

Das Gutachten zum ausländischen Recht im Prozess des 21. Jahrhunderts

Herausgegeben von
RALF MICHAELS und
JAN PETER SCHMIDT

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

145

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

145

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktorium:
Holger Fleischer, Ralf Michaels, Anne Röhel



Das Gutachten zum ausländischen Recht im Prozess des 21. Jahrhunderts

Herausgegeben von
Ralf Michaels und Jan Peter Schmidt

Mohr Siebeck

Ralf Michaels ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht und Professor an der Universität Hamburg, sowie Inhaber des Lehrstuhls für Global Law an der Queen Mary University London.
orcid.org/0000-0003-2143-3094

Jan Peter Schmidt ist Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg und Leiter des Kompetenzzentrums für die Anwendung ausländischen Rechts ebenda.
orcid.org/0000-0002-7727-7775

Die Open-Access-Publikation erfolgt mit Mitteln des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.

ISBN 978-3-16-163410-9 / eISBN 978-3-16-163411-6
DOI 10.1628/978-3-16-163411-6

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577
(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2025. www.mohrsiebeck.com

© Ralf Michaels, Jan Peter Schmidt (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung 4.0 International“ (CC BY 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Die Behandlung ausländischen Rechts im Verfahren ist ein klassisches Thema des Internationalen Privat- und Prozessrechts.¹ In Anlehnung an *Gerhard Kegel* kann sie sogar als dessen „heimlicher König“ bezeichnet werden.² Der klassische Charakter der Thematik bewirkt freilich auch, dass typischerweise immer wieder dieselben Fragen behandelt werden, auch wenn über die Antworten mittlerweile weitgehend Konsens besteht: Ist ausländisches Recht Tatsache oder Recht? (Antwort: Recht). Ist die Ermittlung des ausländischen Rechts Aufgabe des Richters oder der Parteien? (Antwort: hauptsächlich des Richters, jedenfalls in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen). Ist ausländisches Recht revisibel? (Antwort: formal gesehen nein, über den Weg der Aufklärungsrüge *de facto* ja). Wie ist ausländisches Recht auszulegen? (Antwort: im Prinzip so wie im Ausland).

Diese klassischen Fragen beruhen nun ihrerseits auf einem eher klassischen Rechtsverständnis. Nach diesem besteht eine strikte Trennung zwischen Recht und Tatsache, materiellem Recht und Prozessrecht, eine weitere strikte Trennung zwischen inländischem und ausländischem Recht, und eine weitere strikte Trennung zwischen Rechtschöpfung und Rechtsermittlung („Architekt“ und „Fotograf“, in *Goldschmidts* berühmter Gegeneinandersetzung).³

Waren diese Trennungen bei näherem Hinsehen schon früher weniger klar, als es den Anschein hatte, sind sie in jüngerer Zeit endgültig suspekt geworden: Soft Law und Normen schieben sich zwischen Recht und Tatsache; materielles und Prozessrecht vermischen sich häufig; in- und ausländisches Recht sind innerhalb der Europäischen Union, aber auch innerhalb einer transnationalisierten Welt, nicht mehr strikt voneinander zu trennen. Die Idee, dass aus dem ausländischen Recht durch bloße Ermittlung die einzig richtige Entscheidung oder auch nur die wahrscheinliche Entscheidung eines hypothetischen Richters erschlossen werden könnte, stößt sich mit Erkenntnissen des Rechtsrealismus.

¹ Vgl. nur umfassend rechtsvergleichend *Nishitani* (Hrsg.), *Treatment of Foreign Law – Dynamics Towards Convergence?*, 2017; rechtstatsächlich *M. Stürner/Krauß*, *Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren*, 2018.

² *Kegel*, *Zur Organisation der Ermittlung ausländischen Privatrecht*, in: FS Nipperdey, Bd. I, 1965, S. 453, 462, der die Aussage auf den Stand bezog, „den die Ermittlung ausländischen Privatrechts in den einzelnen Ländern erreicht hat“.

³ *Goldschmidt*, *Suma del derecho internacional privado*, 2. Aufl. 1961, 92; vgl. *Oyarzábal*, *Das Internationale Privatrecht von Werner Goldschmidt: In Memoriam*, *RabelsZ* 82 (2008), 601, 609–611.

Hinzu kommt, dass sich das, was wir ausländisches Recht nennen, in seiner Natur geändert hat. Einerseits sind wir weniger bereit als früher, den Inhalt von Recht auf den Inhalt gesetzlicher Normen zu reduzieren, oder auch auf die Rechtsprechung. Das macht die Ermittlung ausländischen Rechts schwieriger. Andererseits ist insbesondere Dank des Internets (ggf. in Verbindung mit moderner Übersetzungssoftware) und der stetig wachsenden deutschsprachigen Literatur zum ausländischen Recht dieses heute wesentlich einfacher zugänglich als früher.

In rechtstatsächlicher Hinsicht spricht einiges dafür, dass die Notwendigkeit, ausländisches Recht zu ermitteln und anzuwenden, aufgrund der stetig gewachsenen internationalen Verflechtungen heute deutlich häufiger auftritt als noch vor einigen Jahrzehnten und dementsprechend die richterliche Tätigkeit viel stärker prägt als früher.⁴ Zwar sorgt der insbesondere von den europäischen Kollisionsrechtsakten weitgehend angestrebte Gleichlauf von *forum* und *ius* dafür, dass deutsche Gerichte auch in grenzüberschreitenden Fällen häufig ihr eigenes Recht anzuwenden haben. Doch ist dieser Gleichlauf alles andere als lückenlos, wie nicht zuletzt die – praktisch höchst bedeutsamen – Streitigkeiten aus Verkehrsunfällen zeigen. Weiter verschärft haben dürfte sich damit auch das schon vor Jahrzehnten von *Ernst Rabel* beklagte Problem, dass die große, insbesondere von Gerichten ausgehende Nachfrage nach Expertise zum ausländischen Privatrecht die universitären und außeruniversitären Institute als die traditionellen Anbieter zu überfordern droht.⁵

Als im Jahre 2020 ein neues Kompetenzzentrum für die Anwendung ausländischen Rechts am Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht gegründet wurde, das praktische und wissenschaftliche Tätigkeit vereinen sollte, erschien es uns daher passend, den praktischen Umgang mit ausländischem Recht und insbesondere die Rolle des Sachverständigengutachtens selbst zum Gegenstand wissenschaftlicher Reflexion zu machen. Die zu diesem Zweck am 16. und 17. Juni 2023 am Institut veran-

⁴ Jedenfalls sind die für die „Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts“ (IPRSpr) pro Jahr erfassten Entscheidungen über die Jahrzehnte hinweg immer zahlreicher geworden. So hat sich die Zahl zwischen 1970 (147 Entscheidungen) und 2020 (365 Entscheidungen) mehr als verdoppelt.

