Über
die historische Methode auf dem Gebiet
des deutschen Civilprozessrechts.

Festrede

gehalten in der

öffentlichen Sitzung der k. b. Akademie der Wissenschaften
zu München

am 27. Dezember 1888

von

Julius Wilhelm v. Planck

o. Mitglied der historischen Klasse der k. Akademie.

München 1889

im Verlag der k. b. Akademie.

Über
die historische Methode auf dem Gebiet
des deutschen Civilprozessrechts.

Festrede

gehalten in der
öffentlichen Sitzung der k. b. Akademie der Wissenschaften
zu München

am 27. Dezember 1888

von

Julius Wilhelm v. Planck

o. Mitglied der historischen Klasse der k. Akademie.

München 1889
im Verlag der k. b. Akademie.

Königliche Hoheit!

Hochansehnliche Versammlung!

Es sind noch nicht ganz 70 Jahre, als die königlich bayerische Akademie der Wissenschaften die Preisfrage stellte:

1. wie war nach der altdeutschen und altbayerischen Rechtspflege das öffentliche Gerichtsverfahren, sowohl in bürgerlichen als peinlichen Rechtsvorfallenheiten beschaffen?
2. welchen vortheilhaften oder nachtheiligen Einfluss hatte es auf die Verminderung oder Abkürzung der Streitigkeiten und auf die richtige Anwendung der Gesetze?
3. wann, wie und unter welchen Verhältnissen hat sich solches wieder verloren? —

Die Preisfrage wurde gestellt in einer Zeit, in welcher nach Beendigung der Freiheitskriege die Neugestaltung des Gerichtswesens in Deutschland die Gemüther, nicht bloss der Juristen, aufs lebhafteste beschäftigte. Sollte man in den von der französischen Herrschaft befreiten Rheinprovinzen die von den Franzosen eingeführten Neuerungen, die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, die Staatsanwaltschaft, das Schwurgericht, jetzt wieder beseitigen? Oder war es rathsam, diese Einrichtungen, für deren Beibehaltung die dortige Bevölkerung sich lebhaft aussprach,¹⁾ auch auf die alten deutschen Lande, sei es ganz, oder zum Theil, sei es rein, oder in deutschem Geiste umgearbeitet, zu übertragen? Der Streit drehte

sich nicht bloss um Fragen juristischer Technik, er hatte — und daraus erklärt sich die allgemeine Theilnahme — einen sehr ausgesprochenen politischen Hintergrund. Denn es handelte sich im Grunde darum, die unter der ungünstigen politischen Entwicklung Deutschlands zum Bureaudienst herabgesunkene Rechtspflege wiederum, soweit es die Natur derselben gestattet, zu einer volksthümlichen zu erheben.

Mit ihrer Preisfrage verwies die Akademie die Streitenden mit Recht auf den Weg historischer Forschung. Zugleich deutete sie an, wo diese Forschung einzusetzen habe, nämlich an erster Stelle in der Ermittlung dessen, was vor Alters in Deutschland selbst bzw. in Altbayern Rechtens gewesen sei.

Der Erfolg war ein überaus günstiger. Zwar nicht in der Richtung, in der man ihn zunächst erwartet hatte. Denn es wird kaum behauptet werden können, dass die eingelieferten und hernach gedruckten 4 Preisarbeiten²⁾ einen entscheidenden Einfluss auf die Lösung des obwaltenden Streites ausgeübt haben. Die immerhin durch sie mit vorbereitete Lösung erfolgte bekanntlich erst durch die politische Bewegung am Ende der vierziger Jahre. Aber in anderer Beziehung ergab sich ein fast unverhoffter reicher Gewinn. Zumal die mit dem ersten Preise gekrönte Schrift von Georg Ludwig Maurer, aber auch die drei andern gekrönten Schriften lieferten nicht bloss Untersuchungen über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des altgermanischen und altbayerischen Gerichtsverfahrens, sie entrollten vielmehr ein auf gründliche Quellenstudien gestütztes Bild des altdeutschen Gerichtsverfahrens überhaupt. Und nun hätte man glauben sollen, dass die Wissenschaft des deutschen Prozessrechts sich des ihr Dargebotenen aufs eifrigste bemächtigt hätte, um es für ihre Zwecke zu verarbeiten, zu erweitern und zu befestigen, um so mehr, als die historische Methode auf anderen Gebieten des Rechts schon damals bedeutende Erfolge erzielt hatte. Allein die Erwartung traf nicht ein: für die Prozessrechtslehrer war dieser Schatz vergebens gehoben. Wie erklärt sich diese auffallende Erscheinung? Der Ver-

such einer Antwort führt zu einer näheren Betrachtung des Entwicklungsgangs, den die wissenschaftliche Bearbeitung des Prozessrechts in Deutschland überhaupt genommen hat, insbesondere zu der Frage, wann und in welcher Weise die historische Methode auch auf diesem Gebiete sich Eingang verschafft hat. Das in kurzen Zügen zu schildern, sei die Aufgabe.

