

## Vorwort

Wer eine Festschrift vorlegt, die nicht zu einem runden Gedenktage erscheint und die noch dazu einen etwas sperrigen Titel trägt, sollte dafür eine besondere Begründung liefern. Da allgemein der 27. Mai 1947 als Geburtstag des Strafrechtsausschusses gilt, hätte viel dafür gesprochen, mit der Herausgabe einer Festschrift zu warten, um den Strafrechtsausschuss anlässlich seines 60. Jubiläums gebührend zu feiern. Vielleicht hätte man auch lieber die 200. Sitzung des Ausschusses zum Anlass für eine Festgabe genommen. Der Grund, warum wir diese Pläne verworfen und uns doch für eine Publikation bereits im Herbst 2006 entschieden haben, liegt darin, dass dieses Datum einen tieferen Einschnitt für den Ausschuss bedeutet, als ihn vermutlich je ein Jubiläum darstellen kann. Mit dem Ausscheiden des langjährigen Vorsitzenden *Gunter Widmaier* und vieler verdienter Mitglieder und Gäste findet nämlich ein Generationenwechsel statt, der in der Geschichte des Ausschusses ohne Vorbild ist. Nachdem schon die Verabschiedungen im Herbst 2003 und 2005 sowie die nachfolgenden Aufnahmen neuer Mitglieder und die Einladung weiterer Gäste das Gesicht des Ausschusses recht stark verändert haben, verlassen nun in der 196. Tagung in Münster mehr Kollegen den Ausschuss als je zuvor.

Die bislang veröffentlichten Denkschriften und Entwürfe zu Gesetzesvorhaben sind auf reges Interesse in der Öffentlichkeit gestoßen. Deshalb erscheint es uns an der Zeit, auch im Übrigen die traditionelle Zurückhaltung hinsichtlich der Öffentlichkeitsarbeit zu lockern. Mit der vorliegenden Festschrift soll die ganze Bandbreite der im Ausschuss versammelten Auffassungen und unterschiedlichen Rechtsmeinungen vorgestellt werden. Thematisch reichen die Beiträge von der Entstehungsgeschichte des Ausschusses über den Umgang mit den Medien bis zu einzelnen Aspekten des Berufsbildes eines Strafverteidigers. Sie behandeln ferner materiell-rechtliche und prozessuale Fragestellungen ebenso wie europarechtliche Herausforderungen und zeugen von der großen Diskutierfreudigkeit und hohen Rhetorik, die die Arbeit im Ausschuss prägen.

Der besondere Charakter dieser Festschrift wird auch durch die Tatsache unterstrichen, dass alle Mitglieder und Gäste, anlässlich deren Ausscheiden aus dem Ausschuss das vorliegende Werk erscheint, selbst zur Feder gegriffen und Beiträge verfasst haben.

Unser besonderer Dank gilt dem Verlag für das großzügige Engagement bei der Erstellung der Festschrift sowie der Bundesrechtsanwaltskammer für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses. Abschließend möchten wir vor allem den Autoren danken, die in der knapp bemessenen Zeit von nicht einmal einem halben Jahr hochmotiviert mitgearbeitet haben.

*Werner Beulke*

*Eckhart Müller*

# Einleitung

## [r\_ziff[1]]I. Grundbegriffe

### 1. Recht

Dieses <sup>1</sup>Wort hat *zwei Bedeutungen*, die beide für die gesamte Rechtswissenschaft und damit auch für die Rechtsgeschichte grundlegend sind. Recht kann nämlich bedeuten :

#### a) objektives Recht (Recht in objektivem Sinn).

Hierunter ist zu verstehen die *Rechtsordnung*, die aus mehr oder weniger bestimmten Rechtssätzen, d.h. aus *abstrakten, für viele Fälle geltenden Rechtsregeln (Rechtsnormen)* besteht. Rechtssätze sind z.B. folgende Sätze aus dem ersten Artikel des Grundgesetzes :

„Die Würde des Menschen ist unantastbar.

Sie zu achten und zu schützen, ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“

Als weitere Beispiele seien drei Rechtssätze aus dem mittelalterlichen Strafrecht angeführt :

„Den Mörder soll man rädern ;  
den Brandstifter soll man brennen ;  
den Dieb soll man hängen.“

#### b) [r\_ziff[2]]subjektives Recht (Recht in subjektivem Sinn).

Hierunter versteht man die *Berechtigung*, d.h. das, was einem oder einer Vielzahl von Berechtigten kraft objektiven Rechts, also der Rechtsordnung, zusteht : z.B. das durch Art. 1 des Grundgesetzes gewährleistete Recht der Menschen auf Achtung der Menschenwürde ; ganz allgemein das *Eigentum* der Menschen an den ihnen gehörenden Sachen ; das *Forderungsrecht* eines Gläubigers gegenüber seinem Schuldner ; das *Pfandrecht* ; das *Erfinderrecht* des Erfinders und andere Rechte mehr.

Für die Rechtsgeschichte sind beide Bedeutungen von „Recht“ wichtig. Ganz besonders aber ist es die Bedeutung von Recht als objektivem Recht, also als Rechtsordnung, die, wie erwähnt, aus mehr oder weniger bestimmt formulierten oder formulierbaren Rechtssätzen besteht. Solche Rechtssätze sind enthalten insbesondere in *Gesetzen* und *gesetzesähnlichen Erlassen*, außerdem aber auch in sog. *Gewohnheitsrecht*, das in alter Zeit eine überragende Rolle spielte.