Mittlerweile ist die IPRSpr auf eine frei zugängliche Datenbank umgestellt worden (<www.iprspr.de>), die alle Entscheidungen seit 2004 enthält.

⁵ Siehe *Rabel*, Das Kaiser Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Berlin, in: 25 Jahre Kaiser Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, Bd. I, 1936, S. 141, 142 f.: „[...] so unterhält das Institut eine unmittelbare Verbindung mit der Praxis der Behörden und Gerichte durch Rechtsauskünfte, deren Umfang allmählich die Kräfte des Instituts in empfindlicher Weise belastet, zu denen es sich aber im Gegensatz zu den ursprünglichen Absichten verpflichtet fühlt, um einer offenbaren Notlage der Anfragenden abzuhelpen“.

staltete Tagung⁶ knüpfte auch an das einflussreiche Symposium an, das 1966 am gleichen Ort zum gleichen Thema stattgefunden hatte.⁷ Zudem bot sie die Gelegenheit, *Reinhard Ellger* für seine mehr als 20-jährige Tätigkeit als Gutachtenkoordinator des Instituts zu danken.

Der vorliegende Sammelband spiegelt den zweifachen Fokus der Konferenz wie auch des Kompetenzzentrums, indem er einen vorwiegend wissenschaftlich und einen vorwiegend praktisch ausgerichteten Teil enthält. Teil 1 bilden die Schriftfassungen der auf der Tagung gehaltenen Referate. Sie bieten zunächst einen rechtshistorischen und rechtstheoretischen Zugriff auf den Umgang mit ausländischem Recht im Verfahren und widmen sich dann einer Reihe praktisch bedeutsamer Spezialfragen.

Teil 2 des Bandes bildet das Ergebnis eines mit Vertretern und Vertreterinnen aus Wissenschaft und Praxis (insbesondere Justiz, Anwaltschaft und Notariat) abgehaltenen Workshops ab, nämlich die auf der Grundlage eines im Haus erstellten Vorentwurfs intensiv diskutierten und im Nachgang finalisierten „Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren“.⁸ Die Hamburger Leitlinien wollen Gerichten, aber auch Sachverständigen und Parteien den rechtskonformen, transparenten und effizienten Umgang mit ausländischem Recht erleichtern und bieten neben kompakter Wiedergabe des maßgeblichen Rechtsrahmens eine Vielzahl praktischer Handlungsempfehlungen, die sich aus den zum Teil jahrzehntelangen Erfahrungen der an der Abfassung beteiligten Personen speisen. Vorangestellt ist unsere bereits in der NJW erschienene Einführung in die Hamburger Leitlinien, ferner ihre Würdigung aus Sicht der Finanzgerichtsbarkeit. Dem Verlag C.H. Beck und dem Richard Boorberg Verlag danken wir jeweils für die freundliche Genehmigung zur Zweitveröffentlichung.

Dieser Band bietet die unseres Wissens erste umfassende Behandlung des Sachverständigengutachtens zum ausländischen Recht in deutschen Verfahren und liefert sowohl eine fundierte und kritische Bestandsaufnahme als auch konkrete Vorschläge für Verbesserungen oder doch zumindest Feinjustierungen des bestehenden Systems. Wir danken allen Teilnehmern und Teilnehmerinnen der Konferenz und des Workshops dafür, dass sie unserer Einladung gefolgt sind und sich dem Thema mit so viel Engagement und Sachkunde gewidmet haben. Die technische Vorbereitung dieses Bandes lag wie immer in den bewährten Händen der Abteilung Redaktionen, hier umgesetzt

⁶ Siehe den Konferenzbericht von *Felix Bassier*, *Christina Kottke* und *Philipp Kronier*, IPRax 2024, 257.

⁷ Siehe den Konferenzbericht von *Dierk Müller*, *RabelsZ* 30 (1966), 752 und die Tagungsbeiträge in: *Die Anwendung ausländischen Rechts im Internationalen Privatrecht: Festveranstaltung und Kolloquium anlässlich des 40jährigen Bestehens des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht vom 6.–8. Juli 1966*, hrsg. v. *Dierk Müller*, 1968.

⁸ Sie sind auch online zugänglich unter <www.hhleitlinien.de>.

von *Janina Jentz*. Um die redaktionelle Bearbeitung der Manuskripte haben sich *Felix Bassier*, *Lea-Christin Gläser* und *Katja Theresia Wolfschmitt* verdient gemacht. Auch ihnen allen sei herzlich gedankt.

