

# Rechtsfindung und Rechtsbelehrung im deutschen Südwesten

*Von Clausdieter Schott*

Das ältere deutsche Rechtsdenken begreift sich als vollkommene und unabänderliche Ordnung<sup>1</sup>. Geschriebene Gesetze wie die Spiegel des Mittelalters sind keine Rechtsschöpfungen, sondern Rechtsdarstellungen. Gleichgültig ist daher auch die Urheberschaft, allein entscheidend sind Rechtskunde und Autorität. Das Recht gründet in einer einheitlichen und überkommenen Überzeugung der Gemeinschaft, vor allem ihrer Vertreter, der Schöffen und Urteiler<sup>2</sup>. Rechtsprechung war daher lediglich Rechtsfindung im Wortsinne. Gerichtsgemeinde oder Schöffenkollegium teilten auf Anfrage ihr Wissen in einem Spruch mit: Urteil und Rechtsbelehrung sind inhaltsgleiche Begriffe<sup>3</sup>. Das Gericht ist allzuständig und vergegenwärtigt das Recht in Weistümern, Streitentscheidungen, Urteilsbestätigungen, Beurkundungen, Fertigungen, Mitteilungen von Maßen und Gewichten und dergleichen mehr. Seine Ansprüche verstehen sich von selbst und bedürfen keiner Begründung.

Wird das Recht aber als feste Gegebenheit empfunden, so muß es von allen Kundigen eindeutig erkannt werden: Die Einstimmigkeit war die Gewähr für eine richtige Rechtsfindung<sup>4</sup>. Überstieg ein Fall das Wissen der Urteiler,

<sup>1</sup> Grundlegend Fritz Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, in: *Historische Zeitschrift* 120 (1919) S. 1 ff., Sonderausgabe der Wissenschaftl. Buchgesellschaft Darmstadt, 1952. Kritisch Karl Kroeschell, *Typen und Erscheinungsformen des Rechts im 12. Jh.*, in: *Protokoll des Konstanzer Arbeitskreises für mittelalterl. Geschichte*, Nr. 141 (1966) S. 24, 40, und K. F. Werner, ebenda S. 34.

<sup>2</sup> Vgl. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 112.

<sup>3</sup> Vgl. Hermann Krause, *Consilio et iudicio*, Bedeutungsbreite und Sinngehalt einer mittelalterl. Formel, in: *Speculum Historiale* (Festschrift Johannes Spörl) (1965) S. 416 ff.

<sup>4</sup> Wolfgang Leiser, *Der gemeine Zivilprozeß in den Badischen Markgrafschaften*, 1961, S. 20 ff. Ferdinand Elsener, *Zur Geschichte des Majoritätsprinzips (pars maior und pars sanior)* insbes. nach schweizerischen Quellen, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abt.* 42 (1956) S. 73 ff. Allerdings kennt der Schwabenspiegel, insoweit vom kanonischen Recht beeinflußt, den Mehrheitsbeschluß (c. 96 § 2, Ausgabe Gengler, 2. Aufl. 1875).

holten sie sich bei einem anderen, erfahreneren Schöffenkollegium, einem sogen. *Oberhof*, Rat und Rechtsbelehrung. Auch bei zwiespältigem Spruch (Mehr- und Minderurteil) wurde eine weitere Rechtsbestätigung bei einem Oberhof eingeholt, da es das Mehrheitsprinzip zunächst nicht gab<sup>5</sup>. *Rechtszug*, *Berufung*, *Widerwurf*, *Schelte*, *Läuterung*, *Rechtsweisung*, *Appellation* usw. sind die mannigfaltigen Formen, in denen man bessere Rechtsbelehrung zu finden hoffte.

Nach dem Schwabenspiegel konnte ein bereits gefundenes Urteil nicht mehr zu Fall gebracht werden. Da jedoch in öffentlicher Gerichtssitzung abgestimmt wurde, hatten die Parteien die Möglichkeit, jede einzelne Schöffenantwort anzufechten. Beim Widerwurf<sup>6</sup> wurde behauptet, der Ausspruch des Urteilers entspreche nicht dem Recht; bei der Schelte<sup>7</sup> warf die Partei dem Schöffen Rechtsbeugung vor. Nach einer solchen Einwendung wurde das Verfahren unterbrochen, und das Gericht holte von auswärts eine Entscheidung ein, bei welcher der Widerwerfer nicht aber der Schelther, mitstimmen durfte. Der Rechtszug in der Form der Schelte und des Widerwurfs machten jedoch mehr und mehr dem Informationszug<sup>8</sup>, der eigentlichen Rechtsbelehrung, und dem Zug zur Herbeiführung eines einstimmigen Urteils Platz. Der Wahrung objektiven Rechts diene auch die Läuterung<sup>9</sup>, bei der das sprechende Gericht auf Antrag einer Partei selbst sein Urteil nochmals erläuterte und oft auch erweiterte oder gar änderte. Einer anderen Rechtsvorstellung, nämlich der Durchsetzung des subjektiven Anspruchs, entstammt die Appellation<sup>10</sup>, die aus dem kanonischen und weltlichen italienischen Prozeß allmählich in

<sup>5</sup> Johanna Bastian, *Der Freiburger Oberhof*, 1934. Hans Jänichen, *Der Rechtszug im Spätmittelalter am Oberen Neckar und im pfalzgräfllich-tübingerischen Bereich*, in: *Ztschr. f. Württ. Landesgeschichte* 15 (1956) S. 214 ff. Wolfgang Leiser a. a. O., S. 19 ff. Ferdinand Elsener a. a. O., S. 80 ff. Ein bemerkenswertes Beispiel eines gezweiten Urteils findet sich in Heinrich Wittenwilers „Ring“ (um 1400), wo Familienratsszenen in der Form eines Rechtsgangs geschildert werden. Dort wird der Konflikt durch ein Schiedsurteil gelöst. Hintergrund der Dichtung ist der Raum Konstanz/Toggenburg. Vgl. Elmar Mittler, *Das Recht in Heinrich Wittenwilers „Ring“*, 1967, S. 34 ff.

<sup>6</sup> c. 95. Beispiel in einem St. Blasianischen Weistum von 1388, Grimm, *Weistümer IV*, S. 487 ff.

<sup>7</sup> c. 96 § 3.