### 2. [r\_ziff[3]]Gesetz – Gewohnheitsrecht

a) <sup>2</sup>**Gesetz** ist eine hoheitlich, z.B. vom Bundestag, erlassene *Ordnung, die mindestens einen Rechtssatz, meist aber mehrere, sinnvoll miteinander verbundene Rechtssätze enthält*. Heute gibt es in den europäischen Staaten viele Hunderte, ja Tausende von Gesetzen, und fast täglich kommen neue hinzu, die allerdings zum Teil nur schon bestehende Gesetze abändern oder an deren Stelle treten. Die heute geltenden Gesetze sind großenteils sehr umfangreich. So umfaßt das *Bürgerliche Gesetzbuch von 1896 (= BGB)*, das, allerdings mit zahlreichen Änderungen, heute noch gilt, 2385 Paragraphen, von denen die meisten nicht nur einen, sondern mehrere Rechtssätze enthalten. In alter Zeit aber gab es nur wenige, großenteils recht kurze und in sehr alter Zeit überhaupt keine Gesetze. Aber es gab doch schon eine Rechtsordnung, die allerdings nur rudimentär ausgebildet war. Sie beruhte auf sog. *Gewohnheitsrecht*.

b) <sup>3</sup>**Gewohnheitsrecht** ist *objektives Recht, das kraft allgemeiner Rechtsüberzeugung seit langer Zeit von den Rechtsgenossen als Recht befolgt wird*. Eine solche Rechtsüberzeugung hatte meistens nur einen wenig präzisen Inhalt. So war man zwar schon in sehr alter Zeit davon überzeugt, daß man fremdes Eigentum achten müsse, also fremde Sachen weder wegnehmen noch beschädigen dürfe. Aber man hatte ursprünglich nur sehr unbestimmte Vorstellungen davon, was für Rechtsfolgen die Mißachtung fremden Eigentums nach sich ziehe, ob z.B. die Wegnahme einer fremden Sache nur die Folge habe, daß die Sache dem Eigentümer zurückgegeben werden müsse, oder ob diesem darüber hinaus eine Sühne- oder Schadensersatzleistung, und wenn ja, in welcher Art und Höhe, gebühre. Daher ist es nur sehr beschränkt möglich, den Inhalt von solchem *Gewohnheitsrecht* präzise wiederzugeben,

---

<sup>1</sup>Doppelbedeutung von „Recht“

<sup>2</sup>Begriff Gesetz

<sup>3</sup>Begriff des Gewohnheitsrechts

und können die meisten Rechtsordnungen, die in uralten Zeiten galten, höchstens in großen Zügen – also nicht in ihren Einzelheiten – erschlossen werden. In späteren Zeiten, etwa im Spätmittelalter, aber wurden manche gewohnheitsrechtliche Rechtssätze in bestimmten, formulierten Fassungen von Gerichten als geltendes Recht verkündet oder von rechtskundigen Personen privat (nicht amtlich) in sog. *Rechtsbüchern* (z.B. dem *Sachsenspiegel* von ca. 1220) aufgezeichnet. Soweit dies geschehen ist, kann ihr Inhalt ebenso genau erkannt werden, wie wenn er in einem Gesetz ausgesprochen worden wäre. – Entsprechendes gilt für gewohnheitsrechtliche Rechtssätze des modernen Rechts, die zwar neben dem heute vorherrschenden Gesetzesrecht nur eine bescheidende Rolle spielen, aber doch noch vorkommen und gelegentlich von einem Gericht verkündet werden : so etwa für den vor etwa 70 Jahren formulierten handelsrechtlichen Grundsatz :

„Wer im Geschäftsverkehr wie ein Kaufmann auftritt, muß sich gutgläubigen Dritten gegenüber wie ein Kaufmann behandeln lassen“. (Betr. den sog. „Scheinkaufmann kraft Auftretens“.)

### 3.[r\_ziff[4]] Recht im engeren und weiteren Sinn

Im geltenden Recht wird diese Unterscheidung nicht getroffen. Auch in der Rechtsgeschichte ist sie nicht allgemein gebräuchlich ; aber sie ist in ihr sinnvoll.

a) <sup>4</sup>Unter **Recht im engeren Sinn** ist *das von den Gerichten gehandhabte objektive Recht* zu verstehen. Es umfaßt also die von den Gerichten angewandten Rechtssätze. Zwischen Rechtsordnung und Gerichten bestand seit jeher ein enger Zusammenhang. Im Mittelalter war dieser sogar so stark, daß das Wort „Recht“ damals gewöhnlich „Gericht“ oder auch „gerichtliches Verfahren“ bedeutete. Zu allen Zeiten, in denen es Gerichte gab, wurden von diesen u.a. Streitigkeiten zwischen Privatpersonen über private Angelegenheiten, z.B. über die Frage, wem von ihnen ein bestimmtes Grundstück gehöre, entschieden. Maßgebend für solche Entscheide waren Rechtssätze des sog. *Privatrechts*, das stets zum Recht im engeren Sinne gehörte. Recht im engeren Sinne waren und sind aber auch die Rechtssätze des sog. *Strafrechts*, die für Rechtsbrüche bestimmte Strafen vorsehen, z.B. bestimmt geartete Todesstrafen für Mord, Brandstiftung und Diebstahl. Schließlich gehört zum Recht im engeren Sinne seit jeher auch das *Prozeßrecht*, welches das Verfahren in gerichtlichen Streitigkeiten ordnet, z.B. bestimmt, wie eine Klage vor Gericht anzubringen ist, wie die Behauptungen der Parteien bewiesen werden können und in welcher Form das Urteil auszusprechen ist.