Die ersten in Deutschland auftretenden Versuche, das Prozessrecht zu lehren, verfolgen durchweg den Zweck der praktischen Anweisung zum Handeln vor Gericht. So will der der Mitte des vierzehnten Jahrhunderts angehörende Richtsteig Landrecht des märkischen Ritters Johann von Buch zeigen, wie man vor weltlichem Gericht die Rechtssätze des Sachsenspiegels zur Geltung zu bringen habe, während der in weit früherer Zeit entstandene, später unter dem Namen des Joannes Andreae weit verbreitete ordo iudiciarius auf romanistischer Grundlage den Rechtsgang vor geistlichem Gericht schildert. Beide Strömungen gingen eine Zeit lang neben einander, bis allmählich die erstere, man möchte sagen die germanistische, mit dem immer zunehmenden Einfluss des eindringenden fremden Rechts auch auf die weltlichen Gerichte, in den Hintergrund gedrängt ward. Begreiflicher Weise wurde auf den in immer steigender Zahl auf deutschem Boden aber nach auswärtigem Muster errichteten und wenigstens anfangs vorwiegend mit ausländischen Juristen besetzten Universitäten fast nur der römisch-kanonische Prozess gelehrt, während der abweichende deutsche Brauch im Anfang höchstens auf den sächsischen Universitäten Leipzig, Wittenberg, Jena Beachtung fand. Die Methode der Darstellung aber blieb überall nur eine rein praktische, selbst dann noch, als der gewaltige Angriff Hermann Conring's auf die vermeintlich allumfassende Herrschaft des römischen Rechts in Deutschland auf die Nothwendigkeit historischer Forschung hingewiesen hatte. Doch blieb der lebhaft geführte Streit nicht ganz ohne Einfluss. Einigte man sich gleich damals in der Formel, dass fundatam intentionem habe, wer sich auf römisches Recht berufen könne, so war man doch geneigt, anzuerkennen, dass dasselbe auf

dem Gebiet des öffentlichen Rechts keineswegs die volle Herrschaft zu erringen im Stande gewesen sei. Die Folge davon war, dass in der dem Prozessrecht angehörenden Lehre von der Gerichtsverfassung in umfassender Weise auch deutschrechtliche Grundsätze als geltendes Recht zur Darstellung gelangten. Auch hatte man an diesem Beispiel einzusehen gelernt, dass mit historischen Argumenten praktische Erfolge sehr wohl zu erzielen seien. Gleichwohl blieb die Darstellung des Prozessrechts nach wie vor eine rein praktische. Man war zufrieden, wenn man zum Beweis der vorgetragenen der Hauptsache nach den Italienern entnommenen Sätze auf eine einigermaßen passende Stelle des *corpus iuris civilis* oder *canonici* oder der Reichskammergerichtsordnung und sonstigen für die höchsten Reichsgerichte bestimmten Reichsgesetze sich berufen, oder doch eine möglichst grosse Zahl juristischer Autoritäten Italiens, später auch Deutschlands anführen konnte, und, wo auch das nicht anging, musste die Berufung auf die Praxis, auf den Gebrauch der Gerichte aus- helfen. Von einer gründlichen und umfassenden Erforschung der Entstehung und des geschichtlichen Zusammenhangs der einzelnen Rechtssätze und Institute, um zu einer sichereren und richtigeren Erkenntniss des geltenden Prozessrechts zu gelangen, war keine Rede. Die Beschäftigung damit, vollends mit der Frage, wie es denn vor der Rezeption des römischen Rechts im Gerichtsverfahren Deutschlands ausgesehen habe, überliess man den Historikern, wenn auch Einsichtigeren die Ahnung vorschwebte, dass auf diesem Wege für Manches wichtiger Aufschluss zu erhalten sein möchte. So sagt von Kreittmayr³⁾ (1754):

Die *leges Baiuvaricae*, das alte Rechtbuch die Prozessordnung Kaysers Ludovici Bavari, und was in annis 1518 und 1520 in Gerichtssachen verordnet worden, seynd zwar lauter Antiquitäten, welche heut zu Tag wenig, oder gar keinen Nutzen mehr zu haben scheinen. Allein obwohl dieses quoad *usum iuridicum* nicht gänzlich widersprochen werden mag. so bleibt doch *usus historicus* davon übrig, und da sich

mancher so viele Mühe giebt, aus denen meistens erdichteten Reiss-Beschreibungen die Sitten und Gesätz fremder Völkern in andern Welttheilen aufzusuchen, so wird es endlich für einen Patrioten wohl der Mühe lohnen, wann er sich auch in dem alten Bayerland zuweilen ein wenig umsiehet, und was unsere Voreltern hierin gedacht und gemacht haben, zu erforschen sucht, dazumalen dadurch in vielen Stücken das rechte Licht aufgezündet, und die wahre Ursach dessen, was uns ein mysterium geschienen hat, hell klar aufgedeckt wird.

Dieser Auffassung entsprechend fehlt es denn auch im vorigen Jahrhundert nicht an einer Beschäftigung der freilich nicht zahlreichen Rechtshistoriker mit dem altdeutschen Gerichtswesen. Aber was sie vortragen, ist nicht viel mehr als eine aus den Rechtsquellen der verschiedensten Zeiten und Orte mit Fleiss und Gelehrsamkeit zusammengetragene Sammlung zusammenhangloser Einzelheiten,⁴⁾ hie und da mit einer nicht immer glücklichen Hindeutung auf die daraus zu gewinnende Erklärung von Ueberresten im dermalen geltenden Prozessrecht.⁵⁾ Charakteristisch ist, dass der Verfasser einer der besten Arbeiten, Carl Philipp Kopp, seiner Darstellung des in Kurhessen geltenden Prozesses zwar einen historischen Theil vorausschickt, um, wie er sagt, dem Vorwurfe einer allzugrossen Trockenheit zu entgehen,⁶⁾ aber davon in seinem nachfolgenden praktischen Theil keinen weiteren Gebrauch macht, sondern dem Leser überlässt, zu ermitteln, wieviel aus dem auch in Kurhessen herrschenden altdeutschen Brauch in den Rechtszustand der Gegenwart übergegangen sei.