<sup>8</sup> Bastian S. 17; Leiser S. 21; Hasso Prah, *Die Stadt Markdorf im Linzgau*, 1963, S. 106; Jörg Leist, *Reichsstadt Rottweil*, 1962, S. 185.

<sup>9</sup> Vgl. Leiser S. 51.

<sup>10</sup> Hierzu Gerhard Buchda in *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, Stichwort *Appellation*; Bastian S. 33 ff.; Leiser S. 50; Prah S. 105 ff.; Leist S. 183 ff.; Eugen Liedl, *Gerichtsverfassung und Zivilprozeß der Freien Reichsstadt Augsburg*, 1958, S. 94 ff.

Deutschland Eingang fand. Bei der Appellation wurde der Prozeß vor einem Obergericht nochmals neu verhandelt und entschieden. Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß die Quellen die Begriffe Rechtszug, Berufung, Appellation nicht immer eindeutig unterscheiden: Sind zunächst Zug und Berufung inhaltsgleich und Appellation nur deren lateinische Übersetzung, so kehrt sich das Verhältnis mit fortschreitender Entwicklung um<sup>11</sup>. In der Spätzeit findet sich häufig der pleonastische Gebrauch der Begriffe<sup>12</sup>.

Mit der Wiederentdeckung des römischen Corpus Juris entstand in Oberitalien eine neue Wissenschaft, die erstmals das Recht systematisierte und damit die sogen. Rezeption auf weiten Teilen des Kontinents einleitete<sup>13</sup>. Ihre Blüte erreichten diese Rechtsschulen unter den Konsiliatoren oder Kommentatoren, welche die römische Rechtsmasse den Zeitbedürfnissen anpaßten und durch Gutachten selbst das Rechtsleben gestalteten. Diesen Vorbildern suchten die an oberitalienischen Universitäten<sup>14</sup> und seit dem späten 15. Jahrhundert auch in Deutschland ausgebildeten deutschen Juristen nachzueifern. Das neue Denken, das sich durch die Errichtung deutscher Juristenfakultäten breitere Geltung verschaffte, begann die alte unwissenschaftliche Rechtsauffassung und damit die überkommene Gerichtsverfassung umzubilden. Schon die Reichskammergerichtsordnung von 1495 bestimmte, daß die Hälfte der 16 Urteiler „der Recht gelert“ sein müsse.

Mit diesen neuen Autoritäten war die Voraussetzung für eine wissenschaftliche Rechtsfindung geschaffen. Vorbereitet war dies allerdings längst durch das im Mittelalter weit verbreitete Schiedswesen, das gleichfalls ein Ergebnis der Verbindung von deutschem mit römisch-kanonischem Gedankengut darstellt<sup>15</sup>. Die Schiedsgerichte zogen schon frühzeitig Geistliche als Rechtskundige bei, und mancherorts war es üblich, Schiedssachen überhaupt geistlichen Kollegien zu überlassen. Diese erkannten aber schon seit dem 13. Jahrhundert weitgehend „habito iuris peritorum consilio“<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Buchda, HRG, Stichwort Berufung.

<sup>12</sup> Beispiel bei Prahl S. 107.

<sup>13</sup> Wieacker S. 45 ff.

<sup>14</sup> Vgl. Sven Stelling-Michaud, *L'Université de Bologne et la pénétration des droits romain et canonique en Suisse aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles*, 1955.

<sup>15</sup> Karl S. Bader, *Das Schiedsverfahren in Schwaben vom 12. bis zum ausgehenden 16. Jh.*, 1929. Ders., *Die Entstehung und Verbreitung der mittelalterlichen Schiedsidee in Süddeutschland und in der Schweiz*, in: *Ztschr. f. Schweizer Recht* NF 54 (1935). Hermann Krause, *Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland*, 1930. Michael Kobler, *Das Schiedsgerichtswesen nach bayerischen Quellen des Mittelalters*, 1967.

<sup>16</sup> Vgl. Adolf Stölzel, *Die Entwicklung des gelehrten Richtertums in deutschen Territorien*, 1872, Bd. I S. 190 ff.; Theodor Gottlob, *Die Offiziale des Bistums Konstanz im Mittelalter*, 1951, S. 18 ff., 53.

Die Rechtsgelehrsamkeit der Doktoren machten sich zunächst Adel und Geistlichkeit zunutze, indem sie Gutachten erbat, welche die Aussichten ihrer Ansprüche beurteilten und vielleicht unterstützten. Die wissenschaftliche Autorität eines Zasius in Freiburg<sup>17</sup>, eines Prenninger oder Sichard in Tübingen<sup>18</sup>, eines Cantiuncula oder Amerbach in Basel<sup>19</sup> konnte streitentscheidende Wirkung haben. Diesen Consilien einzelner Gelehrter suchte man durch die *Bestätigung*<sup>20</sup> (auch: Bekräftigung, Konfirmation, Korroboration, Subscription, Approbation) anderer Juristen, schließlich einer gesamten Juristenfakultät Gewicht zu verleihen. Mehr und mehr wurden jedoch auch die Fakultäten selbst um Kollegialconsilien angegangen<sup>21</sup>, so daß die Einzelgutachten ihre hervorragende Stellung verloren und damit das Approbationswesen außer Übung kam. Eine solche Bestätigung hatte in ihrer einfachsten Form gewöhnlich folgenden, deutsch oder lateinisch gefaßten Wortlaut: „Nachdem wir Dekan und Doktoren der Juristenfakultät hoher Schule zu X diesen uns vorgelegten Casus und die überschiedten Kopien samt dem darauf verfaßten Ratschlag des Dr. NN. mit allem Fleiß gelesen und daraus so viel befunden haben, daß derselbe in den Rechten wohl begründet ist, also haben wir dem Ersuchen zufolge diesen hiermit approbiert, unterschrieben und unser großes Fakultätssiegel aufgedruckt. Gegeben in unserem Rate.“

Durch Einschleichen von Rechtsausführungen wuchsen sich diese „Subscriptiones“ allerdings oft zu Anschlußgutachten aus.

