrecht eine Ausnahme zum allgemeinen römisch-kanonischen Recht. Als Ausnahmeregelungen sollten statutarrechtliche Normen eng verstanden werden, um den Geltungsbereich des universalen Rechts möglichst wenig einzuschränken. Typische Diskussionen bezogen sich auf das Familien- und Erbrecht. Im Ehegüterrecht sowie im Intestaterbrecht unterschieden sich die örtlichen Rechte stark voneinander. Aber, so die gelehrten Juristen, über ihren unmissverständlichen Wortlaut hinaus sollten die partikulären Quellen nicht ausgedehnt werden. Die strikte Interpretation schränkte auf diese Weise die Rechtsvielfalt ein, weil sie den Anwendungsbereich des römisch-kanonischen Rechts ausweitete.

Die dritte Stufe der Statutentheorie bezog sich auf die Situation vor Gericht. Hier nahmen die gelehrten Juristen Rücksicht auf die Ausbildung der universitär geschul-

nonisches Recht und europäische Rechtskultur (dt. Übersetzung von JÖRG MÜLLER), 2013, S. 212-219; für die Sichtweise des weltlichen Rechts und vor allem die spätere Zeit einschlägig ist UDO WOLTER, *Ius canonicum in iure civili*. Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte (Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte 23), 1975, S. 51-52, 123-128, 163-165 (zu Böhmer), 172; unklar CHRISTOPH LINK, *Kirchliche Rechtsgeschichte. Kirche, Staat und Recht in der europäischen Geschichte von den Anfängen bis ins 21. Jahrhundert*, 2. Aufl. 2010, § 6 Rn. 13 (S. 42): im Mittelalter ebenbürtig neben dem römischen Recht, § 13 Rn. 9 (S. 89): nach der Reformation in evangelischen Territorien subsidiär hinter dem römischen Recht.

44 MARIO SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo alla studio della funzione dei giuristi nell'età comunale* (Università di Macerata. Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza. Seconda serie 1), 1969; REINHARD ZIMMERMANN, *Statuta sunt stricte interpretanda? Statutes and the Common Law: A Continental Perspective*, *The Cambridge Law Journal* 56 Nr. 2 (Juli 1997), S. 315-328; HELMHOLZ (Anm. 43), S. 22; weitere Nachweise bei OESTMANN, *Rechtsvielfalt vor Gericht* (Anm. 2), S. 7.

45 WOLFGANG WIEGAND, *Die privatrechtlichen Rechtsquellen des Usus modernus*, in: Dieter Simon (Hrsg.), *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages (Ius Commune. Sonderheft 30)*, 1987, S. 237-252 (241).

46 Am Beispiel der *Consuetudines* WINFRIED TRUSEN, *Römisches und partikuläres Recht in der Rezeptionszeit*, in: ders., *Gelehrtes Recht im Mittelalter und in der frühen Neuzeit* (*Bibliotheca Eruditorum* 23), 1997, S. 97-120 (116) = 737*-760* (756*).