Aber auch die aus anderen Quellengebieten gelieferten historischen Untersuchungen, sowohl des römischen als kanonischen Rechts, blieben auf die Darsteller des Prozessrechts in Deutschland vorerst ohne wesentlichen Einfluss. Zwar lernte man einsehen, dass das s. g. gemeine deutsche Prozessrecht, welches man vortrug, keineswegs das aus den zerstreuten Sätzen des *corpus iuris civilis* ohnehin schwer

erkennbare römische Prozessrecht sei, dass vielmehr, wie Johann Georg Estor 1743 sagt,⁷⁾

der heutige process aus den regeln des Römischen und päpstlichen auch Teutschen recht, nicht minder aus den meinungen der glossatoren und zum theile dem Sächsischen processe geflossen sey.

Auch dürfen die noch jetzt lehrreichen Untersuchungen nicht unerwähnt bleiben, in denen Just Henning Böhmer⁸⁾ bei Darstellung des *usus modernus iuris canonici* die Fortentwicklung der römischen Prozessrechtsinstitute durch die päpstlichen Dekretalen und deren spätere Schicksale in Deutschland festzustellen unternahm. Aber trotzdem begnügte sich die weit überwiegende Mehrzahl der deutschen Prozessrechtslehrer, Estor selbst nicht ausgenommen, nach wie vor damit, den von ihren unmittelbaren Vorgängern übernommenen Stoff als geltendes Recht vorzutragen, allenfalls unter Hinweisung und im Anschluss an die partikularen Gerichtsordnungen, unter deren Herrschaft der Verfasser lebte und lehrte, oder von denen er durch seine ausgedehnte Fakultäts- und Schöffenstuhl-Praxis Kenntniss erhalten hatte. Nimmt man hinzu, dass beim Ausschluss der Oeffentlichkeit, bei der fast unbeschränkten Geltung der Schriftlichkeit in der Praxis wie in der Theorie ein geisttödtender Formalismus die Herrschaft führte, so erscheint der vorhin erwähnte Vorwurf allzu grosser Trockenheit als eine recht gelinde Bezeichnung der damals üblichen Lehrmethode.

Der Aufschwung, den das geistige Leben der Nation gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts nahm, kam auch der Rechtswissenschaft und insbesondere dem Prozessrecht zu Gute. Das tritt in zwei neben einander einsetzenden Richtungen zu Tage: der philosophischen und historischen, wie man sie kurz bezeichnen möchte. Die erstere, getragen durch die vorherrschende Richtung des Zeitalters auf philosophische Betrachtung, fand noch besondere Anregung durch die tief einschneidenden Reformen, mittelst deren Friedrich der Grosse (1781) den Gebrechen der preussischen Civilrechtspflege abzuhelfen sich bemühte. Indem man die Grundprinzipien des gel-

tenden Prozessrechts, die leitenden Gedanken der vorhandenen Prozessinstitute aufsuchte, um von da aus das Lehrgebäude folgerecht im Einzelnen aufzuführen, erwartete man zugleich eine Entscheidung zu finden, ob und inwieweit jene Reformen vom gesetzgeberischen Standpunkt aus gerechtfertigt seien.⁹⁾ Unzweifelhaft gelangte man auf diesem Wege zu einer geistvolleren Lehrmethode, deren Verdienste sich bis in die Gegenwart erstrecken. Aber indem man als Grundlage des Philosophirens unbesehen den von den Vorgängern übernommenen Stoff herübernahm, ward die Gefahr nahe gerückt, das immerhin geltende positive Prozessrecht auf dem Wege philosophischer Kritik nach dem Gutdünken des Einzelnen zurechtzuschneiden. Denn dass selbst das geschriebene einzelne Gesetz, welches dem Geist der Gesetzgebung oder der aus ihr in richtiger Weise abgeleiteten s. g. Natur der Sache widerspreche, keiner Anwendung fähig sei, glaubte man geradezu behaupten zu dürfen.¹⁰⁾ Der Gefahr wirkte entgegen die Besonnenheit Anderer,¹¹⁾ welche am positiv Gegebenen festhaltend, aus ihm mit logischer Schärfe in lichtvoller Klarheit das Lehrgebäude der gemeinen deutschen Prozesstheorie aufführten und aus dem reichen Schatze praktischer Erfahrung in allen Einzelheiten anschaulich und lebendig zu gestalten wussten. Freilich ward dabei zu wenig beachtet, dass das positiv Gegebene ein historisch Gewordenes, aus den Reichsgesetzen, dann dem kanonischen und schliesslich dem römischen Recht, welche man als einzige Quellen aufführte, allein nicht Erkennbares sei. Und in der That lag auch der ganzen Darstellung weit weniger der Wortlaut dieser geschriebenen Quellen, als der usus modernus derselben zum Grunde, wie er sich durch die zahlreichen Citate der theoretischen und praktischen Prozessliteratur ersichtlich machen liess.¹²⁾ Mit der Schaffensfreudigkeit an dem wohl gelungenen Bau verband sich, wenn man auch Reformen im Einzelnen zugestehn wollte, doch zugleich die patriotische Hoffnung, dass es auf diesem Wege gelingen werde, die durch die politischen Ereignisse nahe gelegte Gefahr der Verdrängung des vaterländischen deutschen durch den fremden französischen Prozess abzuwehren.

Indem das ganze Buch — sagt von Almindingen¹³⁾ 1807 — die höchsten Grundsätze des gemeinen deutschen Prozesses darzustellen strebt, soll es der Weisheit unserer Väter ein ehrenvolles Denkmal stiften. Es soll den Beweis liefern, dass Deutschland die Grundlage der vollendetsten Justizgesetzgebung besitzt, welche je einem gebildeten Volke zu Theil ward. Am Vorabend der Vernichtung derselben — ist ein solcher Beweis weniger als jemals überflüssig. — Noch ist eine mehr als jemals nöthige, selbständige, aus den Bedürfnissen der Zeit, aus den Fortschritten deutscher Kultur, aus den Ansichten deutscher Gesetzgebungsphilosophie hervorgegangene deutsche Reform möglich; noch ist es Pflicht jedes deutschen Geschäftsmannes und Gesetzkundigen, für eine solche Reform zu reden und zu handeln.