Zum Beratungswesen der Fakultäten gehörte aber neben der Erstattung von Parteigutachten früh die Erteilung prozeßleitender Ratschläge und Entscheidungen für Schiedsgerichte. Die Territorialherren ersuchten die Juristenfakultäten jedoch bald auch um Rechtsbelehrungen in Fällen der ordentlichen Rechtspflege. Gerade seit Ende des 15. Jahrhunderts hatten die planvoll sich entfaltenden Landesgewalten eine straffere Organisation der

<sup>17</sup> Hans Thieme, Zasius und Basel, in: *Schau-ins-Land*, 79. Jahreshft (1961) S. 7 ff.; Roderich Stintzing, Ulrich Zasius, 1857.

<sup>18</sup> Stölzel S. 196; Stintzing S. 18 ff.; Guido Kisch, *Die Anfänge der Juristischen Fakultät der Universität Basel (1459–1529)*, 1962, S. 105.

<sup>19</sup> Kisch S. 93 ff., 112 ff.; Hans Thieme, *Die beiden Amerbach*, in: *L'Europa e il diritto Romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker I* (1954).

<sup>20</sup> Clausdieter Schott, *Rat und Spruch der Juristenfakultät Freiburg i. Br.*, 1965, S. 19 ff.; Jochen Geipel, *Die Konsiliarpraxis der Eberhard-Karls-Universität und die Behandlung der Ehrverletzung in den Tübinger Konsilien*, 1965, S. 150.

<sup>21</sup> Zur Spruch- und Gutachtertätigkeit vgl. im folgenden, soweit keine anderen Belege angeführt sind, für Tübingen: Geipel, für Freiburg: Schott, für Basel: Anton Pfister, *Konsilien der Basler Juristenfakultät*, Diss. Basel 1929 (Maschinenschrift). Neben diesen Arbeiten und der dort angegebenen, weiterführenden Literatur vgl. ferner Buchda, ZRG Stichwort Aktenversendung.

Rechtspflege angestrebt und traditionelle Rechtszüge zu den oft außerhalb des Territoriums gelegenen Oberhöfen zerschnitten<sup>22</sup>. Der Zug wurde in eine *Vorlage* oder Konsultation an die Regierung umgeleitet, die sich ihrerseits wieder von den Fakultäten beraten ließ. Die Entwicklung führte dazu, daß sich die Gerichte schließlich ohne landesherrliche Vermittlung an die Juristenfakultäten wandten.

Durch das Auftreten gelehrter Juristen wurde das alte Rechtsprechungswesen von einer weiten Unsicherheit ergriffen. Auch versagten jetzt die Oberhöfe als Belehrungsinstanzen, da sie sich in der gleichen Krise wie ihre Zugorte befanden. Außerdem machte das sich allmählich durchsetzende Mehrheitsprinzip im Abstimmungsverfahren die Herbeiführung eines einstimmigen Spruchs bei gezweitem Urteil überflüssig<sup>23</sup>. Dem Bedürfnis nach besserer Rechtsbelehrung steuerten die Laiengerichte in hergebrachter Form, indem sie die Unterweisung durch ein kundigeres Kollegium suchten. Diese Kollegien waren aber jetzt die Juristenfakultäten. Seit der Mitte des 16. Jahrhunderts traten daher diese an die Stelle der Oberhöfe, welche ihre Tätigkeit nach und nach einstellten. Ein beredtes Beispiel für die einsetzende Ablösung der Oberhöfe liefert das Württembergische Landrecht von 1555: „Wo aber der Handel so wichtig, dapfer oder auch irrig, das sich unsere Undergericht der Urthel nit entschliessen köndten, mögen sie bey iren Obergerichten, wie von alter herkommen, oder aber da der Handel sogar im Rechten und desselben aspibus und scherffin stierende, bey den Rechtsgelehrten Rath suchen.“ In anderen Fällen ließen sich Regeln, die den herkömmlichen Informationszug beschrieben, ohne Schwierigkeit umdeuten und den neuen Gegebenheiten anpassen. Dies gilt auch für Art. 20 Abs. 2 der Gerichtsordnung des Hochstifts Augsburg von 1539, wiederholt in der Gerichtsordnung von 1552: „Wann aber der handel wichtig oder irrig, so mügen sie [die Richter] an enden und orten, wie von alter herkommen ist, darüber rath suchen, aber bei iren aiden ainich urtail on ehaft ursachen nit schieben noch um ratschlag ausschicken, si seien dann auf ire aid zu urtailen nit verstendig.“<sup>24</sup>

Die anfragenden Gerichte lenkten jetzt oft einfach ihren Zug an die Juristenfakultät um, ohne vom alten Verfahren abzugehen. So ordneten 1568 der Stabhalter und die 24 Urteiler des Malefizgerichts zu Maßmünster (Elsaß) zwei

<sup>22</sup> Bastian S. 12, 98; Jänichen S. 219; Leiser S. 25.

<sup>23</sup> Leiser S. 24. Zum Verhältnis des Freiburger Oberhofs zur Juristenfakultät vgl. Bastian S. 101 ff. und Schott S. 67 ff.

<sup>24</sup> Alfred Wolff, *Gerichtsverfassung und Prozeß im Hochstift Augsburg in der Rezeptionszeit*, 1913, S. 283, 340, 357. Hier wird allerdings fälschlich der Ratartikel aus dem „Rat der Rechtsverständigen“ der Carolina abgeleitet.

Schöffen nach Freiburg ab, um dort eine Rechtsweisung einzuholen. Ebenfalls den Spruch dieser Fakultät erbat 1587 vier Schöffen und zwei Sachwalter aus Sierenz und Zillisheim (Elsaß). Diese Belehrungspraxis war den Fakultäten der Sache nach wiederum nichts völlig Neues.