b) <sup>5</sup>[r\_ziff[5]]**Recht im weiteren Sinn** umfaßt, außer dem Recht im engeren Sinn, solche *Rechtssätze, die nicht von Gerichten, sondern von anderen Herrschafts- oder Hoheitsträgern sowie von sozialen Verbänden gehandhabt werden*. Herrschafts- und Hoheitsträger dieser Art sind im geltenden Recht z.B. der Bundestag, der Bundeskanzler, der Bundespräsident, die Bundesministerien, der Landtag, der Regierungspräsident, der Oberstadtdirektor usw.; ehemals gehörten zu ihnen z.B. der Kaiser, die Kurfürsten, die Landesherren und die Grundherren. Von sozialen Verbänden, die in älterer Zeit für das Recht im weiteren Sinne überaus wichtig waren, können, besonders für das Mittelalter, als Beispiele genannt werden die Familie, die Geburts- und Berufsstände, die städtischen Zünfte und die ländlichen Markgenossenschaften.

Die <sup>6</sup>Tätigkeit solcher Hoheitsträger und Verbände besteht und bestand größtenteils nicht in Rechtsprechung, sondern in Gesetzgebung, Verwaltung und Regierung und noch anderem. Sie kann allerdings heute größtenteils durch Gerichte auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden. Dies ist der Grund, aus dem die Unterscheidung zwischen objektivem Recht im engeren und im weiteren <sup>7</sup>Sinn heute nicht mehr sinnvoll erscheint : Fast alle Rechtssätze können ja heute letzten Endes von Gerichten angewandt werden. Die gerichtliche Überprüfbarkeit der Rechtmäßigkeit von Gesetzen, Regierungs- und Verwaltungsmaßnahmen sowie von Handlungen im Bereich der Familie und anderen sozialen Bereichen ist aber erst ein Ergebnis des Ausbaus des modernen Rechtsstaates. Im

---

<sup>4</sup>Begriff des Rechts  
im engeren Sinn

<sup>5</sup>Begriff des Rechts  
im weiteren Sinn

<sup>6</sup>Nichtanwendbarkeit dieser  
Unterscheidung auf  
modernes Recht

<sup>7</sup>Anwendbarkeit  
auf älteres Recht

Zeitalter des monarchischen Absolutismus, also besonders im 18. Jahrhundert, sowie im Mittelalter war nämlich eine gerichtliche Überprüfung etwa von Regierungs- und Verwaltungshandlungen nur sehr beschränkt möglich, und in sehr alter Zeit war sie wohl gänzlich ausgeschlossen. Dennoch gab es schon in jenen Zeiten mehr oder weniger feste Grundsätze über Rechte und Pflichten von Hoheitsträgern und Verbänden. Doch beruhte ihre Geltung und die Korrektheit ihrer Handhabung in viel höherem Maß auf den tatsächlichen Machtverhältnissen als die Tätigkeit der Gerichte, die schon in sehr alter Zeit weitgehend unparteiisch war.

#### 4. [r\_ziff[6]]Rechtsgeschichte im engeren und weiteren Sinn

Diese Unterscheidung entspricht der von Recht im engeren und weiteren Sinn. Die *Rechtsgeschichte im weiteren Sinn* umfaßt:

**a) Die Rechtsgeschichte im engeren Sinn**, d.h. die Geschichte des von Gerichten gewährten objektiven Rechts, also vor allem des Privatrechts, Strafrechts und Prozeßrechts ;

**b) die Verfassungsgeschichte** (in einem etwas vagen, von den reinen Historikern verwendeten Sinn), d.h. die Geschichte des objektiven Rechts, soweit dieses nicht von Gerichten, sondern von anderen Herrschaftsträgern und sozialen Verbänden gewahrt wird.

Rechtsgeschichte im engeren Sinn und Verfassungsgeschichte in diesem etwas vagen Sinn stehen in enger Beziehung zueinander, ergänzen sich wechselseitig und lassen sich nicht streng voneinander scheiden. Sie werden daher in den rechtsgeschichtlichen Gesamtdarstellungen – so auch in diesem Buch – gemeinsam behandelt.