Andere freilich theilten diese Hoffnung nicht, meinten auch wohl, „durch Einführung des öffentlichen und mündlichen Verfahrens, welches sich in Gallien ziemlich rein erhalten habe, werde der ächte römische Prozess wieder zu Ehren gebracht werden.“¹⁴⁾

Den richtigen Weg, um mit Hülfe wissenschaftlicher Forschung zur Lösung des Streits zu gelangen, wies Karl Friedrich Eichhorn, indem er in der Vorrede zum ersten Bande seiner deutschen Staats- und Rechtsgeschichte 1808, in dieser Zeit des Werdens und Uebergangs aus einem Zustand der Dinge in einen andern es für wichtiger als je erklärte, den Blick auf die Vergangenheit zu richten, und sich mit dem Geist unserer ehemaligen Verhältnisse vertraut zu machen.

Mag nun von diesen — fügt er hinzu — mehr oder weniger in die neuen Einrichtungen aufgenommen werden, — ohne eine genaue Kenntniss dessen was war, und der Art und Weise, wie es das wurde, was es war, wird es immer unmöglich sein, ihren Geist und ihr Verhältniss zu dem, was bestehen bleibt, richtig aufzufassen.

Aber das in diesen Worten niedergelegte Programm der historischen Richtung sollte nicht bloss den augenblicklichen Bedürfnissen

der Gesetzgebungspolitik dienen, es war auch die einzig zuverlässige Grundlage für das richtige Verständniss des bestehenden positiven Rechts. Eichhorn ist nicht der Gründer der s. g. historischen Schule. Vor ihm haben schon Andre, namentlich Hugo, in gleicher Richtung im römischen Recht gearbeitet. Aber Eichhorn ist der Erste, der das in Deutschland von den ältesten Zeiten bis auf die Gegenwart entwickelte Recht als ein selbständiges historisches Ganze auffasste, in welchem das fremde seit dem vierzehnten Jahrhundert grösseren Einfluss gewinnende Recht nur einen das nationale Recht modifizirenden Faktor bildet. Es ist begreiflich, dass in Eichhorn's alle Theile des Rechts umfassender deutscher Rechtsgeschichte das Prozessrecht nur einen beschränkten Raum einnehmen konnte, um so begreiflicher, als ihm zumal bezüglich der älteren Zeit nur wenig zuverlässige Vorarbeiten Anderer zu Gebot standen. Auffallend aber ist es, dass er auf diesem Gebiete vorerst nur äusserst wenige Nachfolger und auch diese nur in der Richtung auf gründlichere Erforschung des ältesten deutschen Rechts¹⁵⁾ fand, während die eigentlichen Prozessrechtslehrer nach wie vor die historische Behandlung ihres Stoffs entweder gänzlich ignorirten oder doch nur der römischrechtlichen Grundlage ihre Aufmerksamkeit schenkten. Die Erklärung der letzteren Erscheinung liegt in der Herrschaft, welche das römische Recht noch immer über die Geister ausübte, und auch die meisten Anhänger der historischen Schule veranlasste, sich zunächst nur mit der gründlicheren historischen Erforschung des römischen Rechts zu befassen. Dazu kam noch ein äusserer Umstand: die Entdeckung des unverstümmelten Gaius 1816 durch Niebuhr, wodurch über das Prozessrecht der klassischen Zeit ein ganz neues Licht sich verbreitete. In Folge dessen fand der rein römische Civilprozess bis auf die Gegenwart eine Reihe trefflicher Bearbeiter, die freilich mit Vorliebe mit dem Prozess der klassischen Zeit sich beschäftigten, und zwar vorzugsweise zu dem Zweck, um von da aus für die Entwicklung des materiellen Rechts neue Aufschlüsse zu gewinnen.

Inzwischen war Savigny bei seinem Unternehmen, die Geschichte

des römischen Rechts im Mittelalter zu erforschen, als er darauf ausging, den Zustand der Römer in den auf dem Boden des weströmischen Reichs neu gegründeten germanischen Staaten zu untersuchen, auf die Nothwendigkeit einer eingehenden Beschäftigung mit den altgermanischen Rechtsquellen geführt worden, um mindestens die germanische Gerichtsverfassung der eingedrungenen Sieger genauer zu erfassen. Seine mit der Unterstützung Eichhorn's, wie er selbst dankbar anerkennt,¹⁶⁾ durchgeführte Arbeit legte nicht bloss den Grund für die Forschungen seiner Nachfolger auf diesem Gebiete, sie brachte auch den den Ton angehenden deutschen Rechtsgelehrten zum Bewusstsein, dass es selbst auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts mit der einseitigen Erforschung des reinen römischen Rechts nicht genug sei, dass vielmehr, um das im Mittelalter rezipirte Recht zu verstehen und in Folge dessen den Rechtszustand der Gegenwart richtig zu erfassen, germanistische Forschungen schlechterdings unentbehrlich seien. Das kam sofort auch der wissenschaftlichen Bearbeitung des Prozessrechts zu Gute. Es ist Bethmann-Hollweg, der durch Savigny auf dieses Feld verwiesen, 1821 als der Erste ein sorgsam durchdachtes und mit voller Klarheit entwickeltes Programm über die historische Behandlungsart des gemeinen deutschen Prozesses aufstellte.¹⁷⁾