ten Richter. Diese konnten den genauen Inhalt des Partikularrechts zwar zufällig wissen, besaßen zumeist aber keine genaueren Kenntnisse darüber. Und deshalb sagte man, es gehöre zu den Aufgaben der Parteien, das Gericht über die Existenz und den Inhalt des Statutarrechts zu informieren. Dogmatisch begründete man dies mit dem Hinweis, sowohl das Vorhandensein als auch der jeweilige Gehalt des Statutarrechts seien tatsächliche Fragen, und für die Beibringung von Tatsachen im Zivilprozess seien die Parteien verantwortlich. „Statuta sunt facti“ und „consuetudo est facti“ wurden zu den Merksätzen der gelehrten Doktrin. Diese Beibringungsobliegenheit, zeitgenössisch oft als Allegation bezeichnet, verknüpfte man mit einer Beweisregel. Danach sollte das Gericht grundsätzlich das universale römisch-kanonische Recht seinen Entscheidungen zugrundelegen, soweit nicht eine Partei ein abweichendes Statutarrecht vorgetragen und bewiesen hatte. Diese Anwendungsvermutung nannte man seit dem 17. Jahrhundert *fundata intentio*, doch der Sache nach gab es diese Auffassung bereits seit mindestens dem 13./14. Jahrhundert.⁴⁷ Die Vermutungsregel zugunsten des römisch-kanonischen Rechts besagte also, dass der Richter von Amts wegen nur das gelehrte Recht kennen musste. Wer sich auf abweichende Quellen berief, ging ein Beweisrisiko ein. Es gab in partikularrechtlichen Fragen damit ein *onus probandi*, eine Beweislast zum Nachteil desjenigen, der abweichende regionale Rechtsquellen anführen wollte. Falls es nämlich um Existenz und Inhalt dieser Normen Streit gab und er seine Ansicht nicht erhärten konnte, griff das Gericht ohne weiteres auf das römisch-kanonische Recht zurück.

Gerade diese dritte Stufe der Statuentheorie dürfte in der Sache erheblich dazu beigetragen haben, dass trotz der zahlreichen verschiedenen Stadtrechte zunächst in Italien ein auch praktisch wirksames überregionales gemeinsames Recht entstand. In den Feinheiten gab es stets Diskussionen. Falls das spezielle Recht beispielsweise allgemein bekannt war,⁴⁸ falls es im Stadtbuch überliefert war oder sonstwie leicht zugänglich erschien, galt es als *ius commune in loco* und unterlag dann nicht den Allegations- und Beweisanforderungen des übrigen Statutarrechts.⁴⁹ Der genaue Inhalt des gemeinen Rechts unterschied sich auf diese Weise von Ort zu Ort, von Region zu Region. Trotzdem scheinen die gemeinrechtliche Rechtsquellenhierarchie sowie die Rechtsanwendungslehre stark dazu beigetragen zu haben, die vergleichsweise kleinräumigen mittelalterlichen Rechtskreise aufzubrechen und einen europäischen Rechtsraum zu schaffen. Wesentliche Einzelentscheidungen des Rechts waren weithin gleich, die Prozessmaximen folgten überwiegend den gelehrten Vorbildern

⁴⁷ WOLFGANG WIEGAND, Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel „habere fundatam intentionem“, in: Sten Gagnér/Hans Schlosser/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Festschrift für Hermann Krause, 1975, S. 126-170.

⁴⁸ Einzelheiten zur sog. Notorietät bei MATHIAS SCHMOECKEL, „Excessus notorius examinatione non indiget“. Die Entstehung der Lehre von der Notorietät, *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 14 (2003), S. 155-188.

⁴⁹ WIEGAND (Anm. 42), S. 151, 153; OESTMANN, Rechtsvielfalt vor Gericht (Anm. 2), S. 9, 15.

des gemeinrechtlichen Prozesses,⁵⁰ und vor allem konnten die Werke der lateinischen, auch der praktisch ausgerichteten Literatur einen europäischen Diskussionsraum eröffnen, der durch partikuläre Zersplitterung kaum beeinträchtigt war. Gesetzgebung war für all dies nicht erforderlich.

2 Frühe Rechtsanwendungsklauseln in Deutschland

Wendet man von hier aus den Blick auf das Heilige Römische Reich Deutscher Nation, hat man es mit zeitlichen Verschiebungen zu tun, steht aber weithin vor ähnlichen oder denselben Befunden. Schon die Glosse zum Sachsenspiegel von JOHANN VON BUCH aus der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts stellte das besondere Recht der Sachsen dem Kaiserrecht gegenüber.⁵¹ Mit diesem Titel bezeichnete man damals das römisch-kanonische Recht.⁵² In einer Zeit, in der die Magdeburger Schöffen sich noch weigerten, abweichende Gewohnheiten aus dem magdeburgisch-sächsischen Rechtskreis bei ihren Entscheidungen überhaupt zur Kenntnis zu nehmen, war sich JOHANN VON BUCH über das gleichzeitige Nebeneinander des sächsischen und des römisch-kanonischen Rechts durchaus im Klaren.