Nachdem die Juristenfakultäten weitgehend in die Aufgabe der Oberhöfe und Schöffenstühle hineingewachsen waren, trugen auch die Landes- und Reichsgesetze dieser Entwicklung Rechnung. Die Peinliche Halsgerichtsordnung des Reiches von 1532 (*Constitutio Criminalis Carolina*) ordnete in Art. 219 an, die Gerichte sollten, sofern sie keinen Oberhof hätten, „bei den nechsten hohen schulen, stetten, communen oder andern rechtverstendigen. . . rath zu suchen schuldig sein“. Allerdings weigerten sich zunächst Tübingen wie Freiburg unter Berufung auf das kanonische Blutverbot, Strafrechtsfälle zu bearbeiten. Die Fakultäten wandten dieses Verbot auf sich an, da sie sich als geistliche Körperschaft verstanden. Eine weitere reichsrechtliche Regelung der *Aktenversendung* enthält § 85 des Reichsabschieds von 1570, wiederholt in der Reichskammergerichtsordnung von 1613, worin den neun Räten der Austräge gestattet wird, die Akten zur Abfassung des Urteils an eine Universität zu schicken. Schließlich verließ das Reich den Fakultäten im Reichsdeputationsabschied von 1600, erweitert im Jüngsten Reichsabschied von 1654, die Stellung von Revisionsinstanzen. Alle Prozesse, deren Streitwert die Appellationssumme für das Reichskammergericht nicht erreichte, konnten als Ersatz zur Revision an eine Juristenfakultät versandt werden (*Revisio in vim appellationis*). Die Einholung eines Urteils bei den Rechtsfakultäten wurde im übrigen vornehmlich von den nord- und mitteldeutschen, insbesondere den sächsischen Ländern, wo die Juristenfakultäten mit mächtigen Schöffenstühlen in Wettbewerb traten, rechtlich ausgestaltet.

Auch in den schwäbisch-alemannischen Ländern wurde die Aktenversendung hie und da eigens geregelt. Im Herzogtum Württemberg enthielten bereits die Landtagsabschiede von 1551 und 1554 sowie die Landrechte von 1555, 1567 und 1610 Bestimmungen über die gelehrte Rat- und Spruchfähigkeit. Titel 53 des Landrechts von 1610 lautet:

§ 1. Wann in der Sachen beschlossen, sollen die Richter alle eingebrachte Acten und Handlungen nach ihrem besten Verstand zum fleissigsten erwegen und darüber vermög ihrer Gerichtspflicht Urthel fassen. Wa aber der Handel so wüchtig oder zweifelig, daß sich Unsere Gericht der Urthel nicht entschliessen köndten, mögen sie bey andern Gerichten. . . oder auch bey den Rechtsgelehrten Raht suchen und dabey begeren, die vornembste Ursachen und Motiven der Decision beyzusetzen, damit sie, die consulirende

Richter, den Grund, darauf sich der Consulent in Ertheilung der Urthel fundirt, zuerlernen haben.

§ 2. Und so die Partheyen umb Abschriften solcher Rahtschläg ansuchten, sollen ihnen selbige nach Eröffnung der Urthel, doch ohne Benennung des Consulenten, umb die Gebür mitgetheilt werden.

Das Landrecht der Markgrafschaft Baden von 1710 bestimmte in Teil I Titel 31, § IX:

Da sichs aber begeben, daß sich die Richter in Verfassung der Urthel mit einander nicht vergleichen oder wegen Schwere der Sach nicht wissen köndten, was und wie darinnen zu urtheilen, so sollten sie alsdann sich bey den Rechtsgelehrten und womöglich im Land Bescheyds erholen und nachgehends ihrem besten nach die Urthel fällen.

Auch die Basler Stadtgerichtsordnung von 1719 erwähnt in Titel 45 des ersten Theils die Beratung durch die Rechtsgelehrten<sup>25</sup>:

Wo aber der Handel so wichtig oder zweifelhaftig, daß sich die Richtere der Urthel nicht entschliessen könten, mögen sie bey Rechtsgelehrten oder auch in Kaufmanns-Sachen bey der Verständigen Raht suchen und dabei begehren, die vornehmsten Ursachen und Motiven der Decision beyzusetzen, damit sie, die consulirende Richtere, den Grund darauf sich der Consulent in Ertheilung der Urthel fundirt, wissen mögen.

Schließlich soll noch die ausführliche Regelung des Verfahrens durch die Gerichts- und Prozeßordnung der Reichsstadt Memmingen von 1751 (Titel 19) angeführt werden<sup>26</sup>:

§ 5. Belangend die Verschickung der Acten, obschon solche in gemeinen Rechten nicht gebotten, so mag dieselbe nichts destoweniger auf Anhalten beyder Partheyen zugleich oder einer von denselben oder auch auf der Herren Richtere Gutbefinden selbstener bewerkstelliget werden.

§ 6. Wann nun eine Parthey allein oder beede zugleich die Verschickung der Acten begehren, so hat ersternfalls der Petent allein, letzternfalls aber beyde die Unkosten zu gleichen Theilen zu tragen und selbige mittelst eines Vorschusses zum Voraus zu bezahlen, welches auch so zu halten, wann der Richter die Verschickung der Acten ex Officio veranlasset.

<sup>25</sup> Der Basler Stadtgerichtsordnung diene das Württembergische Landrecht als Vorlage.

<sup>26</sup> Einzelheiten über das Verfahren siehe unten.

§ 7. Zu der Inrotulatione Actorum sollen beede Theile vorgeladen und ihnen die Acta, um solche mit ihren Manual-Acten durchsehen zu können, vorgeleget, sofort in ihrer Gegenwart eingebunden und sowohl mit beeder Partheyen als mit dem Gerichts-Sigill versiegelt werden.

§ 8. Würden nun beede Partheyen auf ein gewisses Rechts-Collegium compromittiren, so mögen die Acta auch dahin geschicket werden. Daferne sie aber dessentwegen nicht übereins kommen sollten, mag es auf des Herrn Stadt-Amman's Ermessen beruhen, wohin die Acta zu versenden, jedoch daß auf die von eint- oder der andern oder auch beeden Partheyen geschehene Protestation gegen eint- oder ander Rechts-Collegium oder privat-Doctorem billich reflectirt werden solle.

§ 9. Solte auf die ergangene Citation zur Inrotulatione Actorum ein Theil ohngehorsamlich ausbleiben, mag nichts destoweniger mit solcher und der Verschickung der Acten fůrgefahren werden.

§ 10. Würden nun die Acten wiederum zuruck gekommen seyn, müssen solche in beeder Theilen Gegenwart (wann nemlich die Verschickung auf ihre Veranlassung geschehen) auf einen bestimmten Rechtstag eröffnet, auch damit fůrgefahren werden, wann gleich eint- oder der andere Theil nicht erscheinen solte. Solten aber beede Theile ausbleiben, ist ein neuer Termin zu Anhörung der Urthel zu bestimmen oder ihnen allenfalls das Urthel in vim publicati in Abschrift zuzuschicken.