Er geht aus von der Thatsache, dass der auf den Trümmern des klassischen Prozesses auferbaute Justinianeische Prozess nach Auflösung des westlichen römischen Reichs zwar in den Gerichten der neuen germanischen Staaten, wo man römisches Recht anwandte, sich forterhalten habe, aber den wesentlichsten Modificationen unterworfen worden sei, theils durch die in Folge der Völkermischung veränderte Sitte, theils durch den Einfluss der Kirche und ihrer Gesetzgebung, welche namentlich auch germanische Elemente aufnahm. Das im romanischen Süden, in Italien, dem südlichen Frankreich und Spanien neu erwachte wissenschaftliche Leben habe dann aus diesen Grundlagen einen neuen gemeinen Prozess herausgearbeitet, und dieser sei es, welcher demnächst im vierzehnten und fünfzehnten Jahrhundert

in Deutschland unter Verdrängung des ältern deutschen Prozesses aufgenommen worden, und bis auf die Gegenwart nur in Einzelheiten geändert worden sei, nicht sowohl durch allgemeine Gesetzgebung als durch ein stillwirkendes Gewohnheitsrecht, welches sich in zwei Organen, dem Gerichtsgebrauch und der wissenschaftlichen Jurisprudenz fortgebildet habe.

Soll nun — so schliesst er — unser gemeiner Prozess auf eine gründliche Weise aus den Quellen studirt werden, so darf man nicht die einzelnen Bestimmungen des römischen und canonischen Rechts und der Reichsgesetze wie eine gleichzeitige, theilweise sich widersprechende Gesetzgebung künstlich zu vereinigen und zu einem Ganzen zusammensetzen suchen; denn so betrachtet würde man sie nicht einmal in ihrem wahren Sinne verstehn und viele Rechtssätze würden ohne alle rechtliche Begründung bleiben: sondern es ist das positive Recht in seiner Entwicklung und in den mannigfachen Gestalten, in welchen es sichtbar hervorgetreten, historisch zu verfolgen. Dabei sind die Gesetze, die jenes unsichtbare Recht aussprechen oder modificiren, nicht zu vernachlässigen; eben so unentbehrlich aber ist das Studium der Literatur der verschiedenen Zeiten, weil daraus ganz vorzüglich das Gewohnheitsrecht in seiner doppelten Gestalt, dem Gerichtsgebrauch und der wissenschaftlichen Theorie erkannt wird. Es wäre demnach in jeder Lehre, bei welcher ein solcher vollständiger historischer Zusammenhang statt findet, anzufangen vom römischen Recht und zwar in der klassischen Zeit, weil ohne dieses auch das Justinianische nicht begriffen werden kann. Von diesem ist überzugehn zu den Schriften der Glossatoren, und in Verbindung mit diesen zu den ältern und neuern Quellen des canonischen Rechts. Was im canonischen Recht germanischen Ursprungs ist oder auf eigenthümlichen Einrichtungen der Kirche beruht, muss ebenfalls in seinem natürlichen Zusammenhang betrachtet werden. Die Reihe

der ausländischen praktischen Schriftsteller ist zu verfolgen bis ins sechzehnte Jahrhundert; hier treten die deutschen Schriftsteller ein, in Verbindung mit ihnen die Reichsgesetze und Particular-Prozessordnungen in historischer Folge bis auf den heutigen Tag. Nur auf diese Weise ist es möglich, in den vollständigen Besitz des vorhandenen Materials unseres gemeinen Prozesses zu gelangen. Wie weit man sich dabei auf Erforschung des älteren Rechts einzulassen habe — das muss dem Urtheil eines jeden überlassen bleiben, nur dass man dabei das letzte Ziel, das Verständniss und die Ausbildung unseres heutigen praktischen Rechts im Auge behalte.

Diesem Programm getreu unternahm es Bethmann-Hollweg, ein Handbuch des Civilprozesses auszuarbeiten, von dessen erster die Geschichte behandelnden Abtheilung 1834 der erste Band erschien, der die Gerichtsverfassung und den Prozess des sinkenden römischen Reichs darstellte, während der zweite der Darstellung des römischen Rechts im Mittelalter, also in seiner Umgestaltung durch germanische Sitte und durch die kirchliche Gesetzgebung, der dritte dem gemeinen deutschen Rechte, wie es sich aus deutscher und fremder Wurzel entwickelt hat, gewidmet sein sollte.¹⁸⁾ Diese weiteren Bände sind nicht erschienen aus einem später zu erwähnenden Grunde, der für die Fortentwicklung der historischen Methode in Behandlung des deutschen Prozessrechts von besonderem Interesse ist.

Schon vor Erscheinen dieses ersten Bandes hatte Heffter 1825 in seinen „Institutionen des römischen und teutschen Civilprozesses“ eine gedrängte und doch sehr reichhaltige Darstellung des gemeinen Prozessrechts auf historischer Grundlage unternommen. Heffter ist gleich Bethmann-Hollweg Romanist; ja er betont noch schärfer, wie jener, die römisch-rechtliche Grundlage. Denn er will, wie er selbst sagt:

die Entwicklung desjenigen, was wir gemeinen deutschen Prozess nennen, auf einer Grundlegung des römischen Prozess-

rechts versuchen, und jenen solchergestalt auf seine wahren, bis zu den äussersten Quellen zurückführen.