Ganz wie in den italienischen Vorbildern entstanden jetzt nördlich der Alpen ebenfalls Rechtsaufzeichnungen in Städten und später in Territorien, die sich an die gelehrte Statuentheorie anlehnten. Eines der frühesten Beispiele stammt aus Lüneburg von 1401:

Dat me tovern sik holden scal an dit ieghenwardighe buk und an de Stad priuilegia. Dar de to schedinge welker sake wes drepet wol, dat der utschrifte hir nicht in geschreuen weren, und wes me in dessem boke edder in den priuilegien nicht en vind, dar willet de Rat vnd borghere in allen saken vnd schelingen na desser tyd sik mer richten an mene sassech lantrecht. Vnde wes me dar nicht ane vind, dar schal me sik denne in den stucken richten vnd holden an dat keyserrecht. Vnd wes me dar uort nicht ane vind, dar scal me sik holden an dat gheistlike recht. Welke sake ok uor desser tyd wanner to lüneborgh gherichtet sint, der me sik enkede uordenket, vnd de me

⁵⁰ Umfassend zu den mittelalterlichen gelehrten Wurzeln WIESŁAW LITEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozeß nach den älteren ordines iudicarii*, 2 Bände, 1999; KNUT WOLFGANG NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus*, 2012.

⁵¹ FRANK MICHAEL KAUFMANN (Hrsg.), *Glossen zum Sachsenspiegel-Landrecht. Buch'sche Glosse* (Monumenta Germaniae Historica. Fontes iuris Germanici antiqui nova series VII), 2002, 3 Bände; Buch 1 cap. 61 [= I 62 § 7], S. 448, Buch 3 cap. 62 [= III 69 § 3], S. 1390-1391; auch bei JULIUS WILHELM PLANCK, *Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. Nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen*, Bd. 1, 1879, S. 88.

⁵² HERMANN KRAUSE, *Kaiserrecht und Rezeption* (Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse 1952/1), 1952, S. 94-95; BERND KANNOWSKI, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts durch die Buch'sche Glosse* (Monumenta Germaniae Historica. Schriften 56), 2007, S. 197-201; HIRAM KÜMPER, *Sachsenrecht. Studien zur Geschichte des sächsischen Landrechts im Mittelalter und früher Neuzeit* (Schriften zur Rechtsgeschichte 142), 2009, S. 216, 267 (Nikolaus Wurm).

bewisen magh, dat de mit rechte scheden sint, wanner denne na desser tyd der saken ghelyk mer vallen, so scal me sodane saken na dem rechte vordan scheden.⁵³

Dieser oft erwähnte Ratsbeschluss leitete das Lüneburger Stadtrecht ein.⁵⁴ Die Rechtsvielfalt, also das gleichzeitige Nebeneinander ganz verschiedener Rechte, war dem Rat der Stadt Lüneburg vollkommen präsent. Deswegen gab diese Präambel eine Normenhierarchie vor, nach der das Gericht in der Praxis mit den unterschiedlichen Quellenmassen umgehen sollte. An erster Stelle stand das Stadtbuch, also das 1401 aufgezeichnete Stadtrecht. Danach folgte das Privilegienrecht, also das vom Stadtherren verliehene Stadtrecht.⁵⁵ Bei Lücken sollte man auf das sächsische Landrecht zurückgreifen, also auf den Sachsenspiegel. Obwohl der Sachsenspiegel ursprünglich ländliche Gewohnheiten wiedergeben wollte und gerade kein spezifisches Stadtrecht enthielt, erlangte er schnell auch in den sächsischen Städten gesetzsgleiche Geltung. In Lüneburg gab es schon bald eine Prachthandschrift für den Rat, die ausdrücklich subsidiär herangezogen werden sollte.⁵⁶ Bei Lücken im Sachsenrecht griff