## II. [r\_ziff[7]]Bedeutung der Rechtsgeschichte für den Juristen

Die <sup>8</sup>heute geltende Rechtsordnung ist in einer zum Teil nahen, zum Teil weit zurückliegenden Vergangenheit allmählich entstanden. Daran, daß sie ihre heutige Gestalt erhalten hat, waren viele wechselnde Umstände rein tatsächlicher Art als Ursachen beteiligt : z.B. wirtschaftliche und soziale Verhältnisse ; der Stand der Technik und des Schreibvermögens ; die Entwicklung der Sprache sowie der Fähigkeit und des Willens zu abstraktem, vielleicht sogar systematischem Denken ; das jeweils herrschende religiöse und philosophische Denken ; die sittlichen Anschauungen des Volkes, besonders seiner geistig führenden Schichten ; schließlich der bei den Gesetzgebern meist vorhandene Wille, neue Gesetze in Anlehnung an überliefertes Recht zu gestalten. Es ist daher unmöglich, die geltende Rechtsordnung zu verstehen und zu würdigen, wenn man nichts oder nur wenig vom früheren Recht und den Tatsachen weiß, die auf seine Fortentwicklung bis zum gegenwärtigen Recht eingewirkt haben. Auch birgt die Vergangenheit einen großen Schatz von Rechtsgedanken sowie von Erfahrungen darüber, wie sich jene in der Praxis bewährt haben. Er nötigt zu hoher Achtung vor den Rechtsschöpfungen früherer Generationen, daneben freilich auch zu kritischer Beurteilung von vielem, was entweder von Anfang an nicht befriedigend geordnet war oder doch unter heutigen Verhältnissen und nach modernen Maßstäben unbefriedigend erscheinen müßte. – Unentbehrlich, obwohl häufig nicht in ausreichendem Maß vorhanden, ist die Kenntnis der Rechtsgeschichte in der politischen Diskussion über die Fortgestaltung der Rechtsordnung. – Aus all diesen Gründen kann niemand als gebildeter Jurist angesehen werden, wenn er keine guten Kenntnisse der Rechtsgeschichte hat.

Es <sup>9</sup>[r\_ziff[8]]gab sogar eine Epoche, in der die Rechtsgeschichte die Methode der gesamten Rechtswissenschaft entscheidend bestimmt hat. Es war dies das Zeitalter der sog. *Historischen Rechtsschule*, einer nicht förmlich organisierten wissenschaftlichen Bewegung aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, die mit gewissen Abschwächungen auch noch in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts herrschte und bis zur Gegenwart nachwirkt. Gründer der Historischen Rechtsschule waren die Römischrechtler *Friedrich Carl von Savigny* (1779–1861), der, wie kein anderer deutscher Jurist vor und nach ihm, höchsten Weltruhm erlangte, und, als Vertreter des germanisch-deutschen Rechts, *Karl Friedrich Eichhorn* sowie der berühmte Märchen-, Rechtsaltertümer- und Sprachforscher *Jacob Grimm*. Diese erklärten, die Rechtswissenschaft, und zwar im Sinn der Wissenschaft vom geltenden Recht, beruhe auf einer Verbindung von Rechtsgeschichte und Rechtssystematik. Diese Ansicht paßte für ein Zeitalter, in dem das Recht nur zu einem geringen Teil in Gesetzen für das gesamte Deutschland kodifiziert war, während im übrigen neben vielen Landesgesetzen aus der Antike überliefertes römisches Recht sowie altes deutsches

---

<sup>8</sup>ideale Bedeutung  
der Rechtsgeschichte

<sup>9</sup>grundlegende Bedeutung  
im Zeitalter der Historischen  
Rechtsschule (19. Jhdt.)

Gewohnheitsrecht galt. Doch dauerte dieser Rechtszustand nur noch wenige Jahrzehnte lang. Er wurde entscheidend verändert, nachdem <sup>10</sup>Bismarck 1871 die politische Einigung Deutschlands ohne Österreich zustandegebracht hatte. Noch 1871 wurde ein *Reichsstrafgesetzbuch* erlassen. Wenige Jahre später (1877) folgte der Erlass der heute mit Abänderungen geltenden *Reichsstrafprozeßordnung* und *Reichszivilprozeßordnung*, und gut zwei Jahrzehnte später, am 1. Januar 1900, trat das deutsche *Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)* in Kraft, *durch das das ehemals geltende, teils römisch-rechtliche, teils germanisch-rechtliche gemeine Privatrecht und die geltenden partikulären Privatrechtsordnungen*, z.B. das *preußische Allgemeine Landrecht von 1794*, abgelöst wurden. Seitdem ist historisches Verständnis nicht mehr in einem so überragenden Ausmaß wie früher für die Entscheidung von Rechtsfällen notwendig. Denn diese richtet sich jetzt meistens nach dem Text jener großen Gesetze, die im allgemeinen so klar abgefaßt sind, daß sie auch ohne geschichtliche Überlegungen verstanden werden können.

Die[r\_ziff[9]] Auffassungen der Historischen Rechtsschule wirken aber mit guten Gründen nach bis zur Gegenwart und werden auch in Zukunft ihr Gewicht behalten. Jeder Rechtsstudent soll daher Rechtsgeschichte studieren, dies zum Teil schon aus rein praktischen Gründen, weil es nach wie vor viele <sup>11</sup>Fälle gibt, die ohne Kenntnis der Rechtsgeschichte überhaupt nicht gelöst werden können (so besonders bei Rechtsfragen aus Bereichen, die, wie etwa Jagd, Fischerei und Waldgenossenschaften, beim Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuches bewußt nicht vereinheitlicht, sondern der Weitergeltung des Landesrechts überlassen wurden). Im übrigen soll das Studium der Rechtsgeschichte vor allem der allgemeinen Bildung des Juristen dienen. Üblicherweise wird es an den Beginn des Studiums gestellt. Dies hat den Vorteil, daß an Kenntnisse angeknüpft werden kann, die der Student vom Deutsch-, Geschichts- und Lateinunterricht an den Gymnasien mitbringt. Auch bildet die Rechtsgeschichte gleichsam ein Fundament der Rechtswissenschaft, mit dessen Errichtung der Bau des Ganzen zu beginnen hat.