In den Territorien, die keine gesetzliche Regelung der Spruchversendung kannten, folgte man den allgemeinen Grundsätzen. So berichtete die Reichsstadt Schlettstadt 1629 an das Reichskammergericht, es werde bei ihren Verfahren, „wenn zweifel vorfallet, allzeith mit rath der rechtsgelehrten procediert“<sup>27</sup>. Gleiches gilt auch für Vorderösterreich. Die Schweizer Eidgenossenschaft – mit Ausnahme von Basel – kannte die gelehrte Rechtsunterweisung überhaupt nicht, da sie im alten Recht festhielt. Auch Schiedsverträge und Einungen beriefen oft eine Juristenfakultät zur Schiedsinstanz. Im Hegauer Vertrag von 1584 verglichen sich die Landgrafschaft Nellenburg und die Reichsritterschaft u. a. über zweifelhafte gerichtliche Zuständigkeiten: Sollte es bei weiteren Streitigkeiten zu keiner gütlichen Einigung kommen, so konnten die Akten an die Juristenfakultäten Freiburg oder Ingolstadt geschickt werden. Das Spruchkollegium sollte „alsdann darüber entlich erkennen und solche erkhandtnus beden partheyen zuschicken“ und „was erkennt, darby solle

<sup>27</sup> Oberrheinische Stadtrechte, 3. Abt. Elsässische Rechte, Schlettstadter Stadtrechte, bearbeitet von Joseph Gény, 1902, S. 664.



bede partheyen entlich und one ainiche verwaigerung verbleiben“<sup>28</sup>. Auch die breisgauische Ritterstandsordnung von 1666 bestimmte: „Wollten sich auch die Partheyen zu keinem compromißlichen Austrag vermögen lassen, so sollen die Ausschüß die ganze Sach, so vill sich thun laßt, in kurze Verhör ziehen und durch einen rechtmäßigen Ausspruch dieselbe entweders selbst entschieden oder durch eine oder mehr unparteyische Universiteten entscheiden lassen . . .“<sup>29</sup>. Wiederum Freiburg und Ingolstadt wurden in einem Vertrag zwischen Graf Wilhelm von Zimmern und Graf Karl von Zollern 1576 als Schiedsstellen bestimmt<sup>30</sup>.

Im 18. Jahrhundert setzte eine rückläufige Bewegung ein. Mehrere Länder verboten oder schränkten die Aktenversendung ins „Ausland“ ein. Baden<sup>31</sup> hatte 1755 die Versendung in Strafsachen verboten und schon 1752 in Zivilsachen eingeschränkt; nach der Aufwertung zum Großherzogtum war die Spruchversendung z. T. wieder erlaubt, jedoch nur nach Heidelberg und Freiburg. Die Basler Gerichtspraxis richtete ihre Ratbitten fast nur noch an die eigene Universität<sup>32</sup>. In der Reichsstadt Rottweil sprach sich der Bürgerrezeß von 1782 gegen die prozeßverteuernde und -verschleppende Aktenversendung an Juristenfakultäten aus<sup>33</sup>. Die vorderösterreichischen Gerichte und Obrigkeiten mußten seit 1733 ihre Consilien in Freiburg und Innsbruck einholen<sup>34</sup>. Wieweit solche Beschränkungen und Privilegierungen von den Aktenversendern befolgt wurden, ist allerdings fraglich. In Württemberg<sup>35</sup> führte Anfang des 19. Jahrhunderts die Umgestaltung der Gerichtsorganisation zur Einschränkung der Tübinger Spruchfähigkeit. Das Mißtrauen der Restauration gegen die Universitäten brachte neue Verbote<sup>36</sup>. Jedoch hatte sich das Institut der Aktenversendung mit der Besetzung der Richterstühle durch Juristen ohnehin überlebt, so daß die Reichsjustizgesetze von 1879 die Spruchfähigkeit der Juristenfakultäten nicht mehr ausdrücklich beseitigen mußten.

Obleich den Fakultäten Rechtsfälle über weite Strecken und aus allen Gebieten des Reiches zuziehen, hatte dennoch jedes Kollegium sein Stammland. In *Freiburg* überwogen Aufträge aus den vorderösterreichischen, fürstenber-

<sup>28</sup> Roth von Schreckenstein, Der sog. Hegauer Vertrag, in: Ztschr. für die Geschichte des Oberrheins 34 (1882).

<sup>29</sup> Breisgau-Ritterständisches Archiv, Justizsachen, Stadtarchiv Freiburg i. Br.

<sup>30</sup> Schott S. 52.

<sup>31</sup> Paul Lenel, Badens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung unter Markgraf Karl Friedrich 1738–1803, 1913. S. 140 ff., 219.

<sup>32</sup> Hinweis von Dr. Christ (Basel).

<sup>33</sup> Adolf Laufs, Die Verfassung und Verwaltung der Stadt Rottweil 1650–1806, 1963, S. 82.

<sup>34</sup> Schott S. 79.

<sup>35</sup> Geipel S. 55 ff.

<sup>36</sup> Geipel S. 59 f.

gischen und zeitweise aus den badischen Gebieten sowie – bis zu den französischen Annektionen – aus dem übrigen, nichtösterreichischen Elsaß und aus den geistlichen und weltlichen Territorien Oberschwabens. Daß die seit 1733 statuierte Gleichberechtigung *Innsbrucks* in den Vorlanden kein leerer Formalismus blieb, zeigt ein 1766 dort entschiedener Streit zwischen den Breisgau-Gemeinden Grunern, Wettelbrunn, Tunsel und Eschbach<sup>37</sup>. Der Schwerpunkt der *Tübinger* Rechtsprechung lag im Herzogtum Württemberg und den angrenzenden Territorien. Die württembergische Gerichtsorganisation bedingte weitgehend die im übrigen auch durch herzogliche Anweisungen privilegierte Rechtsprechungstätigkeit der Landesuniversität. Allerdings gingen Tübinger Gutachten und Urteile regelmäßig weit über die württembergischen Landesgrenzen hinaus. *Basel* gutachtete vorwiegend auf Anfragen aus der Stadt selbst und aus den Landschaften am Oberrhein. Im späten 18. Jahrhundert beschränkte sich sein Aktionsradius auf die Stadt und auf die Gebiete des Bistums Basel. Seit 1621 machte sich zu beiden Seiten des Rheins, ja bis Schwaben der Einfluß *Straßburgs* geltend<sup>38</sup>, in den nördlichen Teilen des Oberrheins wahrscheinlich im Wettbewerb mit *Heidelberg*<sup>39</sup>. Eine gewisse Rolle spielten im schwäbischen Land auch *Dillingen*, *Altdorf* und *Würzburg*. Die Abtei Marchtal z. B. versandte ihre Akten an die Juristenfakultäten Freiburg, Dillingen und Würzburg<sup>40</sup>. Allerdings erstreckt sich in diese Gebiete gleichfalls der Spruchbereich des zeitweise angesehenen *Ingolstädter* Kollegiums. Gleichzeitig aus Ingolstadt und Freiburg forderte etwa die Abtei Einsiedeln (Schweiz) in den Jahren 1620 und 1625 Gutachten an<sup>41</sup>. In der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts war bei württembergischen Bittstellern und bei der Stadt Basel *Erlangen* als Spruchkollegium beliebt<sup>42</sup>. Für solche „Zuständigkeiten“ waren oft konfessionelle Gegebenheiten mit entscheidend. Daß die