53 Bei WILHELM THEODOR KRAUT (Hrsg.), *Das alte Stadtrecht von Lüneburg*, 1846, S. 2 Zeilen 6-22. Übertragung: Dass man zuvor sich halten soll an dieses gegenwärtige Buch und an die Stadtprivilegien. Falls es bei der Entscheidung einer Sache vorkommt, dass die Vorschrift hierin nicht geschrieben ist und man sie in diesem Buch oder in den Privilegien nicht findet, da wollen Rat und Bürger, dass man sich in allen Sachen und Streitigkeiten ab dieser Zeit richtet nach dem sächsischen Landrecht. Wenn man darin nichts findet, dann soll man sich in diesen Sachen richten und halten an das Kaiserrecht. Und wenn man weiterhin da nichts findet, dann soll man sich halten an das geistliche Recht. Welche Sachen auch vor dieser Zeit irgendwann zu Lüneburg gerichtet sind, soweit man sich irgendwie daran erinnert und man die beweisen mag, dass sie mit Recht entschieden sind, wenn dann ab dieser Zeit gleichartige Sachen nochmals vorkommen, so soll man solche Sachen nach dem früheren Recht entscheiden.

54 Erwähnt bei OTTO STOBBE, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, 2 Bände, 1860/64, Bd. 1, S. 652, Bd. 2, S. 326; TRUSEN (Anm. 46), S. 102 = 742*; KLAUS LUTIG, *Universales Recht und partikulares Recht in den „Meditationes ad pandectas“ von Augustin Leyser*, in: ders., *Römisches Recht. Naturrecht. Nationales Recht (Bibliotheca Eruditorum 22)*, 1998, S. 27-48 (30-31) = S. 109*-130* (112*-113*); FRIEDRICH EBEL, *Wirkungen des Lüneburger Stadtrechts von 1401*, in: ders., *Unseren fruntlichen grus zuvor. Deutsches Recht des Mittelalters im mittel und osteuropäischen Raum. Kleine Schriften*, hrsg. von Andreas Fijal, Hans-Jörg Leuchte und Hans-Jochen Schiewer, 2004, S. 351-358 (351 mit weiteren Belegen in Fn. 3); KARL KROESCHELL, *recht unde unrecht der sassen. Rechtsgeschichte Niedersachsens*, 2005, S. 174-175; KERSTIN SEIDEL, *Vorzeigen und nachschlagen. Zur Medialität und Materialität mittelalterlicher Rechtsbücher, Frühmittelalterliche Studien 42* (2009), S. 307-328 (307 mit weiteren Belegen in Fn. 2).

55 Hinweis auf lüneburgische Privilegien bei BERNHARD DIESTELKAMP, *Die Städteprivilegien Herzog Ottos des Kindes, ersten Herzogs von Braunschweig-Lüneburg (1204-1252) (Quellen und Darstellungen zur Geschichte Niedersachsens 59)*, 1961, S. 138-161.

56 ECKHARD FREISE, *Sachsenspiegel des Lüneburger Rates*, in: Egbert Koolman/Ewald Gäßler/Friedrich Scheele (Hrsg.), *der sassen speyghel. Sachsenspiegel – Recht – Alltag. Beiträge und Katalog zu den Ausstellungen „Bilderhandschriften des Sachsenspiegels – Niederdeutsche Sachsenspiegel“ und „Nun vernehmet in Land und Stadt – Oldenburg. Sachsenspiegel. Stadtrecht“ (Veröffentlichungen des Stadtmuseums Oldenburg 21)*, 2 Bände, 1995, Bd. 1, S. 447-449 (mit Abbildung und Literatur);