Doch verkennt er keineswegs, dass nicht der ihm nach der Entdeckung des Gaius besonders anziehende Prozess der klassischen Zeit, sondern der der Zeit Justinians in Deutschland rezipirt sei, und auch dieser nur in der Gestalt, welche ihm die Glossatoren gegeben hatten.¹⁹⁾ Ja seinem Scharfblick entgeht nicht, dass manche Erscheinungen des gemeinen Prozesses und zwar nicht bloss der Gerichtsverfassung, sondern auch des Verfahrens nur aus dem älteren deutschen Prozess erklärbar sind.²⁰⁾ Allein sein Hauptbestreben geht eben doch dahin, die gesammte Lehre auf römisch-rechtlicher Grundlage aufzuerbauen.

Dem gegenüber nun machte Nietzsche bei einer Besprechung²¹⁾ des Heffter'schen Buches Zweierlei geltend. Anknüpfend zunächst an die Thatsache, dass nicht das eigentliche römische Prozessverfahren, sondern bloss das, was man aus den oft falsch verstandenen noch öfters unrichtig angewendeten Quellen und dem damaligen Gerichtsgebrauch als Prozessrecht entwickelte, bei uns einheimisch geworden sein könne, sprach er sich dahin aus, „dass die Romanisten und Dekretisten des Mittelalters, selbst die der italienischen Schule, nur germanisches Recht lehrten, wo sie abwichen von den römischen Grundsätzen“. Dann aber weiter gehend fügte er hinzu, dass seiner Ueberzeugung nach

das Verfahren unserer heutigen Gerichte zwar nicht mehr altgermanisch, noch weit weniger aber römisch ist, sondern sich vielmehr aus den altdutschen Bräuchen und Formen, wenn auch unter dem Einflusse des römischen Rechts, doch der Hauptsache nach selbständig entwickelt hat.

Den Beweis der letzteren Behauptung konnte Nietzsche bei Gelegenheit einer Rezension nur an einzelnen prozessualischen Akten und Formen unternehmen. Eine breitere Ausführung verhinderte in beklagenswerther Weise sein frühzeitiger Tod. Wie viel von ihm zu

erwarten gewesen wäre, zeigt seine noch heutzutage werthvolle germanistische Abhandlung über die Vorsprecher.²²⁾

Seine erstere Behauptung aber fand bald glänzende Bestätigung in der mit allgemeinem Beifall aufgenommenen Geschichte des Executivprozesses von Briegleb.²³⁾ Römische Rechtswissenschaft und germanische Rechtssitte bezeichnete Briegleb als die beiden Faktoren des romanischen Prozessrechts, und bewies am Beispiel der von Toskana ausgehenden executorischen Urkunden, wie sich in damaliger Zeit ein weit verbreitetes mächtiges, das Verkehrsleben beherrschendes Prozessinstitut aus Grundgedanken des strengen germanischen Schuldrechts unter der Zucht römischer Rechtswissenschaft entwickelte. Seine Arbeit verbreitete nicht nur ungeahntes Licht über diese einzelne Lehre, sie wurde zugleich das klassische Vorbild für die späteren Forscher auf dem Gebiet dieser Quellenperiode des deutschen Prozessrechts.

Jene andere Behauptung Nietzsche's harrt bis auf den heutigen Tag der Bestätigung oder Widerlegung. Dass das römische Prozessrecht nur in germanisirter Gestalt zu uns gekommen sei, darüber ist man einig. Aber des Weiteren ist man geneigt, dieses romanische Prozessrecht als das gemeine Recht Deutschlands zu betrachten, in welches nur spärliche Reste des früheren Rechtszustandes aufgenommen seien, und an welchem die späteren Jahrhunderte seit der Rezeption nur Einzelnes geändert haben. Dem gemäss geht die historische Darstellung noch jetzt gewöhnlich vom römischen Prozessrecht und zwar der klassischen Zeit aus, ja findet darin den Grundtypus des heutigen deutschen Prozessrechts, das zwar schon zu Justinians Zeiten Abänderungen erlitten habe, demnächst durch germanische und kirchliche Einflüsse im italienischen Mittelalter modifizirt, in dieser Gestalt nach Deutschland übertragen und auch dort noch mit einzelnen fremden Zuthaten versehen worden sei, dessen Grundgedanken aber gleichwohl noch jetzt als die herrschenden anerkannt werden müssen. Eine gewisse Beschäftigung mit dem germanischen Prozessrecht sei daher allerdings nicht zu entbehren, aber doch im

Wesentlichen nur, um jene in Italien vollzogene Germanisirung zu verstehn.

Mit einem Anflug von Mitleid auf weiter gehende germanistische Bestrebungen sagt Bethmann-Hollweg:²⁴⁾

Die deutschen Rechtsalterthümer suchen jeden Keim des eigenthümlichen Lebens unsrer Nation in ihrer Urzeit mit Liebe auf, erfreuen sich an der vollendeten Entwicklung im Mittelalter, und sehen mit Wehmuth den kräftigen Stamm deutschen Rechts seit dem fünfzehnten Jahrhundert durch fremde Pfropfreiser verkrüppelt. Uns, die wir es mit der Gegenwart zu thun haben, und sie vor unsern Augen entstehen lassen wollen, ist das rein deutsche Recht nur die Eine Wurzel unsres heutigen Rechtszustandes. Eine einleitende Schilderung des altdeutschen Gerichtswesens in seiner Blüthe genügt. Die Zeit seines Untergangs oder vielmehr seiner Umbildung durch das fremde Recht ist uns die Hauptsache, nächstdem die weitere Entwicklung, welche dasselbe durch wissenschaftliche Bearbeitung und Gesetzgebung in den letzten Jahrhunderten erfahren, und deren letztes Resultat die Gerichtsverfassung und der Prozess unsrer Tage ist.