<sup>37</sup> Ztschr. für die Gesch. des Oberrh. 46 (1892) S. m 111.

<sup>38</sup> Schott S. 77; Gottfried Baumgärtel, Die Gutachter- und Urteilstätigkeit der Erlanger Juristenfakultät in dem ersten Jahrhundert ihres Bestehens, 1962, S. 48.

<sup>39</sup> Zur Heidelberger Spruchstätigkeit vgl. Günther Dickel, Die Heidelberger Juristische Fakultät, Stufen und Wandlungen ihrer Entwicklung, in: Ruperto-Carola, 1961, S. 163 ff., Antonius Jammers, Die Heidelberger Juristenfakultät im 19. Jh. als Spruchkollegium, 1964.

<sup>40</sup> Paul Beck, Beiträge zur Rechtspflege und Kriminalistik Oberschwabens, in: Ztschr. d. Gesellsch. f. Beförderung der Geschichts-, Altertums- und Volkskunde von Freiburg, dem Breisgau und angrenzenden Landschaften, 17 (1901) S. 187.

<sup>41</sup> Stiftsarchiv Einsiedeln Sign. F. BB. 5. Gedruckt in „Documentorum S. Geroldianam praeposituram et eius districtum concernentium prima pars“ S. 25 ff. Über die Zusammenhänge R. Henggeler, in: Montfort 1961, S. 1 ff. Diese Hinweise verdanke ich Herrn Dr. Karl Heinz Burmeister, Bregenz.

<sup>42</sup> Baumgärtel S. 47.

Konfession jedoch nicht allein ausschlaggebend für die Wahl des Spruchorts war, zeigt die Reichsstadt Rottweil, die sich in der Regel von Tübingen, seltener von Freiburg beraten ließ<sup>43</sup>.

Gutachten und Urteile wurden von den Gerichten des schwäbisch-alemanischen Raumes nicht allein bei den nächsten Universitäten eingeholt, vielmehr wandte man sich auch gelegentlich an das benediktinische *Salzburg*, an *Mainz* (im 18. Jh.: Markgrafschaft Baden, Reichsritterschaft in Schwaben, Johannerorden zu Heitersheim)<sup>44</sup>, an Marburg (im 18. Jh.: Heitersheim, Esslingen, Stuttgart, Biberach, Schwäbisch Hall, Ravensburg, Ulm)<sup>45</sup>, und an *Gießen*. Die norddeutschen Juristenfakultäten wurden selten aus Süddeutschland befragt, z. B. verzeichnet *Halle* nur Akteneingänge aus Hohenzollern<sup>46</sup>. Für die Wahl eines weiter entfernten Kollegiums war oft der Wunsch maßgebend, eine Garantie für Unparteilichkeit zu haben. Dies konnte auch bei Gutachten für Privatleute der Fall sein. So ließ sich 1790 ein Ulmer Ratskonsulent Responses der Fakultäten *Halle* und *Helmstedt* erstatten<sup>47</sup>, und eine Freiburger Bürgerin befragte in einem Erbstreit neben den Juristenkollegien Tübingen und Freiburg auch *Göttingen*<sup>48</sup>.

Verfahren und Voraussetzungen der Aktenversendung und Form der Rechtsbelehrung durch die Juristenfakultäten waren nicht einheitlich. Mancherorts war die Einholung eines Urteils nur bei Belehrungsbedürftigkeit oder Befangenheit des Richters, anderswo auch auf Antrag einer oder beider Parteien zulässig<sup>49</sup>. Die Grafschaft Fugger etwa ließ Todesurteile nochmals von einer Fakultät bestätigen<sup>50</sup>. Die Augsburger Prozeßordnung von 1771 gestattete den Aktenverspruch bei wiederholter Stimmengleichheit im Gerichtskollegium; die angerufene Juristenfakultät fällte dann auf Grund der Aktenlage ein verbindliches Urteil<sup>51</sup>. Die Gerichte ordneten vielfach vor der Versendung einen *Inrotulationstermin* an, bei welchem die Parteien die Vollständigkeit und

<sup>43</sup> Laufs S. 89; Schott S. 237, 253, 271.

<sup>44</sup> Norbert Hasselwander, *Aus der Gutachter- und Urteilstätigkeit an der alten Mainzer Juristenfakultät*, 1956, S. 45, 46, 53.

<sup>45</sup> Gerhard Pätzold, *Die Marburger Juristenfakultät als Spruchkollegium*, 1966, S. 24, 157 ff. und Karte.

<sup>46</sup> Gerhard Buchda, *Die Spruchtätigkeit der Hallischen Juristenfakultät in ihrem äußeren Verlauf*, in: *Ztschr. d. Sav.-Stiftung f. Rechtsgesch.*, Germ. Abt. 62 (1942) S. 237.

<sup>47</sup> Gerhard Gänßlen, *Die Ratsadvokaten und Ratskonsulenten der Freien Reichsstadt Ulm*, insbes. ihr Wirken in den Bürgerprozessen am Ende des 18. Jh., 1966, S. 93.

<sup>48</sup> Schott S. 272.

<sup>49</sup> Vgl. die oben mitgeteilte Regelung in Memmingen.