Nicht mehr erleben konnte das Erscheinen dieses Bandes (wie auch schon die zugrunde liegende Konferenz) leider der viel zu früh verstorbene *Jürgen Basedow*. Ganz im Einklang mit seinem generellen Credo war ihm die fallbezogene Anwendung von IPR und Rechtsvergleichung stets eine Herzensangelegenheit gewesen. Als Referent hatte er zu Beginn seiner Laufbahn die Schwierigkeiten, aber auch den praktischen, pädagogischen und wissenschaftlichen Nutzen der Gutachtenerstellung unmittelbar selbst erfahren, und als Direktor setzte er sich später stets dafür ein, die Institutstätigkeit auf diesem Feld nicht allzu sehr zu Gunsten der Grundlagenforschung zurückzudrängen.⁹ Als wir das Projekt der Hamburger Leitlinien begannen, luden wir auch *Jürgen Basedow* zur Mitwirkung in unserer internen Arbeitsgruppe ein, nicht wissend, ob er sich als Emeritus überhaupt noch dafür interessieren würde. Auf der ersten Sitzung, die nur wenige Wochen vor seinem Tod stattfand, tat *Jürgen Basedow* dann jedoch gleich zu Beginn seine Begeisterung für das Vorhaben kund und sprühte in den anschließenden Diskussionen vor Ideen und Anregungen, die vielfach Eingang in die Endfassung fanden. Wir sind, bei aller Trauer über seinen Verlust, froh und dankbar, ihn so lebhaft in Erinnerung behalten zu können, und widmen diesen Band seinem Gedenken.

Hamburg, Dezember 2024

Ralf Michaels und *Jan Peter Schmidt*

⁹ Vgl. den Nachruf von *Kieninger/Michaels*, *RabelsZ* 87 (2023), 229.

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Abkürzungsverzeichnis	XI

Teil 1 – Das Gutachten im Prozess

<i>Peter Oestmann</i> Zur Geschichte der Gutachtenpraxis.....	3
<i>Ralf Michaels</i> Was ist fremdes Recht? Rechtstheoretische Grundlagen des § 293 ZPO.....	33
<i>Michael Stürner</i> Die Abgrenzung der Aufgaben von Sachverständigem und Richter.....	61
<i>Anatol Dutta</i> Rechtsordnungsübergreifendes Zusammenspiel von Sachrecht und Verfahrensrecht. Ein Bericht aus der Gutachtenwerkstatt	85
<i>Jan von Hein</i> Der Umgang mit Anfragen zum ausländischen Straßenverkehrsrecht.....	113
<i>Anton S. Zimmermann</i> „Rough Justice“. Ist der an die richterliche Pflicht zur Ermittlung ausländischen Rechts gestellte Richtigkeits- und Vollständigkeits- anspruch überzogen?	159
<i>Denise Wiedemann</i> Haben Gerichtsentscheidungen und Gutachten zum ausländischen Recht eine Präzedenzwirkung?	187
<i>Lukas Rademacher</i> Haftung und Vergütung bei der Erstellung auslandsrechtlicher Gutachten in gerichtlichen Verfahren	207

Rembert Süß

Der Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts 223

Teil 2 – Die Hamburger Leitlinien

Ralf Michaels/Jan Peter Schmidt

Die Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren. Entstehung, Ziele, Inhalt 235

Friedrich Loschelder

Die Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts im finanzgerichtlichen Verfahren 249

Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren für Gerichte, Sachverständige und Parteien 265

Verzeichnis der Beitragenden 291

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
Am.J.Comp.L.	American Journal of Comparative Law
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuRAG	Gesetz zur Ausführung des Europäischen Übereinkommens betreffend Auskünfte über ausländisches Recht und seines Zusatzprotokolls
AusLJ	Australian Law Journal
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz	Bundesanzeiger
Bd./Bde.	Band/Bände
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BG	Bundesgericht (Schweiz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BR-Drs.	Bundesrat-Drucksache
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache
Buff. L. Rev.	Buffalo Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
Calif.L.Rev.	California Law Review
Cc	Code civil
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
CPO	Reichscivilprozessordnung
DAR	Deutsches Autorecht
DNotI	Deutsches Notarinstitut
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DS	Die Sachverständigen
Duke J.Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative and International Law
Duke L. J.	Duke Law Journal
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
ERA Forum	Journal of the Academy of European Law
ErwG	Erwägungsgründe

EStG	Einkommenssteuergesetz
EuBVO	Verordnung (EU) Nr. 2020/1783 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen (Beweisaufnahme)
EuBVO a.F.	Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen
EuErbVO	Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses
EuGüVO	Verordnung (EU) Nr. 2016/1103 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands
EuLF	The European Legal Forum
EuPartVO	Verordnung (EU) Nr. 2016/110 zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften
EuUnthVO	Verordnung (EG) Nr. 4/2009 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen
f./ff.	folgend(e)
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRB	Familien-Rechtsberater
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FD-StrVR	Fachdienst Straßenverkehrsrecht
FG	Finanzgericht
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
FTCAM	Formulare, Textverarbeitung, Computergeeignete Arbeitsmethoden
FuR	Familie und Recht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz
GNotKG	Gerichts- und Notarkostengesetz
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht – Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
h.M.	herrschende Meinung
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
HStVÜ	Haager Straßenverkehrsübereinkommen
HUP	Haager Unterhaltsprotokoll

ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
i. S. d.	im Sinne des/der
ISR	Internationale SteuerRundschau
ISr	Internationales Steuerrecht
i. V. m.	in Verbindung mit
IWB	Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
JBf.	Juristische Blätter
JCL	Journal of Comparative Law
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
jM	juris – Die Monatszeitschrift
JPIL	Journal of Private International Law
JR	Juristische Rundschau
JurBüro	Das Juristische Büro
jurisPK	juris Praxiskommentar
JuS	Juristische Schulung
JVEG	Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten
JZ	JuristenZeitung
KStG	Körperschaftssteuergesetz
LG	Landgericht
LQR	Law Quarterly Review
LT	Legal Theory
Maastr. J.	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
m. E.	meines Erachtens
MoPeG	Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts
MPI	Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg
MünchKomm	Münchener Kommentar
m. W. v.	mit Wirkung vom
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Ndr.	Neudruck
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht

NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
Pas.	Pasicrisie luxembourgeoise
PfIVAuslG	Gesetz über die Haftpflichtversicherung für ausländische Kraftfahrzeuge und Kraftfahrzeuganhänger
QFIAB	Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdTW	Recht der Transportwirtschaft
Rev. crit. DIP	Revue critique de Droit International Privé
Rev. dr. aff. int.	Revue de droit des affaires internationales
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
RTD. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Satz; Seite
SchIHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
Sec.	Section
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
Sp.	Spalte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StVR	Straßenverkehrsrecht
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
TranspR	Transportrecht
u. a.	unter anderem
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCPR 2005	New South Wales Uniform Civil Procedure Rules 2005
u. U.	unter Umständen
Urt.	Urteil vom
VersR	Versicherungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VRUG	Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz
WKRS	Wolters Kluwer Rechtsprechung
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG Germ. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Teil 1

Das Gutachten im Prozess

Zur Geschichte der Gutachtenpraxis

Peter Oestmann

I. Gutachtenpraxis im ungelehrten Mittelalter: Oberhofzüge	6
II. Gutachtenpraxis im gelehrten Recht.....	10
1. Konsiliatorenwesen in Italien.....	11
2. Gelehrte Syndizi und andere Ratgeber in Deutschland	15
3. Voll entfaltete Gutachtenpraxis der frühen Neuzeit.....	16
III. Ein Blick auf das 19. Jahrhundert	28
IV. Lehren aus der Geschichte?	31

Es ist ein außerordentlich beruhigendes und erfreuliches Zeichen, wenn ein Tagungsband über Rechtsgutachten zum ausländischen Recht in der Gerichtspraxis des 21. Jahrhunderts vor dem Einstieg in aktuelle, praktische und internationale Fragen den Blick bewusst zurück richtet und das Gespräch mit der Rechtsgeschichte sucht. Es gibt immer wieder Diskussionen zum Verhältnis von Rechtsgeschichte und geltendem Recht. In welchem Maße soll oder muss der Dogmatiker bzw. moderne Jurist selbst die Wurzeln seines Problems aufspüren oder zumindest die einschlägige Literatur zur Kenntnis nehmen?¹ Ist andererseits die Rechtsgeschichte aufgerufen, selbst Gegenwartsvergleiche anzustellen, um ihre Bedeutung für aktuelle Fragen zu untermauern?² Ist die Verzahnung von Grundlagenforschung mit der Wissen-

¹ Dazu die Stellungnahmen in der Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte: *Jansen*, Tief ist der Brunnen der Vergangenheit. Funktion, Methode und Ausgangspunkt historischer Fragestellungen in der Privatrechtsdogmatik, ZNR 27 (2005), 202; *Grigoleit*, Das historische Argument in der geltendrechtlichen Privatrechtsdogmatik, ZNR 30 (2008), 259; *Haferkamp*, Wie weit sollte man als Rechtsdogmatiker in der Geschichte zurückgehen?, ZNR 30 (2008), 272; *Looschelders*, Zum Nutzen der Rechtsgeschichte für die Dogmatik, ZNR 30 (2008), 282; *Schwintowski*, Praktische Rechtswissenschaft – entwurzelt?, ZNR 30 (2008), 289. – Nach dem Zweiten Weltkrieg gab es noch ganz pathetische Titel, etwa *Mitteis*, Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte, 1947; *Mitteis*, Die Rechtsgeschichte und das Problem der historischen Kontinuität, 1948.

² Hierzu gibt es vor allem Äußerungen in Anleitungsbüchern für rechtshistorische Exegesen: *Hattenhauer*, Die deutschrechtliche Exegese. Eine Anleitung für Studenten, 1975, S. 50–52; *Schlosser/Sturm/Weber*, Die rechtsgeschichtliche Exegese, 2. Aufl. 1993, S. 69–74, 89, 107; zurückhaltend *Keiser/Oestmann/Pierson*, Einleitung, in: Keiser/Oestmann/

schaft zum geltenden Recht vielleicht sogar eine Voraussetzung für die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft schlechthin?³ Es kommt nicht darauf an, immer wieder derartige Grundsatzdebatten zu eröffnen. Wohl allerdings kann rechtshistorisches Wissen manchmal einen kritischen Unterton in moderne Fragen einfließen lassen. Manche Probleme sind älter, als es scheint, manche Problemlösungen haben sich in bestimmten Konstellationen früher bereits bewährt oder gerade nicht bewährt. Die Form von Reflexionswissen tut beiden Diskussionspartnern gut.⁴

Die Geschichte der Gutachtenpraxis, erzählt für Juristen mit Interesse vor allem am geltenden internationalen Privatrecht, braucht sich im Folgenden nicht mit ihren vielfachen Verästelungen zu belasten. Einige Schlaglichter genügen. Sehr allgemein geht es stattdessen um einige wesentliche Weichenstellungen. Die Einholung von Rechtsrat unterscheidet sich grundlegend danach, ob sich die Beteiligten in einer ungelehrten oder einer gelehrten Rechtskultur bewegen (hierzu sogleich I.). Der Blick fällt sodann auf das frühneuzeitliche Deutschland mit seiner umfangreichen Praxis privater Rechtsgutachten und gleichzeitig gerichtlicher Aktenversendung (unten II.). Beim Blick auf das 19. Jahrhundert geht es um die Eigenständigkeit der Justiz als Staatsgewalt und damit um die Zurückdrängung von Universitäten aus der Rechtsprechung (unten III.).

Einige Kontinuitäten zur heutigen Gutachtenpraxis liegen auf der Hand. Moderne Fragen sind methodisch vielfach mit älteren Problemen verbunden, auch wenn der materiellrechtliche Rahmen und die jeweilige Gerichtsverfassung sich gewandelt haben. Die heutige amtliche Überschrift von § 293 ZPO fragt nach fremdem Recht. Der Normtext selbst, ursprünglich § 265 der CPO (Reichscivilprozessordnung) und zunächst ohne Überschrift, spricht seit 1877/79 von dem in einem anderen Staat geltenden Recht, von Gewohnheitsrechten und Statuten.⁵ Der Beweis von Rechtsnormen nimmt sich auf den ersten Blick ins Gesetz wie ein Fremdkörper in einem modernen Gerichtsver-

Pierson, Wege zur Rechtsgeschichte: Die rechtshistorische Exegese. Quelleninterpretation in Hausarbeiten und Klausuren, 2022, S. 30–31.