So sagte Bethmann-Hollweg noch 1834. Aber auch er, der *fundator iuris iudiciarii*, wie ihn Haubold seiner Zeit nannte, hat sich der mächtigen Geistesströmung, von der unsere Nation und ihre wissenschaftlichen Bestrebungen bewegt wurden, nicht entziehen können. Nicht umsonst waren inzwischen mit rastlosem Eifer und vorher ungekannter Sorgfalt und Schärfe die Quellen deutscher Geschichte und deutschen Rechts gesammelt und den Forschern theils neu theils in neuer Gestalt dargeboten; nicht umsonst hatte die deutsche Sprachwissenschaft einen ungeahnten Aufschwung genommen und darüber hinaus Jakob Grimm den reichen Schatz deutscher Rechtsalterthümer in verlockendster Weise vor den erstaunten Blicken der zünftigen Juristen ausgebreitet; nicht umsonst beschäftigte sich die deutsche Geschichtschreibung in ungemeiner Regsamkeit und

systematischer Gründlichkeit mit der Erforschung des deutschen Mittelalters und betrat im Wettstreit mit den Juristen erfolgreich das Gebiet der deutschen Verfassungsgeschichte. So sehr beherrschte die nationale Strömung auch die Gemüther der Gelehrten, dass in der denkwürdigen Germanisten-Versammlung zu Lübeck (1847), der Vorboten der gewaltigen politischen Stürme des Jahres 1848, der Romanist von der Pfordten²⁵⁾ es für nöthig fand, ein Glaubensbekenntniss über die Stellung des römischen Rechts zu dem deutschen Rechte in Gegenwart und Zukunft abzulegen, und in bewegten die Versammelten tief ergreifenden Worten auszuführen, dass auch er in der ihm übertragenen Lehre und Pflege des römischen Rechts nur dem Heil des deutschen Vaterlandes zu dienen überzeugt sei.

Hiernach ist es begreiflich, dass Bethmann-Hollweg, als er nach dreissig Jahren seine 1834 angefangene Arbeit wieder aufnehmen wollte, sich gar bald der Einseitigkeit seines damaligen Standpunktes bewusst werden musste.

Der vorherrschend — sagt er jetzt²⁶⁾ — germanischen Geistesströmung des Mittelalters, in die das römische Recht nur als einzelnes Culturelement eingreift, musste Rechnung getragen, sie vor Allem in Bezug auf das Recht begriffen werden. Alsbald trat mir hier der diametrale Gegensatz der germanischen und römischen Auffassung nicht nur des Rechts überhaupt, sondern des Rechtsstreits insbesondere entgegen.

So ging er denn unverzagten Muthes nach neuem Plan ans Werk, den Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung darzustellen, und beschrieb an erster Stelle in drei Bänden das rein römische Prozessrecht in geschichtlicher durch drei Hauptformen, der Legis Actiones, Formulae und Cognitiones fortschreitender Genesis. Daran schloss sich in zweiter Abtheilung die Schilderung des germanischen Prozesses in seinem Ursprung und Conflict mit dem römischen in den romanischen Ländern während des Mittelalters bis zur Glossatorenzeit. Auch was darin von ihm geleistet ist, lässt aufs tiefste beklagen, dass es dem Verfasser nicht vergönnt

gewesen ist, das grossartig angelegte Werk noch weiter, bis zur Gegenwart fortzuführen. Es würde sich dann gezeigt haben, ob er in der beabsichtigten dritten Abtheilung, die den Conflict des römischen mit dem germanischen Prozessrecht in Deutschland selbst darzustellen bestimmt war, dem letztern in vollem Umfang gerecht geworden wäre. Möge es gestattet sein, bescheidenen Zweifel daran laut werden zu lassen. Bethmann-Hollweg's Programm ist nicht das Programm Eichhorn's. Ihm ist nach wie vor nicht bloss zeitlich, sondern auch sachlich das römische Prozessrecht das Erste; der Conflict mit dem germanischen, sowohl in Italien als in Deutschland ist ihm nur Ursache einer gewissen Umbildung des ersteren. Und doch hat es etwas Bestechendes, von dem, der das deutsche Prozessrecht der Gegenwart in seiner geschichtlichen Entstehung erforschen und darstellen will, mit Eichhorn zu fordern, dass er an erster Stelle das ursprünglich in Deutschland herrschende dem deutschen Volke eigenthümliche Prozessrecht in vollem Verständniss ergreife und zur Anschauung bringe, und erst an zweiter Stelle frage, welche Aenderungen daran durch das im späteren Mittelalter eindringende fremde Recht bewirkt worden seien. Möglich wäre doch, dass sich auf diesem Wege zeigen würde, dass nicht bloss einzelne Prozessinstitute der Gegenwart, sobald man sie des romanischen Gewandes entkleidet, mit welchem sie von den Juristen des Mittelalters umhüllt sind, sondern sogar die Grundanlage des heutigen Prozessrechts dem nationalen germanischen Recht angehört und nicht dem recipirten römischen Recht. Jedenfalls müsste auf diesem Wege sich entscheiden, ob Nietzsche's Behauptung, dass der heutige Prozess zwar nicht mehr altgermanisch noch weit weniger aber römisch sei, sondern aus jenem sich selbständig, wenn auch unter dem Einfluss des letzteren entwickelt habe, haltbar sei oder nicht. Im Fall der Bejahung aber würde auf diesem Wege nicht bloss das sichere Verständniss für die praktische Handhabung des heutigen Prozessrechts, sondern auch für dessen zeitgemässe Fortbildung gewonnen werden. Es müsste sich zeigen, welche gerichtlichen Einrichtungen des alt-

deutschen Rechts, die unter dem Einfluss des fremden Rechts verkümmert und abgestorben sind, und in welcher Weise sie den Bedingungen und Anforderungen der Gegenwart entsprechend wieder zu beleben seien, wie z. B. die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, die Theilnahme der Laien an der Rechtspflege, sei es in der Gestalt von Geschworenen oder Schöffen. Aber auch in entgegengesetzter Richtung müsste sich zeigen, welche altdeutschen ehemals berechtigten Prozessinstitute, die in sich abgestorben dennoch im romanischen Gewand noch jetzt fortvegetiren, auszustossen und zu ersetzen seien, wie z. B. der übermässige Gebrauch des zugeschobenen Parteieneides.