<sup>50</sup> Schott S. 63, 98, 246, 249, 251. <sup>51</sup> Liedl S. 131.

Richtigkeit der Akten überprüfen konnten. Außerdem hatten sie das „*ius eximendi*“, d. h. das Recht, drei Fakultäten als Spruchkollegien auszuschließen. So wurde 1798 in einem Prozeß bei der Abtei Ochsenhausen gegen Dillingen, Ingolstadt und Salzburg Verwahrung eingelegt<sup>52</sup>. Manche Gerichte und Prozeßordnungen gaben den Parteien auch die Befugnis, sich auf eine bestimmte Fakultät zu einigen. Nach Rücksendung der Akten verkündete das Gericht in einem *Exrotulationstermin* das verfaßte Urteil.

Rechtsbelehrungen wurden von den Gerichten z. B. bei der Freiburger Fakultät unter folgenden Bezeichnungen erbeten und erteilt: Rat, Ratschlag, Rätliches Bedenken, Rätliche Meinung, Rätliches Bedünken, Consilium, Ratschlags-Gutachten, Urteil, Gutbedünken, Rechtsbelehrung, Wohlmeinung, Sentenz, Fürschlag, Rechtsmeinung, Definitivum, Responsum, Rechtsgutachten, Resolution, Decision, Decisum, Erkenntnis, Instruktion, Information Juris, Consult, Bericht, Rechtlicher Bescheid, Judicium, Konsultation, Laudum, Rechtlicher Schluß, Casus cum Responso, Parere, Sentiment, Rechtliche Gedanken.

Die Unterweisungen der gelehrten Kollegien ergingen zunächst in zwei Formen, die auf die Wurzeln des Instituts hinweisen: Zahlreiche Fakultäten übernahmen einfach den Spruchstil der alten Schöffenstühle. Ein solcher Spruchbrief hatte etwa folgenden Wortlaut:

Edle und ehrenfeste Freunde. Die Akten, die Ihr uns in Sachen . . . mit der Bitte um eine rechtliche Belehrung zugeschickt habt, haben wir mit allem Fleiß gelesen, collegialiter wohl erwogen und sprechen darauf zu Recht : . . . Von Rechts wegen.

Dekan und andere Doktoren der Juristenfakultät hoher Schule zu X.

Eine den Juristenfakultäten eigene Spielart der Spruchform ist der im Namen des Aktenversenders vorformulierte Urteilsentwurf. Dieser lautet dann:

Urteil: In Sachen . . . erkennen und sprechen Bürgermeister und Rat von X nach gehabttem Rat der Rechtsgelehrten, auch unserem eigenen Verständnis, daß . . . . . Von Rechts wegen.

Daß dieser Ratschlag den geschriebenen kaiserlichen Rechten gemäß ist, bekennen wir Dekan und andere Doktoren der Juristenfakultät hoher Schule zu Y, dessen zur Beurkundung haben wir unser Fakultätssiegel hier angebracht. Actum in collegio.

Diesem stets in deutscher Sprache<sup>53</sup> abgefaßten Spruch, gleichgültig, ob als

<sup>52</sup> Schott S. 55.

<sup>53</sup> Eine gewisse Ausnahme machte Basel, das für die zum Reich gehörigen Teile des Bistums Basel auch Consilien in französischer Sprache anfertigte, Pfister S. 63.

Spruchbrief oder als vorformuliertes Urteil, wurde gemäß alter Schöffenpraxis meist keine Begründung mitgegeben.

Die zweite Belehrungsform der Juristenfakultät ist das von den oberitalienischen Schulen übernommene Consilienschema. Diese eigentlichen wissenschaftlichen Ausarbeitungen folgen scholastischem Aufbau und gliedern sich in *species facti*, *quaestio*, *rationes dubitandi*, *rationes decidendi*, *solutio quaestionis*. Die Sprache dieser oft umfangreichen Consilien ist entweder nur lateinisch oder wechselweise lateinisch-deutsch<sup>54</sup>. Nicht selten wurde jedoch die *Solutio* oder *Conclusio* schon als Spruchanweisung oder geradezu als vorformuliertes Urteil ausgestaltet. Consilienschema und Spruchstil näherten sich im Laufe der Zeit allerdings an, nachdem auch die Urteile mit Begründungen versehen wurden. Tübingen hat von 1570 bis 1620 dem reinen Entwurfstil ohne Entscheidungsgründe den Vorzug gegeben, und für Freiburg läßt sich sogar noch im späten 18. Jahrhundert eine solche Spruchweise feststellen. Im übrigen war jedoch in Tübingen, Freiburg, Basel und Straßburg das Consilienschema üblich, dem diese jedoch das vorformulierte Urteil anfügten. Ingolstadt kannte außerdem auch die Form des Spruchbriefs<sup>55</sup>. Im 18. Jahrhundert ergingen die Freiburger Erkenntnisse oft im Namen der Fakultät selbst.

Schwierig ist die Frage der Bindung der Fakultätsweisungen. Auszugehen ist vom älteren Rechtsdenken: Die Rechtsauskünfte der Juristenfakultäten sind in gleicher Weise verbindlich wie die der alten Schöffenstühle und Oberhöfe. Daher dürfte auch zunächst kein wesentlicher Unterschied bestehen zwischen einer von den Parteien und einer von einem Gericht eingeholten Rechtsbelehrung. Rat und Spruch sind noch lange eine Einheit. Soweit in der Folge die Aktenversendung geregelt wurde, ergibt sich die Bindungswirkung aus dem Gesetz. In den meisten schwäbisch-alemannischen Territorien gab es jedoch keine ausdrücklichen Vorschriften. Wie ehemals war hier die Bindungswirkung eine Frage der Autorität, und eine Abweichung von der Fakultätsbelehrung war zumeist ausgeschlossen. Mit der fortschreitenden Verwissenschaftlichung des Rechts trennten sich aber die Begriffe von Gutachten und Urteil. Zu beachten ist, daß bis Anfang des 19. Jahrhunderts in Südwestdeutschland unterschiedliche Gerichtsverfassungen sowie eine bunte Vielfalt von Verfahren vorzufinden sind, so daß jedes Territorium, oft sogar jeder Fall auf das Verhältnis zwischen fragender und sprechender Instanz zu untersuchen ist. Je mehr Richterstühle mit studierten Juristen besetzt wurden, desto mehr verringerte sich der Autoritätsabstand zwischen Spruchkollegium und Gericht.