³ So die Andeutungen des Wissenschaftsrates, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen (Drucksache 2558-12), 2012; dazu die Debatte „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“ von *Grundmann*, Ein doppeltes Plädoyer für internationale Öffnung und stärker vernetzte Interdisziplinarität, *JZ* 2013, 693; *Gutmann*, Der Holzkopf des Phädrus – Perspektiven der Grundlagenfächer, *JZ* 2013, 297; *Hillgruber*, Mehr Rechtswissenschaft wagen, *JZ* 2013, 700; *Lorenz*, Forschung, Praxis und Lehre im Bericht des Wissenschaftsrats „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“, *JZ* 2013, 704; *Rixen*, Juristische Bildung, nicht leicht gemacht: Die „Perspektiven der Rechtswissenschaft“ des Wissenschaftsrats, *JZ* 2013, 708; *Stolleis*, Stärkung der Grundlagenfächer, *JZ* 2013, 712.

⁴ Deutlicher Hinweis auf die Funktion der Grundlagenfächer bei *Möllers*, Grundlagenfächer in der Reform der Juristenausbildung, *Anwaltsblatt* 2016, 713.

⁵ § 265 CPO, in: *Reichs-Gesetzblatt* 1877, Nr. 6, S. 130.

fahren aus, das Wort Statuten ist heute nahezu ungebräuchlich, auch Gewohnheitsrechte im Plural wecken Erstaunen. Es geht um die Grenzen richterlicher Rechtskenntnis, also um eine normative Beschränkung des *iura novit curia*-Grundsatzes. Hierfür sind Beweismöglichkeiten eröffnet, andere Erkenntnisquellen und das aus der Sicht des Gerichts Erforderliche sind ausdrücklich im Gesetz genannt.⁶ Ob der gesetzliche Hinweis auf die Ermittlung des unbekanntes Rechts glücklich gewählt ist, kann hier dahinstehen.⁷ § 293 ZPO als normative Klammer verbindet jedenfalls die gegenwärtige Rechtspraxis mit einer jahrhundertealten Tradition. Der Anspruch auf richterliche Rechtskenntnis kannte immer immanente Grenzen. Dasjenige Recht, das außerhalb des erwarteten Rechtswissens liegt bzw. lag, mag man als fremd oder ausländisch bezeichnen, als Tatsache oder als Ortsgewohnheit. Die prinzipielle Frage stellt sich jeweils in ähnlicher Weise. Die zeitbedingten Antworten fügen sich in den politischen Rahmen wie Gerichtssprengel und Staatsgrenzen, aber auch in die unterschiedliche Rechtsquellenlage ein.

Ein besonderer Unterschied zum modernen Recht wird beim geschichtlichen Rückblick mehrfach auftauchen und sei daher bereits hier ausdrücklich hervorgehoben. Die Frage nach fremdem, der Sache nach also nach ausländischem Recht, setzt die Unterscheidung von Inland und Ausland voraus. Frühe Rechtsordnungen folgen aber vielfach dem Personalitätsprinzip und unterscheiden Angehörige der eigenen Gruppe und Fremde,⁸ nicht aber in erster Linie Inland und Ausland. In dem Maße, in dem nach und nach Hoheitsträger Gebietsherrschaft ausübten, sprach das gelehrte Recht von *iusdicitio*, also von Gerichtsgewalt.⁹ Wo die eigene Gerichtsgewalt endete, begann im Umkehrschluss rechtliches Ausland. Angesichts der großen Zahl von Territorien im Alten Reich lässt sich die Bedeutung dieses Punktes kaum überschätzen. Es gab Dutzende im Reichstag versammelte Territorien,¹⁰ hinzu kamen weitere teilweise winzige Reichsstädte, Reichsdörfer und Aberhunderte an Reichs-

⁶ Verknüpfung von modernem Recht und seiner Vorgeschichte bei *Oestmann*, Die Grenzen richterlicher Rechtskenntnis, in: Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz, *Colloquia Academica* (G 1998), 1999, S. 37–81.

⁷ *Broggini*, Die *Maxima iura novit curia* und das ausländische Recht, AcP 155 (1956), 469, 497, mit dem Hinweis, dass Recht nie eines Beweises bedürfe und es um das private Wissen des Richters gehe.

⁸ *Kannowski*, Art. Personalitätsprinzip, in: HRG, 2. Aufl., 26. Lieferung 2017, Sp. 477–480; kritisch zur möglichen Rückkehr des Personalitätsprinzips *Oestmann*, Die Personalisierung des Rechts, FAZ, 11.1.2023, S. 4.

⁹ Als allgemeine Leitfrage bei *Oestmann*, Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren, 2. Aufl. 2021, S. 18–21.

¹⁰ Zumeist erfasst in den sog. Reichsmatrikeln, dazu *Schnettger*, Kaiser und Reich. Eine Verfassungsgeschichte (1500–1806), 2020, S. 35, 130; *Donabaum*, Art. Reichsmatrikel, in: HRG, 2. Aufl., 31. Lieferung 2024, Sp. 1623–1625.

rittern. Auch wenn das Recht nicht immer vom vormodernen Staat kam,¹¹ waren Rechtsprobleme mit Auslandsbezügen in der frühen Neuzeit kaum seltener als heute,¹² nur der Bezugsrahmen sah eben anders aus. Neben dem europäischen, römisch-kanonischen gemeinen Recht, dem *ius commune*, gab es Reichsrecht, Landesrecht und regionale Rechtsgewohnheiten. Genau hier, in dieser partikularen Vielfalt, liegt einer der Gründe, warum die Gutachtenpraxis neben Italien gerade in der deutschen Rechtsgeschichte eine so enorme Bedeutung erlangen konnte. In stärker zentralisierten vormodernen Staaten wie etwa in Frankreich spielte das eigene Recht im Vergleich zum vielfältigen fremden Recht immer eine größere Rolle, sowohl geographisch als auch inhaltlich.¹³ Unklarheiten über die Existenz von Rechtsquellen oder zweifelhafte Inhalte einzelner Normen kamen hier schlichtweg seltener vor. Positiv gewendet, zeigen sich in der Unkenntnis einschlägiger Rechtsquellen und in der Notwendigkeit, deswegen Rechtsrat einzuholen, prozessrechtliche Auswirkungen des Föderalismus und der Dezentralisierung.