### III. [r\_ziff[10]]Begrenzung und Gliederung des Stoffes

#### 1. Geographische Begrenzung

Über das Gesamtthema „Deutsche Rechtsgeschichte“ gibt es viele Bücher, die besonders seit einer 1803–43 erschienenen 4-bändigen „Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte“ von *Eichhorn* (s. vorn Rdnr. 8) entstanden sind. Auch werden spätestens seit jener Zeit an allen deutschen Universitäten Vorlesungen über deutsche Rechtsgeschichte gehalten. Man könnte dieses Thema so auffassen, daß es nur die Geschichte des Rechts deutschen, also letztlich germanischen Ursprungs, zum Gegenstand habe, also nicht etwa auch das Recht römischen Ursprungs, das infolge seiner sog. <sup>12</sup>Rezeption vom Mittelalter bis zum Ende des 19. Jahrhunderts in Deutschland weitgehend angewandt wurde und das Recht germanischen Ursprungs stark zurückdrängte. Indessen behandeln fast alle Lehrbücher der deutschen Rechtsgeschichte die Geschichte des Rechts schlechthin, das in Deutschland und ehemals deutschen Gebieten gegolten hat, gleichgültig welches sein Ursprung war. Das vorliegende Buch folgt insoweit jenen Werken. Gelegentlich wird es auch auf außerdeutsche Verhältnisse hinweisen, teils wegen ihres Zusammenhangs mit der deutschen Rechtsentwicklung, teils um deren Eigenart besser hervortreten zu lassen.

#### 2. [r\_ziff[11]]Zeitliche Begrenzung

Zeitlich <sup>13</sup>beginnen fast alle jene Werke und Vorlesungen mit dem Recht der sog. *germanischen Zeit*, die von etwa 100 v.Chr. bis etwa 500 n.Chr. gedauert hat. Sodann behandeln sie ausführlich das Recht der *fränkischen Zeit*, d.h. der Zeit von ca. 500 bis ca. 900, genauer bis 888, dem Jahr des Auseinanderfallens des fränkischen Reiches. Zwar hat sich ein zunächst als *regnum Teutonicorum* bezeichnetes deutsches Reich *erst nach 888* gebildet, und daher ist es nicht ganz unbedenklich, schon für die vorangegangene Zeit von einem deutschen Recht zu sprechen. Dennoch ist es gerechtfertigt, wenn dies geschieht und wenn somit auch das Recht der fränkischen, ja auch der germanischen Zeit, als deutsches Recht in die Darstellung der deutschen Rechtsgeschichte einbezogen wird. Denn das Recht des *regnum Teutonicorum* war größtenteils schon in fränkischer Zeit entstanden, und das Recht der fränkischen Zeit beruhte seinerseits weitgehend auf einer Fortbildung des Rechts der germanischen Zeit. – Die eingehende Beschäftigung mit dem Recht der germanischen und fränkischen Zeit empfiehlt sich noch aus einem anderen Grund : Sie fördert das

---

<sup>10</sup>Rückgang dieser Bedeutung  
seit 1871

<sup>11</sup>praktische Bedeutung  
der Rechtsgeschichte

<sup>12</sup>Einbeziehung des  
rezipierten römischen Rechts

<sup>13</sup>Einbeziehung der germanischen  
und fränkischen Zeit

*Verständnis für die Gemeinsamkeiten des abendländischen Rechts*, weil das Recht jener Zeiten mehr oder weniger gemeinsames Recht aller westeuropäischen Völker war und, wie das römische Recht, zu den gemeinsamen geschichtlichen Grundlagen des abendländischen Rechts schlechthin gehört. Auch in diesem Buch soll daher das zum Teil recht pittoreske Recht jener Zeiten mitbehandelt werden.

Die meisten Lehrbücher der deutschen Rechtsgeschichte führen ihre Darstellung bis zur Gegenwart. In den Vorlesungen aber gehen manche Dozenten nur bis zum Ende des Mittelalters, weil für die spätere Zeit besondere Vorlesungen über „*Verfassungsgeschichte der Neuzeit*“ sowie über „*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*“ gehalten werden. Das vorliegende Buch traf in den drei ersten<sup>14</sup> Auflagen einen Kompromiß, indem es die Darstellung bis zur Gegenwart führte, aber das 19. und besonders das 20. Jahrhundert nur knapp behandelte. Seit der 1987 erschienenen 4. Auflage aber werden diese beiden Epochen gleich ausführlich wie die älteren erörtert.