<sup>54</sup> Geipel Anhang VII; August Hegler, *Die praktische Tätigkeit der Juristenfakultäten*, 1899, S. 8 (Hegler stützt sich vorwiegend auf die Tübinger Praxis).

<sup>55</sup> Schott S. 165.

Örtliche Gewohnheiten erschweren weiter eine allgemeine Aussage. Auch unterschiedliche Auffassungen und Vorstellungen beim aktenversendenden Gericht einerseits und bei der Juristenfakultät andererseits müssen in Betracht gezogen werden. Eine – notwendigerweise mißglückte – dogmatische Klärung erfuhr das Institut der Aktenversendung erst gegen Ende des 18. Jahrhunderts, nachdem es weitgehend seine Aufgabe erfüllt hatte.

Im deutschen Südwesten konzentrierte sich das Rat- und Spruchwesen nicht etwa wie in den sächsischen Ländern allein bei den Spruchkollegien. Vielfach ließen sich die Gerichte etwas formloser lediglich von einzelnen Doktoren, mitunter sogar von Lizentiaten beraten. So hat das Kaiserliche Landgericht der Baar niemals eine ganze Juristenfakultät um Rechtsbelehrung gebeten. Auch die Gerichtsordnung des Kaiserlichen Landgerichts auf der Leutkircher Heide und in der Pirs kannte nur die Aktenversendung an private Gelehrte, und erst im späten 18. Jahrhundert wandte sich dieses Gericht auch an Gelehrtenkollegien<sup>56</sup>. In gleicher Weise bestimmte die Landgerichtsordnung für das Landgericht der Landgrafschaft Nellenburg von 1696, die Akten seien „einem Gelehrten und des Landgerichts Gebrauch Erfahrenen“ zu überschicken. Der Elzacher Stadtschultheiß schildert in seinen Rechtsaufzeichnungen von 1667, daß man die Folter „mit Zuezug eines Rechtsgelehrten“ anwende und daß man „durch ermeldten Rechtsgelehrten ein Consilium, was für ein Straf verwirkt“, erstellen lasse<sup>57</sup>. Die Stadt Feldkirch (Vorarlberg) ließ sich vornehmlich von Lindauer Stadtjuristen beraten<sup>58</sup>. Auch Freiburg i. Br. hat sich in der überwiegenden Zahl der Fälle der Gutachten einzelner Doktoren, in der Regel Professoren der Universität bedient. Nur in besonderen Fällen ersuchte die Stadt die Juristenfakultäten in Freiburg selbst, in Straßburg, in Tübingen oder in Basel<sup>59</sup>. Größere Städte hatten ihre eigenen Referendare oder Ratskonsulenten, deren Votum man gelegentlich von einer Fakultät bestätigen ließ. So hatte die Reichsstadt Augsburg zwei Referendare, denen die „Relationen“ oblagen<sup>60</sup>. Ulm indessen besaß in seinen fest bestellten Ratskonsulenten ein eigenes „Collegium Juridicum“, das die Rechtsprechungs- und Beratungstätigkeit einer Juristen-

<sup>56</sup> Max Gut, Das ehemalige kaiserliche Landgericht auf der Leutkircher Heide und in der Pirs, 1907, S. 68; Schott S. 256, 258, 264.

<sup>57</sup> Karl S. Bader, Die Rechtsaufzeichnung des Elzacher Stadtschultheißen Johann Georg Heberle von 1667, in: Schau-ins-Land, 70. Jahrlauf (1951/52) S. 74 ff.

<sup>58</sup> Schott S. 61 Anm. 60.

<sup>59</sup> Georg Schindler, Verbrechen und Strafen im Recht der Stadt Freiburg i. Br. von der Einführung des neuen Stadtrechts bis zum Übergang an Baden (1520–1806), 1937, S. 11 ff. Schott S. 65 f. Über den Gutachter Dr. Theobald Bapst (1496–1564) im einzelnen vgl. Clausdieter Schott in Alemannisches Jahrbuch 1964/65, S. 107 ff.

<sup>60</sup> Liedl S. 114.

fakultät vollkommen ersetzte<sup>61</sup>. Für die kleineren Herrschaften mag Kißlegg (Oberschwaben) beispielhaft sein. Dort wurden die Rechtsfälle von Praktikern aus Ravensburg, Lindau, Memmingen, Zeil, Tautenhofen, Biberach, Innsbruck, Isny und Weingarten bearbeitet<sup>62</sup>. Oft waren es eben nur die bedeutenderen Rechtsfälle, die man den Juristenfakultäten übergab. Der Großteil der Aktenarbeit lag bei den Einzelgutachtern. Hiervon machte das Herzogtum Württemberg eine gewisse Ausnahme, da dort die Landesherren immer wieder eine Konzentration bei der Fakultät in Tübingen durchzusetzen versuchten. Die Einzelgutachten unterscheiden sich von den kollegialen Rechtsweisungen regelmäßig durch größere Kürze, die mitunter sogar durch die jeweiligen Bestimmungen geboten wurde<sup>63</sup>. Sie waren außerdem oft bedeutend billiger, was ein Hauptgrund für ihre Beliebtheit war.

Die Rechtsfindung hat durch die Rezeption eine entscheidende innere Wandlung vom bloßen Auffinden des Rechts zur wissenschaftlichen Ableitung erfahren. Die Gefahr einer hierdurch entstehenden Rechtsprechungskrise galt es zu vermeiden, indem die alten Formen der Rechtsbelehrung fortgebildet und den neuen Zwecken dienstbar gemacht wurden. Rechtsbelehrung blieb jedoch im alten wie im neueren Rechtsdenken eine Suche nach dem besseren Recht.

<sup>61</sup> Gerhard Gänßlen, *Die Ratsadvokaten und Ratskonsulenten der Freien Reichsstadt Ulm, insbes. ihr Wirken in den Bürgerprozessen am Ende des 18. Jh.*, 1966.

<sup>62</sup> Paul-Dieter Mehrle, *Die Strafrechtspflege in der Herrschaft Kißlegg von den Anfängen bis zum Jahre 1633*, 1961, S. 77.

<sup>63</sup> Z. B. beim kaiserlichen Landgericht auf der Leutkircher Heide, Gut S. 68.