sodann das Kaiserrecht ein, abweichend von der üblichen gelehrten Doktrin sogar noch vor dem kanonischen Recht.⁵⁷ Aber das gemeinrechtliche Prinzip war hier sehr klar erkennbar. Das jeweils speziellere Recht verdrängte das nachrangige allgemeinere Recht. Stadtrecht vor Landrecht, Landrecht vor römisch-kanonischem Recht.⁵⁸ Auf diese Weise versuchte der Lüneburger Rat die mindestens fünf Quellenschichten zu ordnen. Am Ende des wiedergegebenen Ratsbeschlusses tauchten darüber hinaus ältere Gewohnheiten oder frühere Entscheidungen auf, die bei zukünftigen Fällen ebenfalls die Richtschnur bilden sollten.⁵⁹ In welchem Verhältnis sie zu den übrigen Rechtsmassen stehen sollten, sagte der Lüneburger Rat nicht. Dafür geht es an dieser Stelle ausdrücklich um das aus dem gemeinen Recht bekannte Beweiserfordernis.⁶⁰

IV Rechtsvielfalt und Wege zur Rechtseinheit in der frühen Neuzeit

Rechtsanwendungsklauseln wie diejenige aus Lüneburg von 1401 setzten sich nach und nach in den wichtigsten Gerichts- und Prozessordnungen durch und bestimmten das normative Bild bis weit ins 19. Jahrhundert hinein. Die Regelungen waren hierbei keineswegs einheitlich. In den Feinheiten gab es bemerkenswerte Unterschiede. Sie betrafen hauptsächlich die Frage, ob die Auslegungs- und Beweisregeln zugunsten des römisch-kanonischen Rechts das einheimische bzw. partikulare Recht schwächten und zurückdrängten oder ob es nicht auch in einem gelehrrechtlichen Umfeld möglich war, den Eigenwert regionaler Rechtsordnungen zu bewahren. Die normativen Quellen zeigen diese Unterschiede durchaus, wenn man sie genau liest und miteinander vergleicht.⁶¹

ERIKA SINAUER, Eine Lüneburger Sachsenspiegelhandschrift, ZRG GA 45 (1925), S. 408-413. Die erste Anwendung des Sachsenspiegels in Lüneburg ist aber wohl erst für 1411 belegt, dazu SEIDEL (Anm. 54), Frühmittelalterliche Studien 42 (2009), S. 319.

57 Zu diesem Befund schweigt STOBBE, Bd. 2 (Anm. 54), S. 326. TRUSEN (Anm. 46), S. 102 = 742* erwähnt kurz die Reihenfolge, geht aber nicht genauer darauf ein. KROESCHELL (Anm. 54), S. 174 meint, die Reihenfolge entspreche „genau der gemeinrechtlichen Lehre“, aber genau das ist ungewiss.

58 Das neuzeitliche Lüneburger Stadtrecht verwies dann nur noch pauschal auf die gemeinen beschriebenen Rechte: CHRISTIAN GOTTLIEB RICCIUS, Zuverlässiger Entwurf von Stadt-Gesetzen oder Statutis vornehmlich der Land-Städte, 1740, S. 157; STOBBE, Bd. 2 (Anm. 54), S. 328.

59 Darauf weist ausdrücklich EBEL (Anm. 54), S. 352 hin.

60 Etwas ungenau LUIG (Anm. 54), S. 31 = 113*, der lediglich betont, für das Stadtrechtbuch selbst habe die *ex-officio*-Anwendung gegolten.

61 Beispiele bei FRANK L. SCHÄFER, Juristische Germanistik. Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht (Juristische Abhandlungen 51), 2008, S. 241-248.