I. Gutachtenpraxis im ungelehrten Mittelalter: Oberhofzüge

Das ungelehrte mittelalterliche Recht kannte keine Gutachtenpraxis im modernen Verständnis. Unter ungelehrtem Recht versteht die rechtshistorische Literatur das gewohnheitlich überlieferte Recht abseits des kirchlichen (kanonischen) Rechts und, soweit bereits bekannt, des römischen Rechts. Das ungelehrte Recht beruhte weithin auf Rechtsgewohnheiten. Dieses moderne Kunstwort soll andeuten, dass es damals einen Gegensatz zwischen abstrakt-generellen Gesetzesnormen und abstrakt-generellen gewohnheitsrechtlichen Normen gar nicht geben konnte. Das ungelehrte Recht dachte nicht abstrakt und generell, sondern konkret und individuell von Einzelfall zu Einzelfall.¹⁴ Dieser Befund ist nicht auf den deutschsprachigen Raum begrenzt. Das fran-

¹¹ Das gilt besonders mit Blick auf das römisch-kanonische Recht sowie auf partikulare Rechtsgewohnheiten, zur prozessualen Behandlung u. a. *Trusen*, Römisches und partikulares Recht in der Rezeptionszeit, jetzt in: *Trusen*, Gelehrtes Recht im Mittelalter und in der frühen Neuzeit, 1997, S. 737.

¹² Europäisch-vergleichend zum frühneuzeitlichen Kollisionsrecht *Boosfeld*, Die Lehren von der Statutenkollision. Eine Deutungsgeschichte aus Raum und Recht, 2023.

¹³ Frankreich kannte vergleichsweise früh eine Revision/Kassation bei Entscheidungen, die gegen Verordnungen, Gewohnheitsrecht oder das *ius scriptum* verstießen: *Bernabé/Godin*, Frankreich, in: *Decock*, Konfliktlösung in der Frühen Neuzeit (Handbuch zur Geschichte der Konfliktlösung in Europa 3), 2021, S. 569, 580.

¹⁴ Überblick über die Diskussion innerhalb der Rechtsgeschichte *Dilcher* u. a., Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter, 1992; aus eher rechtstheoretischer Beobachterperspektive *Pilch*, Der Rahmen der Rechtsgewohnheiten. Kritik des Normensystemdenkens entwickelt am Rechtsbegriff der mittelalterlichen Rechtsgeschichte, 2008.

zösische *pays de droit coutumier* war ebenso geprägt, für Osteuropa sind ähnliche Rechtsstrukturen belegt.¹⁵ In diesem rechtsgewohnheitlichen Recht gab es viel Mündlichkeit, keine Schriftsätze der Parteien, und keine Rechtsanwendung im Sinne der Subsumtion von Tatsachen unter allgemeine Rechtsnormen. Recht wurde gefunden, und wenn man es gefunden hatte, wurde es gewiesen, wie man damals sagte.¹⁶ Voraussetzung hierfür war die Einigkeit der Gerichtsgemeinde über das im Einzelfall maßgebliche Recht.¹⁷ Diese Art von Recht prägte die Rechtspraxis an vielen Orten weit über das Ende des Mittelalters hinaus, sehr oft mindestens bis in die Zeit des Jüngsten Reichsabschieds von 1654 hinein.¹⁸

In diesem ungelehrten Recht gab es immer dann einen eigentümlichen Bedarf an Rechtsrat, wenn die Gerichtsgemeinde, die sog. Dinggenossenschaft, keinen Konsens über das Recht erzielen konnte. Wenn man keine Einigkeit über das Recht feststellte, gab es überhaupt kein Recht. Mehrheitsentscheidungen waren kaum üblich.¹⁹ In dieser Pattsituation bestand die Möglichkeit, dass Richter und Schöffen sich der besseren Rechtskenntnis erfahrener Praktiker anvertrauten. Diese ganz gerichtsähnliche Stelle, an die man seine Anfrage richtete, heißt mit einem spätmittelalterlichen Rechtswort Oberhof. Jakob Grimm sagte es im frühen 19. Jahrhundert romantisch zugespitzt mit diesen Worten: „man entlich das recht, wie feuer und licht bei dem nachbar.“²⁰ Etwas prosaischer definiert das Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Oberhöfe als „Rechtsbelehrungs- und Rechtsauskunftsstelle zur Unterweisung fremder Gerichte und zum Teil auch privat anfragender Einzelpersonen in Rechts- und Prozeßsachen“.²¹ Die Blütezeit dieses Oberhofwesens reichte vom späten 14. bis zum frühen 16. Jahrhundert mit letzten

¹⁵ Bühler, Art. Coutumes, in: HRG I, 2. Aufl. 2008, Sp. 907–912; Modzelewski, Das barbarische Europa. Zur sozialen Ordnung von Germanen und Slawen im frühen Mittelalter, 2011.

¹⁶ Als Forschungsbegriff wird Weisung demgegenüber teilweise enger auf sog. Weistümer bezogen, hierzu Werkmüller, Art. Rechtsweisung, in: HRG IV, 1. Aufl. 1990, Sp. 417–419.

¹⁷ Maßgeblich ist weitgehend immer noch die umfangreiche Untersuchung von Weitzel, Dinggenossenschaft und Recht. Untersuchungen zum Rechtsverständnis im fränkisch-deutschen Mittelalter, 1985; Hinweise auch bei Oestmann (Fn. 9), S. 62–69.