### 3. [r\_ziff[12]]Institutionelle Begrenzung

In den meisten Lehrbüchern und Vorlesungen über deutsche Rechtsgeschichte wird die Geschichte nicht des gesamten objektiven Rechts, sondern nur eines Hauptteils desselben, nämlich des sog.<sup>15</sup> *öffentlichen Rechts*, geboten. Das *öffentliche Recht regelt die Rechtsbeziehungen der Hoheitsträger untereinander sowie der Hoheitsträger zu den einzelnen Menschen*. Wichtige Teilgebiete des öffentlichen Rechts sind das *Verfassungs- und das Verwaltungsrecht*, die größtenteils erst seit knapp 100 Jahren, d.h. seit der Einführung der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, eindeutig zum Recht im engeren Sinn (s. vorn Rdnr. 4) gehören. Ferner gehören zum öffentlichen Recht das<sup>16</sup> *Strafrecht* und das *Prozeßrecht*, also zwei Kerngebiete des Rechts im engeren Sinn. Allerdings werden sie nicht immer als Teile des öffentlichen Rechts, sondern häufig als besondere Rechtsgebiete betrachtet.

Das[r\_ziff[13]] Gegenstück zum öffentlichen Recht bildet das *Privatrecht*, das auch *Zivilrecht* oder *bürgerliches Recht* genannt wird. Dieser Teil der Rechtsordnung *regelt die Beziehungen der einzelnen Menschen zueinander*, indem er z.B. Rechtssätze über den Abschluß und die Wirkung von Verträgen, über den Erwerb und die Wirkungen des *Eigentums* an beweglichen Sachen und Grundstücken sowie über Eingehung und Wirkungen der *Ehe* enthält. Das Privatrecht wird trotz seiner überragenden praktischen Bedeutung in die meisten Lehrbücher über deutsche Rechtsgeschichte nicht einbezogen, erstens weil diese Materie für den Anfänger besonders schwierig ist, und zweitens, weil es über ihre Geschichte besondere Bücher und Vorlesungen, etwa mit dem Titel<sup>17</sup> „*Deutsches Privatrecht*“ oder „*Geschichte des deutschen Privatrechts*“, gibt. Auch im vorliegenden Buch soll die Geschichte des Privatrechts grobenteils ausgeklammert werden. Jedoch wird dies nicht streng geschehen, erstens weil *erst von der sog. Rezeption des römischen Rechts hinweg, die in Deutschland mit dem 12. Jahrhundert langsam begann und ihren Höhepunkt im 16. Jahrhundert erreichte, zwischen öffentlichem und privatem Recht grundsätzlich unterschieden wurde*; ferner weil dauernd, auch heute noch, enge Zusammenhänge zwischen öffentlichem und privatem Recht bestehen; und schließlich weil das Privatrecht so wichtig ist, daß es unangemessen erscheinen würde, wenn nicht wenigstens einzelne, dem Anfänger verständliche privatrechtsgeschichtliche Belange schon in dieser rechtsgeschichtlichen Einführungsvorlesung kurz behandelt würden.

### 4. [r\_ziff[14]]Gliederung

Jede wissenschaftliche Arbeit bedarf einer äußeren Gliederung nach einem grundlegenden Einteilungsprinzip. In Schrifttum und Vorlesungen über deutsche Rechtsgeschichte ist dieses Einteilungsprinzip fast durchweg das<sup>18</sup> *chronologische*, also nach Epochen, deren Behandlung ihrerseits nach institutionellen Gesichtspunkten, etwa nach Verfassungsrecht, Strafrecht und Prozeßrecht, untergliedert zu werden pflegt.

---

<sup>14</sup>Führung der Darstellung bis zur Gegenwart

<sup>15</sup>öffentliches Recht

<sup>16</sup>Strafrecht

Prozeßrecht

<sup>17</sup>Privatrecht nur

beschränkt einbezogen

<sup>18</sup>chronologische Gliederung

Auch <sup>19</sup> dieses Buch ist so gegliedert, und zwar werden in ihm folgende Epochen gebildet :

**a) Germanische Zeit**, ca. 100 v.Chr. bis ca. 500 n.Chr., eine Zeit , in der das heutige Deutschland teils von den Römern – teils von unabhängigen germanischen Völkerschaften – civitates – besiedelt war.

**b) Fränkische Zeit**, auch als *Frühmittelalter* bezeichnet, ca. 500 bis ca. 900 (genau : bis zum Auseinanderfallen des fränkischen Reiches im Jahr 888), eine Zeit, in der erhebliche Teile des heutigen Deutschlands zum fränkischen Reich gehörten ; das heutige Westfalen gehörte allerdings erst seit ca. 800 dazu. Die fränkische Zeit wird unterteilt in die *Merowingerzeit*, ca. 500 bis ca. 750, und die *Karolingerzeit*, ca. 750 bis 900.

**c) Hochmittelalter**, ca. 900 bis ca. 1200. (Viele rechnen zum Hochmittelalter die Zeit bis zum Ende des sog. Interregnum, 1273).

**d) Spätmittelalter**, ca. 1200 bis ca. 1500. Zu ihm gehört u.a. das Zeitalter der beginnenden *Renaissance* (15. Jahrhundert) und des beginnenden *Humanismus* (ab ca. 1450).

**e) Frühe Neuzeit**, ca. 1500 bis ca. 1800. Zu ihr gehören u.a. das Zeitalter der *Reformation* und *Gegenreformation* (16. Jahrhundert), auf das manche Autoren die Bezeichnung „frühe Neuzeit“ beschränken ; ferner das Zeitalter der *Aufklärung* (18. Jahrhundert, nach manchen Autoren auch schon das 17. Jahrhundert).