1 Reichskammergericht

Sowohl in der zeitgenössischen Diskussion als auch in der modernen rechtshistorischen Literatur spielen die Rechtsanwendungsvorschriften der Reichskammergerichtsordnungen eine besonders hervorgehobene Rolle. Schon die erste Reichskammergerichtsordnung von 1495 enthielt eine ausdrückliche Übernahme der gemeinrechtlichen Statuentheorie.⁶² Die umfangreichste und langlebigste Kammergerichtsordnung stammte sodann von 1555. Sie erlegte den richterlichen Mitgliedern des obersten Reichsgerichts, den Assessoren, folgende Amtspflicht auf:

Die beisitzer des cammergerichts sollen in keiner sach, sie sey als gering als sie immer wölle, allein auf ihr gutbedüncken oder eines jeden erwegen, billigkeit oder eygen fürgenomen und nicht dem rechten gemeiß informierten gewissen, sonder auf des reichß gemeine recht, abschied und den jetztbewilligten und auf diesem reychßtage aufgerichteten frieden in religion- und andern sachen, auch handhabung des friedens und erbare ländische ordnungen, statuten und redliche, erbare gewohnheiten der fürstenthumben, herrschaften und gericht (die für sie gebracht werden), wie solichs von alter jederzeyt cammerrichter und beysitzern auferlegt und gehalten worden ist, nach vermög und außweisung ires eydts, wie der hieunden gesetzzt, urtheil fassen und außsprechen.⁶³

Diese Formulierung bezog sich auf das „ampt im rhat“, also auf die Tätigkeit bei der richterlichen Rechtsanwendung. Ganz ähnlich lauteten aber die Eidesformeln sowohl des Kammerrichters als auch der Beisitzer.⁶⁴ In der Gerichtsordnung waren die unterschiedlichen Quellen aufgezählt, die für das Gericht maßgeblich sein sollten. Im Gegensatz zu der überkommenen Lehre vom Vorrang des kleineren Rechtskreises ordnete die Reichskammergerichtsordnung die verschiedenen Rechtsmassen in umgekehrter Reihenfolge. Die Aufzählung begann mit den gemeinen Rechten des Reiches, also mit dem römischen und kanonischen Recht. Sodann ging es um die Reichsabschiede, so hießen damals die förmlichen Reichsgesetze. Besonders erwähnt war der Augsburger Religionsfriede von 1555, der zusammen mit der Reichskammergerichtsordnung beschlossen wurde. Danach kamen die Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten der einzelnen Territorien bis hin zu kleinen Herrschaften und einzelnen Gerichten. Im Einklang mit der gelehrten Tradition sollten diese Regeln „erbar“ sein, soweit es sich um Gewohnheiten handelte sogar redlich und ehrbar. Die Inhaltskontrolle am Maßstab des überregionalen gemeinen Rechts war also wörtlich in der Gerichtsordnung enthalten. Nachgeschoben findet sich in Klammern der Hinweis „die für sie gebracht werden“. Man hat diesen Halbsatz regelmäßig als Anspielung

⁶² RKG 1495 § 3, bei: KARL ZEUMER (Bearb.), Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit, 2. Aufl. 1913, S. 285; dazu WIEGAND (Anm. 42), S. 163; OESTMANN, Rechtsvielfalt vor Gericht (Anm. 2), S. 53.

⁶³ RKG 1555 Teil 1, Titel XIII § 1, bei: ADOLF LAUFS (Hrsg.), Die Reichskammergerichtsordnung von 1555 (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 3), 1976, S. 93.

⁶⁴ RKG 1555 Teil 1, Titel LVI, bei: LAUFS (Anm. 63), S. 151.

auf die gemeinrechtliche Allegations- und Beweispflicht für Partikularrecht angesehen.⁶⁵ Die Reihenfolge der Rechtsquellen, wie sie in der Reichskammergerichtsordnung von 1555 erscheint, entspräche dann dem Anwendungsverhältnis, wie es aus der *fundata-intentio*-Theorie folgte.