¹⁸ Beispiele bei Oestmann, Zur Typologie frühneuzeitlicher Gerichte – einige norddeutsche Schlaglichter, in: Amend-Traut u. a., Unter der Linde und vor dem Kaiser. Neue Perspektiven auf Gerichtsvielfalt und Gerichtslandschaften im Heiligen Römischen Reich, 2020, S. 57–76.

¹⁹ Ausnahme für das Reichshofgericht, hierzu Battenberg, Art. Reichshofgericht, in: HRG, 2. Aufl., 31. Lieferung 2024, Sp. 1539–1544.

²⁰ Grimm, Vorrede zu Thomas, Der Oberhof zu Frankfurt am Main und das fränkische Recht in Bezug auf denselben, 1841, S. XI. Kleinschreibung nach seiner persönlichen Schreibung.

²¹ Klassisch Werkmüller, Art. Oberhof, in: HRG III, 1. Aufl. 1984, Sp. 1134–1146.

Ausläufern bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts.²² Die Oberhöfe waren Kollegialgremien, je nach Region teilweise die Räte mittelalterlicher Städte oder eine Gruppe angesehenen Urteiler aus dem niederen Adel. Max Weber nannte sie Rechtshonoratioren.²³ Das Ansehen des Oberhofs beruhte auf der praktischen Erfahrung seiner Mitglieder und damit auf dem Vertrauen, das Parteien und Gerichtspersonen in dieses Gremium setzten.

Verständlich werden die Anfragen an den Oberhof, wenn man berücksichtigt, dass es kaum geschriebene Gesetze und keine Rechtswissenschaft gab. Das Recht war regional verschieden, traditionell spricht man von Rechtskreisen, gern auch von Rechtsfamilien.²⁴ In diesem romantischen Sprachbild gab es Mutterstädte, die ihr Recht an Tochterstädte weitergaben. Dies konnte durch Siedlungsbewegungen geschehen, wenn die Bewohner ihre eigenen Rechtsgewohnheiten praktisch mitbrachten, wie es im östlichen Europa mit dem sächsisch-magdeburgischen Recht oftmals geschah.²⁵ Es konnten auch Stadtherren bei Neugründungen ihren Städten durch Privilegien das Stadtrecht einer anderen Stadt verleihen.²⁶ Wenn es jetzt Rechtsunsicherheit gab, also ein Gericht keinen Konsens über das Recht finden konnte, einigte man sich oftmals darauf, genau diese offene Frage dem Oberhof vorzutragen bzw. vorzulegen. Man ging bei ihm zu Haupte, wie es teilweise zeitgenössisch hieß. Gelegentlich einigten sich sogar die Schöffen mit den Parteien im Voraus darauf, dass sie später die Weisung des Oberhofs anerkennen würden. Dann war der fehlende Konsens also zumindest bezogen auf das Verfahren wieder hergestellt.²⁷ Die Schöffen des Ortsgerichts oder eine Abordnung von ihnen reiste jetzt zum Oberhof und legte ihm den unlösbaren Rechtsfall vor, in der Frühzeit offenbar mündlich, später dann meistens in geschriebener Form. Am anfragenden Gericht, dies nur noch einmal zur Klarstellung, hatte es also noch kein Urteil gegeben, denn dafür fehlte es am notwendigen Kon-

²² Letzte Anfragen von Rostock nach Lübeck angeblich 1721: *Ebel*, Lübisches Recht I, 1971, S. 43–44; sehr guter Überblick von *Weitzel*, Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug, 1981.

²³ *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie, 5. Aufl. Studienausgabe, 1980, S. 456–467.

²⁴ Gute Zusammenfassung bei *Dusil*, Die Soester Stadtrechtsfamilie. Mittelalterliche Quellen und neuzeitliche Historiographie, 2007, S. 21–48.

²⁵ Dazu das vielbändige Projekt von *Eichler/Lück*, Ius Saxonico-Maideburgense in Oriente. Das sächsisch-magdeburgische Recht als kulturelles Bindeglied zwischen den Rechtsordnungen Ost- und Mitteleuropas, bisher 5 Bände, 2003/21.

²⁶ Typologische Unterscheidung von Privilegienrecht und Willkürrecht in Städten bei *Bader/Dilcher*, Deutsche Rechtsgeschichte. Land- und Stadt – Bürger und Bauer im Alten Europa, 1999, S. 608–615; grundlegend *Ebel*, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, 2. Aufl. 1988.

²⁷ Beispielsfall bei *Oestmann*, Der vergessliche Fürsprecher. Fallstudie zur spätmittelalterlichen Gerichtsbarkeit, in: Falk/Luminati/Schmoeckel, Fälle aus der Rechtsgeschichte, 2008, S. 147.

sens. Der Oberhof sollte jetzt aufgrund seiner eigenen Erfahrung das Rechtsproblem lösen. Das geschah in Form einer Weisung. Meistens ging es nicht um Endurteile, sondern um Eidesformeln oder andere Beweise, die jemand noch führen durfte,²⁸ aber das spielt hier keine Rolle. Wesentlich ist das Verfahren: Der Oberhof, in Sachsen Schöffenstuhl genannt, formulierte den Tenor der Weisung, verkündete aber nicht selbst die Entscheidung. Es handelte sich also nicht um eine zweite Instanz, ja nicht einmal um eine erste Instanz. Vielmehr nahmen die angereisten Schöffen die Weisung mit an ihr eigenes Gericht. Dort verkündete das Ausgangsgericht dann auf der Grundlage des Oberhofspruchs sein Urteil. Viele Tausende solcher Sprüche sind erhalten, besonders bekannt ist die Spruchpraxis der Oberhöfe in Ingelheim,²⁹ Lübeck³⁰ und Magdeburg.³¹