Hochmittelalter, Spätmittelalter und frühe Neuzeit bilden für die deutsche Rechtsgeschichte insgesamt die Zeit des *Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation*, welches mit der Kaiserkrönung Ottos I. im Jahr 962 begann und mit der Ablegung der Kaiserkrone durch Franz II. im Jahr 1806 aufhörte.

**f) Das Zeitalter des liberalen Rechtsstaates** (1806–1900).

**g) Das Zeitalter des sozialen Rechtsstaates** (20. Jahrhundert).

Doch <sup>20</sup> wird dieser chronologische Aufbau nicht an allen Stellen des Buches streng eingehalten. Institutionen wie Grundherrschaft und Lehenwesen, die mehrere Epochen überdauert haben, werden im Rahmen derjenigen behandelt, in der sie am stärksten hervorgetreten sind, und zwar in der Weise, daß jeweils unmittelbar anschließend an den damals herrschenden Rechtszustand dessen in der Folgezeit eingetretene Änderungen aufgezeigt werden. Diese Straffung soll bewirken, daß Gesamtbedeutung und Entwicklungsgeschichte der so dargestellten Institutionen deutlich hervortreten.

## IV. [r\_ziff[15]]Schrifttum (zusammenfassende Werke in Auswahl)

### 1. Grundrisse und Lehrbücher

*Bader, Karl S. – Dilcher, Gerhard* : Deutsche Rechtsgeschichte, 1999, 853 S.

*Ebel, Friedrich – Thielmann, Georg* : Rechtsgeschichte. 3. Aufl., 2003, 519 S.

*Eisenhardt, Ulrich* : Deutsche Rechtsgeschichte, 4. Aufl.,

*Köbler, Gerhard* : Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Aufl., 2005. 308 S.

*Kroeschell, Karl* : Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1 (bis 1250), 11. Aufl., 1999. 341 S.; Bd. 2 (1250–1650), 8. Aufl., 1992. 333 S.; Bd. 3 (seit 1650), 3. Aufl., 2001, 311 S.

*Meder, Stephan* : Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 2005, 459 S.

*Mitteis, Heinrich – Lieberich, Heinz* : Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl., 1992. 570 S.

*Senn, Marcel*: Rechtsgeschichte. Ein kulturhistorischer Grundriß, 3. Aufl., 2003, 443 S.

*Wesel, Uwe*: Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht, 2. Aufl. 2001, 626 S.

### 2. Andere Einführungsliteratur

---

<sup>19</sup> die einzelnen Epochen

<sup>20</sup> Abweichung von dieser Gliederung

*Coing, Helmut* : Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland, 4. Aufl., 1981. 139 S.  
*Hattenhauer, Hans* : Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Aufl., 1996. 475 S.  
*Kaufmann, Ekkehard* : Deutsches Recht. I. Die Grundlagen, 1984. 193 S.  
*Laufs, Adolf* : Rechtsentwicklungen in Deutschland, 5. Aufl., 1996. 461 S.

3. Handbücher

*Conrad, Hermann* : Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1: Frühzeit und Mittelalter, 2. Aufl., 1962 (Neudruck 1982). 496 S.; Bd. 2: Neuzeit bis 1806, 1966 (Neudruck 1982). 552 S.

4. Werke über Teilbereiche der deutschen Rechtsgeschichte

a) Privatrechtsgeschichte

*Mitteis, Heinrich – Lieberich, Heinz* : Deutsches Privatrecht, 10. Aufl., 1988. 198 S.  
*Schlosser, Hans* : Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl., 2001, 315 S.  
*Wesenberg, Gerhard – Wesener, Gunter* : Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl., 1985. 304 S.  
*Wieacker, Franz* : Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967. 659 S.

b) Strafrechtsgeschichte

*Rüping, Hinrich-Jerouschek, Günter* : Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl., 2002. 136 S.  
*Schmidt, Eberhard* : Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965 (unveränderter Nachdruck 1995). 481 S.

c) Verfassungsgeschichte und Geschichte des öffentlichen Rechts

*Boldt, Hans* : Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 1 (bis 1806), 3. Aufl., 1994. 377 S.; Bd. 2 (von 1806 bis zur Gegenwart), 1990. 377 S.  
*Duchhardt, Heinz* : Deutsche Verfassungsgeschichte 1495–1806, 1991, 270 S.  
*Frotscher, Werner – Pieroth, Bodo* : Verfassungsgeschichte, 5. Aufl. 2005, 418 S.  
*Grimm, Dieter* : Deutsche Verfassungsgeschichte 1776–1866, 3. Aufl., 1995. 270 S.  
*Huber, Ernst Rudolf*: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, 7 Bde., 1957–1985. 1982–1992 sind von den 5 ersten Bänden Neuauflagen erschienen, ferner 1991 als 8. Bd. ein Register. Insgesamt über 7000 S.  
*Menger, Christian-Friedrich* : Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 8. Aufl., 1993. 227 S.  
*Stolleis, Michael* : Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 3 Bde., 1988–2000. Insgesamt über 1300 S.  
*Willoweit, Dietmar* : Deutsche Verfassungsgeschichte, 5. Aufl., 2005, 593 S.

d) Geschichte des Kirchenrechts

*Feine, Hans-Erich* : Kirchliche Rechtsgeschichte, 1. Bd.: Die katholische Kirche, 5. Aufl., 1978. 788 S.

e) Biographien/Geschichte der Rechtswissenschaft

*Kleinheyer, Gerd – Schröder, Jan* : Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl., 1996. 579 S.  
*Stintzing, Roderich-Landsberg, Ernst* : Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3 Bde.,

1880–1910 (unveränderter Neudruck 1978). Insgesamt 3369 S.