Bereits im Bereich der Normengeschichte war das Bild aber viel bunter, als es die ältere Literatur annahm. Die Reichskammergerichtsordnung von 1555 blieb zwar bis zum Ende des Alten Reiches die letzte förmliche und umfassende Gerichtsordnung. Allerdings gab es im Rahmen des Jüngsten Reichsabschiedes von 1654 zahlreiche Neuerungen. Von der scheinbaren Geschwätzigkeit der frühneuzeitlichen Kanzleisprache darf man sich nicht täuschen lassen. Die Quellen aus der Entstehungszeit belegen eindeutig, mit welcher Leidenschaft die Beteiligten im Vorfeld um einzelne Formulierungen und Regelungen stritten.⁶⁶ In der Tat erhielt auch die Rechtsanwendungsklausel 1654 ein neues Aussehen. Sie lautete nun folgendermaßen:

Benebens sollen Cammer-Richter, Präsidenten und Beysitzere bei Administration der heylsamen Justitz so wohl die Statuta und Gewohnheiten als die Reichs-Abschiede und gemeine Rechten vor Augen haben und wohl beobachten und sich in den Schrancken der Cammer-Gerichts-Ordnung halten, daraus nicht schreiten [...].⁶⁷

Die Rechtsanwendungsklausel des Jüngsten Reichsabschiedes enthielt zwar den ausdrücklichen Verweis auf die Kammergerichtsordnung von 1555, dennoch fallen auf den ersten Blick die erheblichen Unterschiede ins Auge. Die Reihenfolge der anzuwendenden Rechtsquellen war nunmehr in genau entgegengesetzter Weise formuliert. An erster Stelle standen jetzt die Statuten und Gewohnheiten, also die bewusst gesetzten sowie die durch praktische Übung entstandenen Rechtssätze. Dann folgten die Reichsabschiede, und erst zuletzt erwähnte die Quelle die gemeinen Rechte, abermals im Plural. Der Hinweis „die vor sie gebracht werden“ fehlte an dieser Stelle.⁶⁸

Für die Frage nach dem Verhältnis von Rechtsvielfalt und Rechtsharmonisierung folgen hieraus mehrere Antworten. Das gleichzeitige Miteinander, teilweise auch Gegeneinander sich gegenseitig überlappender Rechtsmassen war für die frühneuzeitlichen Gesetzgeber, aber auch für die praktischen Juristen eine schlichte Tatsache, die man zur Kenntnis nehmen musste. Um halbwegs Rechtssicherheit zu gewährleisten

⁶⁵ WIEGAND (Anm. 42), S. 162-180.

⁶⁶ Zeitgenössische Quellen bei JOHANN GOTTFRIED VON MEIERN, *Acta Comititalia Ratisbonensia publica de MDCLIII. et MDCLIV. Oder Regenspurgische Reichstags-Handlungen von den Jahren 1653. und 1654.*, 2. Teil, 1740; zur Reform allgemein: HEIDE-MARIE GÖTTE, *Der Jüngste Reichsabschied und die Reform des Reichskammergerichts*, Diss. phil. München 1998. Sowohl bei MEIERN als auch bei GÖTTE taucht die Reform von § 105 JRA allerdings nicht auf.

⁶⁷ JRA § 105, bei: ARNO BUSCHMANN (Hrsg.), *Kaiser und Reich. Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation vom Beginn des 12. Jahrhunderts bis zum Jahre 1806 in Dokumenten. Teil II: Vom Westfälischen Frieden 1648 bis zum Ende des Reiches im Jahre 1806*, 2. Aufl. 1994, S. 226. Eine befriedigende moderne Edition der Quelle gibt es leider nicht.

