

# *Das Publicum als Instrument spätmittelalterlicher Justiz*

VON CHRISTOPH H. F. MEYER

Vor etwas mehr als vierzig Jahren kam Karl Kroeschell nach einem kritischen Blick auf Tendenzen rechtshistorischer Forschung im 19. und 20. Jahrhundert noch auf die Gegenwart und den Begriff der Öffentlichkeit zu sprechen. In diesem Zusammenhang notiert er: »Dabei kommt es sogar vor, dass unter Einfluss schwärmerischer Vorstellungen von der Öffentlichkeit altgermanischer Gerichtsverfahren gefordert wird, die Gerichtsverhandlung möge auf der grünen Wiese vor dem Gerichtsgebäude stattfinden (so geschehen in Göttingen im Mai 1968).«<sup>1)</sup>

Episode und Notiz verweisen auf ein noch heute aktuelles Wahrnehmungsproblem. Seine Ursprünge liegen im frühen 19. Jahrhundert. Schon damals hatte Öffentlichkeit Konjunktur, nicht zuletzt als Argument des Bürgertums für politische Mitbestimmung.<sup>2)</sup> Dabei spielte seit der Aufklärung jene besondere Aura eine Rolle, die Öffentlichkeit zum Teil bis heute umgibt. Sie erschien als elementare Kraft und handelndes Subjekt, förderte die Wahrheit zu Tage und verhalf der Gerechtigkeit zum Sieg.<sup>3)</sup> Im Vormärz schlugen sich diese Vorstellungen u. a. im Kampf gegen die Geheimjustiz des überkommenen Régime und für die sog. Gerichtsöffentlichkeit nieder.<sup>4)</sup> Zuschauer

1) Karl KROESCHELL, Die Treue in der deutschen Rechtsgeschichte, in: KROESCHELL, Studien zum frühen und mittelalterlichen Recht (Freiburger Rechtsgeschichtliche Arbeiten 20), Berlin 1995, S. 157–181 (Erstdruck: Studi medievali X,1 [1969], S. 465–489), S. 180, Anm. 98.

2) Lucian HÖLSCHER, Öffentlichkeit und Geheimnis. Eine begriffsgeschichtliche Untersuchung zur Entstehung der Öffentlichkeit in der frühen Neuzeit (Sprache und Geschichte 4), Stuttgart 1979, S. 118–170. Ferner vgl. Öffentlichkeit – Geschichte eines kritischen Begriffs, hg. von Peter Uwe HOHENDAHL, Stuttgart/Weimar 2000; Jürgen SCHIEWE, Öffentlichkeit. Entstehung und Wandel in Deutschland (UTB 2440), Paderborn u. a. 2004.

3) Immanuel Kant, Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, Königsberg 1795 (ND Stuttgart 1987), Anhang II, S. 92: »Wenn ich von aller Materie des oeffentlichen Rechts [...], so wie es sich die Rechtslehrer gewöhnlich denken, abstrahire, so bleibt mir noch die Form der Publicitaet uebrig, deren Moeglichkeit ein jeder Rechtsanspruch in sich enthaelt, weil ohne jene es keine Gerechtigkeit (die nur als oeffentlich kundbar gedacht werden kann), mithin auch kein Recht, das nur von ihr ertheilt wird, geben wuerde.«

4) Paul Johann Anselm VON FEUERBACH, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Gießen 1821 (ND Aalen 1969). Eine von der Münchner Akademie der Wissen-

sollten bei Gerichtsverhandlungen grundsätzlich zugelassen sein und durch ihre tatsächliche oder potentielle Präsenz der Kontrolle der Justiz dienen.

Die Ursprünge einer solchen Öffentlichkeit, deren Kern man seit dem 18. Jahrhundert in einem allgemeinen und vernünftigen Austausch von Meinungen sah, lagen nach zeitgenössischer Vorstellung u. a. im germanisch-deutschen Ding,<sup>5)</sup> in der Verbindung von Volksversammlung und Volksgericht, in dem das Publikum eine besondere Rolle spielte.<sup>6)</sup> Der Verweis auf die mittelalterliche Gerichtsöffentlichkeit diente nicht nur der politischen Legitimation, sondern bestimmte auch das Bild des historischen Phänomens. Dass die so verstandene Öffentlichkeit seit dem ausgehenden Mittelalter aus dem Rechtsleben allmählich verschwunden war, passte als Verlustgeschichte gut zur Vorstellung von der Bürokratie und dem Obrigkeitsstaat der Neuzeit, die an die Stelle mittelalterlicher Anschaulichkeit und Genossenschaft getreten waren: »statt seiner farbigen symbole