Ortsfremdes Recht spielte in den Weisungen der Oberhöfe fast nie eine Rolle. Im ungelehrten Recht ging es kaum um die Ermittlung fremder Normen, sondern immer unmittelbar um das eigene Rechtswissen. Modern gesprochen, urteilten die Oberhöfe also auf der Grundlage ihres eigenen *ius fori*.³² Wenn anfragende Gerichte auf ihre besonderen Ortsgewohnheiten hinwiesen, nahmen die Oberhöfe diese Gewohnheiten regelmäßig bewusst nicht zur Kenntnis.³³ Die Weisungen der Oberhöfe trugen bis auf wenige Ausnahmen auch keine Begründung.³⁴ Einige Oberhöfe verlangten, dass die Untergerichte die ausgegebenen Weisungen auch tatsächlich als eigene Urteile verkündeten. Dies ließ sich aber nicht durchsetzen. Es sind durchaus Beispiele bekannt, in denen anfragende Gerichte mehrere Weisungen einholten.³⁵

Auch Einzelpersonen konnte sich durch Privatanfragen im Vorfeld gerichtlicher Auseinandersetzungen bei einem Oberhof über die Rechtslage informieren und auf diese Weise ihre Erfolgsaussichten abschätzen und vor allem mit maßgeschneiderten Eidesformeln gegnerische Vorwürfe zurückweisen.³⁶ Ei-

²⁸ Daher spricht man von zweizüngigen Beweisurteilen, klassisch *Brunner/Schwerin*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, 2. Aufl. 1928, S. 482.

²⁹ Quelleneditionen von *Loersch*, Der Ingelheimer Oberhof, 1885; *Erlers*, Die älteren Urteile des Ingelheimer Oberhofes, 4 Bände, 1952/63.

³⁰ Quellenedition bis 1550 von *W. Ebel*, Lübecker Ratsurteile, 4 Bände, 1955/67.

³¹ Quelleneditionen von *Fr. Ebel*, Magdeburger Recht, 3 Teile, 1983/95.

³² *Ebel*, Statutum und ius fori im deutschen Spätmittelalter, ZRG Germ. Abt. 93 (1976), 100.

³³ *Weitzel*, Gewohnheiten im lübischen und im sächsisch-magdeburgischen Rechtskreis, in: *La Coutume II: Europe médiévale et moderne*, 1990, S. 325.

³⁴ *Gudian*, Die Begründung in Schöffensprüchen des 14. und 15. Jahrhunderts, 1960.

³⁵ *Krey*, Die Praxis der spätmittelalterlichen Laiengerichtbarkeit. Gerichts- und Rechtslandschaften des Rhein-Main-Gebietes im 15. Jahrhundert im Vergleich, 2015, S. 551.

³⁶ Anschauliches Beispiel von *Crisman von Welmich* 1418 bei *Erlers* (Fn. 29), Bd. 3, Nr. 2257, S. 26.

nige Oberhöfe beantworteten eine Zeit lang sowohl Privat- als auch Gerichts-anfragen, konzentrierten sich dann aber immer mehr auf Gerichtsanfragen.³⁷

Trotz dieser Einbettung in ungelehrte Rechtsgewohnheiten zeigen die Oberhofzüge mehrere Gemeinsamkeiten mit der späteren Gutachtenpraxis des gelehrten Rechts. Der Oberhofspruch bzw. das Gutachten wurde zu einem Zeitpunkt eingeholt, zu dem der Ausgangsstreit noch nicht gerichtlich entschieden war. Der Oberhof erteilte dann eine Auskunft über das Recht, wobei das ungelehrte Recht hier eben nicht zwischen der abstrakten Rechtslage und der Einzelfallentscheidung differenzierte. Der Oberhof verkündete seine eigenen Auskünfte aber niemals als eigene Gerichtsentscheidungen. Die anfragenden Gerichte mussten den ausgesetzten Rechtsstreit fortführen und das Urteil verkünden, das üblicherweise inhaltsgleich, vermutlich aufgrund der Formgebundenheit des mittelalterlichen Rechts³⁸ sogar wortgleich mit der Weisung des Oberhofs war. Rechtszwang, dass dies auch wirklich geschah, gab es nicht.

Mit der zunehmenden Staatswerdung in den Territorien wurde die *iurisdic-tio*, die landesherrliche Gerichtsgewalt, mehr und mehr zum Zentrum der Landesherrschaft. Gerichtsanfragen an Oberhöfe und Schöffenstühle außerhalb des eigenen Territoriums vertrugen sich damit schlecht. Mit der Rezeption des römisch-kanonischen Prozessrechts setzte sich, beginnend im 15. Jahrhundert, die Appellation als Rechtsmittel im weltlichen Recht nach und nach durch.³⁹ Mit einem hierarchischen und mehrstufigen Instanzenzug war das mittelalterliche Oberhofwesen nicht vereinbar. Es verlor nach und nach seine Bedeutung. Die letzten Anfragen gab es augenscheinlich von Rostock nach Lübeck mindestens bis in die Zeit um 1720.

II. Gutachtenpraxis im gelehrten Recht

Eine entfaltete rechtsgelehrte Gutachtenpraxis ist eng mit der in Italien im Mittelalter entstehenden Rechtswissenschaft und mit dem Unterschied von traditionellen Gewohnheiten, Stadtrecht und römisch-kanonischem Recht verbunden. Ob es angemessen ist, im Hinblick auf die starke Veränderung von Rechtsinhalten wie auch der Arbeitsmethode von Juristen von einer Rezeption des römischen Rechts zu sprechen, ist seit einigen Jahren in die Dis-

³⁷ So Ingelheim ab etwa 1417, kurzer Hinweis bei *Krey*, Art. Ingelheimer Oberhof, in: HRG II, 2. Aufl. 2012, Sp. 1214–1216.

³⁸ Allgemein zur Formstrenge in der Rechtsgeschichte *Oestmann*, Die Zwillingschwester der Freiheit. Die Form im Recht als Problem der Rechtsgeschichte, in: *Oestmann*, Zwischen Formstrenge und Billigkeit. Forschungen zum vormodernen Zivilprozeß, 2009, S. 1.

³⁹ *Diestelkamp*, Die Durchsetzung des Rechtsmittels der Appellation im weltlichen Prozeßrecht Deutschlands, 1998.