⁶⁸ OESTMANN, *Rechtsvielfalt vor Gericht* (Anm. 2), S. 447-450.

ten, waren Regeln erforderlich, in welchem Verhältnis diese Rechtsschichten zueinander standen. Und genau in diesem Punkt konnte es verschiedene Lösungen geben. Der Frankfurter Partikularrechtler JOHANN PHILIPP ORTH meinte in den 1730er Jahren, also etwa 80 Jahre später, durch den Jüngsten Reichsabschied sei das Reichskammergericht verpflichtet, bei seiner Rechtsprechung vorrangig auf die Gewohnheiten und Statuten zu sehen und erst danach auf das gemeine Recht zurückzugreifen.⁶⁹ Für die prinzipielle Betrachtung mögen solche Unterschiede gleichgültig sein: Die Zeit löste Fragen der Rechtsvielfalt durch richterliche Anwendungsregeln. Aber in den sachlichen Ergebnissen konnte sich je nach spezieller Rechtsanwendungsklausel das praktizierte Recht gravierend verändern. Einmal setzte sich die Schwerkraft des römisch-kanonischen Rechts durch und ebnete die partikularen Unterschiede weitgehend ein. Ein andermal nahm man das partikulare Recht zur Richtschnur und orientierte die Rechtsprechung an solchen kleinräumigen Rechtsquellen.

Am Reichskammergericht gab es in der Tat zahlreiche Hinweise, dass die Bedeutung des Partikularrechts höher war, als es die streng romanistische Rechtsanwendungsklausel von 1555 glauben lässt. In mehreren Regelungen für die Qualifikation der Assessoren forderte man praktische Erfahrungen in der regionalen Gerichtsbarkeit. Die Quellen betonen ausdrücklich, auf diese Weise wolle man die Kenntnis der territorialen Rechte gewährleisten.⁷⁰ Andererseits bestanden Verpflichtungen der territorialen Gesetzgeber, ihre Normsetzungen bzw. verschriftlichten Rechtsgewohnheiten förmlich bei den Reichsgerichten einzureichen. Man sprach hier von der Insinuation des Partikularrechts.⁷¹ Offenbar schwächte sich das aus dem mittelalterlichen gelehrten Recht bekannte Allegations- und Beweiserfordernis immer stärker ab. Wenn die Assessoren regionale Rechtsquellen kannten, sollten sie diese ohne weiteres bei ihrer richterlichen Tätigkeit berücksichtigen. Darauf deuten auch mehrere Gemeine Bescheide hin, die das Reichskammergericht in seiner Wetzlarer Zeit erließ. Schon im 17. Jahrhundert hatte das Gericht in Speyer eine umfangreiche Sammlung partikulärer Rechtsquellen besessen. Nach der Zerstörung von Speyer durch die Franzosen und der Übersiedlung nach Wetzlar war dieser Bestand vernichtet bzw. unzugänglich. Jetzt forderte das Gericht die Anwälte auf, sich bei ihren reichsständischen Auftraggebern dafür einzusetzen, gedruckte Exemplare des Partikularrechts bei Gericht einzureichen. Die erste Aufforderung erging 1692:

Es wird des Kayserlichen Cammergerichts sämbtlichen Advocaten und Procuratoren hiemit anbefohlen, daß sie von denjenigen Reichsständen wie auch Reichsritterschafften, denen sie bedienet, habenden Statuten, Land- und Stadtgerichts, auch anderen Ordnungen, Reformationen,

⁶⁹ JOHANN PHILIPP ORTH, Nöthig und nützlich erachtete Anmerckungen über die so genante erneuerte Reformation der Stadt Frankfurt am Main (mit 4 Fortsetzungen und einem Zusatzband), 1731/75, IV. Fortsetzung, S. 110-111; OESTMANN, Rechtsvielfalt vor Gericht (Anm. 2), S. 449.

⁷⁰ OESTMANN, Rechtsvielfalt vor Gericht (Anm. 2), S. 441-444.

⁷¹ Kurzer Hinweis auch bei WOLFGANG SELLERT, Art. Insinuation, in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller (Hrsg.), HRG, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, Sp. 1256-1259 (1257).