*Schröder, Klaus-Peter* : Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz. Eine deutsche Rechtsgeschichte in Lebensbildern, 2001, 276 S.

*Stolleis, Michael* (Herausgeber): Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, 2001, 719 S.

*Wolf, Erik* : Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl., 1963. 803 S.

5. Werke über die Rechtsentwicklung in **der ehemaligen DDR, in Österreich und der Schweiz**

*Brunner, Georg* : Einführung in das Recht der DDR, 2. Aufl., 1979. 224 S.

*Baltl, Hermann – Kocher, Gernot* : Österreichische Rechtsgeschichte, 10. Aufl., 2004. 344 S.

*Brauneder, Wilhelm – Lachmayer, Friedrich* : Österreichische Verfassungsgeschichte, 9. Aufl., 2003. 292S.

*Lehner, Oskar* : Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, 3. Aufl., 2002. 440 S.

*Carlen, Louis* : Rechtsgeschichte der Schweiz, 3. Aufl., 1988. 129 S.

*Heusler, Andreas* : Schweizerische Verfassungsgeschichte, 1920 (Neudruck 1968). 392 S.

*Peyer, Hans Conrad* : Verfassungsgeschichte der alten Schweiz, 1978 (Nachdruck 1980). 160 S.

6. Gesamteuropäische Rechtsgeschichte

*Coing, Helmut*: Europäisches Privatrecht, 2 Bände, über 1300 Seiten, 1985, 1989.

*Hattenhauer, Hans* : Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl., 2004. 900 S.

7. Lexikon

*Erler, Adalbert – Kaufmann, Ekkehard* (Herausgeber): Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. 1964–1998, 5 Bände. Insgesamt über 10200 Spalten.

## V. [r\_ziff[16]]Rechtsquellen

### 1. Begriff

*Rechtsquellen* (= *Rechtserkenntnisquellen*) sind die ursprünglichen Dokumente und anderen Zeugnisse, aus denen das ehemalige und das geltende objektive Recht erkannt werden kann.

[r\_ziff[17]]2. Unmittelbare und mittelbare Rechtsquellen

<sup>21</sup>**a) Unmittelbare Rechtsquellen** geben im Wortlaut Rechtssätze wieder, die von Gerichten und anderen Hoheitsträgern anzuwenden sind. Sie sind für die Erkenntnis des ehemaligen Rechts besonders wichtig. Für die ältere Zeit bestehen sie fast ausnahmslos aus *schriftlichen Dokumenten* mit Aufzeichnungen insbesondere von Gesetzen und gesetzesähnlichen Erlassen, aber auch von *Gewohnheitsrecht* (also von Rechtssätzen, die aus allgemeiner Rechtsüberzeugung seit langer Zeit gehandhabt und befolgt wurden, obwohl sie niemals von einem Hoheitsträger als Gesetz erlassen worden waren (s. vorn Rdnr. 3)).

**b) <sup>22</sup>[r\_ziff[18]]Mittelbare Rechtsquellen** sind Rechtsquellen, aus denen ehemals oder heute geltendes objektives Recht *erschlossen* werden kann. Die durch mittelbare Rechtsquellen erlangte Kenntnis ist meistens nicht so sicher und nicht so genau wie die durch unmittelbare Rechtsquellen ermöglichte Kenntnis. Aber es sind viel mehr mittelbare als unmittelbare Rechtsquellen auf uns gekommen, ja für einzelne, besonders für sehr alte Zeiten, gibt es überhaupt nur mittelbare Rechtsquellen, so für die germanische Zeit, weitgehend aber auch für das 10.–12. Jahrhundert, also das Hochmittelalter. Sie sind denn auch für die Erforschung der Rechtsgeschichte <sup>23</sup>unentbehrlich. Zu ihnen gehören *Urkunden* über Gerichtsentscheide und einzelne Verträge ; ferner schriftliche Register, etwa über

---

<sup>21</sup> Begriff der unmittelbaren  
Rechtsquellen

<sup>22</sup> Begriff der mittelbaren  
Rechtsquellen

<sup>23</sup> Beispiele

Geburt, Eheschließung und Tod von Personen oder über Rechtsverhältnisse an Grundstücken ; weiterhin altes und neues *Kartenmaterial* ; desgleichen *chronikalische Aufzeichnungen* ; mit starken Vorbehalten auch die ältere und neue *schöne Literatur* ; ebenso *Bildwerke* und Skulpturen ; sodann *archäologische Gegenstände* : z.B. die Überreste alter Gerichtsstätten, Burg- und Schloßanlagen, Rathäuser und Stadtmauern, Kirchen, Grenzzeichen, Flurformen, Strafvollzugs-Werkzeuge.