Der Weg, von dem die Rede ist, ist der Weg, den die königliche Akademie bei Stellung ihrer Preisfrage schon vor beiläufig 70 Jahren gewiesen hat. Wie er damals zu kaum geahnten Schätzen führte, so ist auch heute zu hoffen, dass seine rastlose eifrige Verfolgung reichen Lohn finden möge zum Heil der Wissenschaft und des Vaterlandes.

Anmerkungen.

1) Gutachten der (preussischen) Immediat-Justiz-Kommission über das öffentliche Verfahren in Civil-Sachen Berlin 1818 S. 1 ff., in Untersuchung-Sachen S. 1 ff., über das Geschworenengericht S. 53 ff.

2) G. L. Maurer, Geschichte des altgermanischen und namentlich altbaierischen öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens Heidelb. 1824. (Vgl. die Recension in d. Hall. allg. Literatur-Ztg. 1825 Bd. 1 S. 785 ff.) A. Buchner, das öffentliche Gerichtsverfahren nach altdeutscher vorzüglich altbaierischer Rechtspflege. Erlangen 1825. M. Frh. v. Freyberg, über das altdeutsche öffentliche Gerichtsverfahren. Landshut 1824. J. W. Chr. Steiner, über das altdeutsche und insbes. altbaierische Gerichtswesen. Aschaffenh. 1824.

3) Wohl die beste Arbeit ist J. L. Hauschild, Gerichtsverfassung der Teutschen vom 8. bis 14. Seculo. Lpz. 1741.

4) Vorrede zu den Anmerkungen über den *cod. iur. Bavar. iudiciarii*. S. 15.

5) Vgl. z. B. die Darstellung des altdeutschen Gerichtsverfahrens in Heineccii *elementa iuris Germanici*. lib. 3. tit. 3. sqq.; ferner die dem Titel nach viel versprechende aber nur sehr wenig bietende Dissertation von G. St. Wiesand *de re Germanorum iudiciaria*. 1773.

6) E. Ph. Kopp, ausführliche Nachricht von der älteren und neueren Verfassung der Geistlichen und Civil-Gerichten in den Fürstlich-Hessen-Casselischen Landen. Cassel 1769. Vorr. zu Th. 1.

7) J. G. Estor, Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses. Giessen 1744. Vorrede S. VII. Neue Auflage 1752. Vorr. S. V.

8) J. H. Böhmer, *ius ecclesiasticum protestantium*. 1713. Hierher gehört insbesondere die Erläuterung zum zweiten Buch der Dekretalen.

9) N. Th. Gönner, Erörterungen über den gemeinen Prozess. 1799. Handbuch 1801 (2. Aufl. 1804). Fr. Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens. Erste Aufl. 1800.

10) L. Harscher von Almendingen, Metaphisik des Civilprocesses. 1808. S. 7. Vgl. Grolmann § 3: die Darstellung des Geistes der Gesetze eines bestimmten Staates über das gerichtliche Verfahren würde uns eine Theorie des in diesem Staate nothwendigen Processus liefern.

11) Chr. Martin, Lehrb. d. teutschen gemeinen bürgerlichen Processus. Erste Aufl. 1800.

12) Vgl. Martin am Ende der Vorrede. Grolmann § 12.

13) v. Almendingen, Metaphisik. Vorr. S. IV. Uebereinstimmend Martin, Vorr. zur Aufl. 3 1809 und zur Aufl. 5 1817.

14) Grolmann Vorr. zur Aufl. 3 1810 und zur Aufl. 4 1819.

15) Namentlich: Rogge, Gerichtswesen der Germanen 1820.

16) Savigny, Gesch. d. röm. Rs. im Mittelalter Bd. 1, erste Aufl. Vorr. S. XV.

17) Bethmann-Hollweg, Grundriss zu Vorlesungen über den gemeinen Civilprocess. Berlin 1821. Vorrede. Vgl. Mittermaier im Arch. f. d. civil. Praxis Bd. 12 S. 139 ff. 1829.

18) Bethmann-Hollweg, Handb. Bd. 1. 1834. Vorr. S. VIII.

19) Heffter, Institut. Vorr. und S. 10 f.

20) Heffter a. a. O. S. 7, 350 f.

21) Nietzsche in der Haller allg. Lit.-Zeitung 1827 S. 10 ff. Erg.-Bl. 1827 S. 42 ff.

22) Nietzsche, comment. iur. german. de prolocutoribus. Lips. 1831.

23) H. K. Briegleb, üb. executorische Urkunden und Executivprocess. 2 Bde. 1839. Zweite Aufl. 1845. Vgl. insbesondere Bd. 1 S. 10 ff., 30 ff. — Ueber die Hoffnungen, die an das Buch und seine Methode sich anknüpften s. Richter's Krit. Jahrb. d. dtsh. Rswiss. 1845. S. 418 ff.

24) Hdb. Bd. 1. 1834. Vorr. S. XI.

25) Verhandlungen der Germanisten zu Lübeck 27. bis 30. Septbr. 1847. S. 224 ff.

26) Bethmann-Hollweg, der röm. Civilprozess. Bd. 1. 1864. Vorr. S. VIII.