schaften erstmals 1819 und dann noch einmal 1821/22 gestellte Preisaufgabe führte zu einer ganzen Reihe einschlägiger Publikationen. Die Aufgaben lauteten nach Buchner (BUCHNER, Das öffentliche Gerichtsverfahren, S. III): »1) über die Beschaffenheit des öffentlichen Gerichtsverfahrens der altdeutschen und insbesondere der altbairischen Rechtspflege in bürgerlichen sowohl als peinlichen Rechtsvorfällen, 2) über den vortheilhaften oder nachtheiligen Einfluß desselben auf die Verminderung oder Abkürzung der Streitigkeiten und auf die richtige Anwendung der Gesetze und 3) über die Zeit und Art und Weise dessen Aufhörens«. Vgl. M. Frhr. von FREYBERG, Ueber das altdeutsche öffentliche Gerichts-Verfahren. Eine von der königlich-bairischen Akademie der Wissenschaften gekrönte Preisschrift, Landshut 1824; Georg Ludwig MAURER, Geschichte des altgermanischen und namentlich altbairischen öffentlich-muendlichen Gerichtsverfahrens, dessen Vortheile, Nachtheile und Untergang in Deutschland überhaupt und Baiern insbesondere, Heidelberg 1824; Johann Wilhelm Christian STEINER, Ueber das alteutsche und insbesondere altbairische Gerichtswesen, in Bezug auf Oeffentlichkeit und Muendlichkeit des Verfahrens in buergerlichen und peinlichen Rechtsvorfällen. Eine von der K. Akademie der Wissenschaften zu Muenchen gekroente Preisschrift, Aschaffenburg 1824; Andreas BUCHNER, Das öffentliche Gerichtsverfahren in bürgerlichen und peinlichen Rechtsvorfällen nach altdeutscher vorzüglich altbairischer Rechtspflege, Erlangen 1825. Zum historischen Hintergrund vgl. Karl DICKOPF, Georg Ludwig von Maurer 1790–1872. Eine Biographie (Münchener historische Studien, Abteilung neuere Geschichte 4), Kallmünz 1960, S. 123–149; Peter-Paul ALBER, Die Geschichte der Öffentlichkeit im deutschen Strafverfahren (Schriften zum Strafrecht 21), Berlin 1974; Marie Theres FÖGEN, Der Kampf um Gerichtsöffentlichkeit (Schriften zum Prozessrecht 33), Berlin 1974; Günter HABER, Strafgerichtliche Öffentlichkeit und öffentliche Ankläger in der französischen Aufklärung mit einem Ausblick auf die Gesetzgebung der Konstituante (Strafrechtliche Abhandlungen 32), Berlin 1979. 5) Jürgen WEITZEL, Art. »Ding«, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 1063–1075.

6) Dem entspricht das Lob des Dings, etwa bei Steiner: »die eigentlich tiefbegründete, unmittelbare Oeffentlichkeit der Rechtspflege [...] in so reiner Gestalt vorkommt, daß die genauesten Abstractionen, welche die Vernunft aus solcher Oeffentlichkeit sich bilden kann, auf diese historische Erscheinung fast genau paßt.« Vgl. STEINER, Ueber das alteutsche und insbesondere altbairische Gerichtswesen (wie Anm. 4), S. 12. Zur Vorstellung des Ding unter freiem Himmel vgl. Karin NEHLSSEN-VON STRYK: Zum »Justizbegriff« der rechtshistorischen Germanistik, in: *Ius Commune* 17 (1990), S. 189–222, S. 193f.

stöße von acten, statt seines gerichtes unter blauem himmel qualmende schreibstuben« (Jacob Grimm).<sup>7)</sup>

Unschwer erkennbar ist das romantische Bild vom Mittelalter, das im Dienst politischer Anliegen kultiviert wurde. Auch den Zeitgenossen dürfte nicht völlig verborgen geblieben sein, dass manch einer, wie Heinrich Heine über Ernst Moritz Arndt spottete, »in den altdeutschen Wäldern jene Tugenden suchte, die er in den Salons der Gegenwart vermißte«. <sup>8)</sup> Dessen ungeachtet übten derartige Geltungsgeschichten nachhaltigen Einfluss auf die sich im zweiten Drittel des 19. Jahrhunderts formierende ältere deutsche Rechts- und Verfassungsgeschichte aus. Das gilt für die Gerichtsöffentlichkeit ebenso wie etwa für die Vorstellung von dem guten alten Recht<sup>9)</sup> oder von der germanischen bzw. deutschen Freiheit.<sup>10)</sup>

Wie lange manche dieser Leitideen fortwirkten, zeigt nicht nur die von Kroeschell beschriebene Episode des Jahres 1968, sondern auch das Bild des Diebstahls in der Literatur.<sup>11)</sup> Was ihn im mittelalterlichen Recht vom gewaltsamen Raub angeblich unterscheidet, nämlich die heimliche im Gegensatz zur offen begangenen Tat, ist nichts anderes als eine Erfindung des frühen 19. Jahrhunderts. In die Quellen hineingelesen und mit germanischen Vorstellungen über offenes und heimliches Handeln erklärt, kehrte die Unterscheidung dann als historisch legitimes Argument in die Rechtspolitik des 20. Jahrhunderts zurück und findet sich noch heute in den Lehrbüchern.

7) Jacob GRIMM, *Deutsche Rechtsalterthümer*, Bd. 1, Leipzig 1899 (Jacob Grimm und Wilhelm Grimm Werke, Abteilung I: Die Werke Jacob Grimms 17), mit einer Einleitung von Ruth SCHMIDT-WIEGAND, Hildesheim/Zürich/New York 1992 (erweiterter ND von Leipzig 41899), S. XVI, Anm. \*\*. Sowie die Vorrede zur ersten Auflage. In seinem Handexemplar hat Grimm die Bemerkung noch ergänzt. Der betreffende Satz lautet: »Statt seiner [gemeint ist »das rohe alterthum«, C.M.] persönlichen bußen haben wir unbarmherzige strafen, statt seiner farbigen symbole stöße von acten, [statt seiner baldgefundenen urtheile jahrlange processe,] statt seines gerichtes unter blauem himmel qualmende schreibstuben, statt der zinsöhner und fastnachtseier kommt der pfänder namenlose abgaben in jeder jahrszeit zu erpressen.« (ebd.).

8) Heinrich HEINE, *Reisebilder. Erster Theil. Die Harzreise*, in: HEINE, *Historisch-kritische Gesamtausgabe der Werke*, Hamburg 1973, S. 81–138, S. 154. Vgl. Bernhard W. WEGENER, *Der geheime Staat. Arkantradition und Informationsfreiheit*, Göttingen 2006, S. 34ff.

9) Johannes LIEBERECHT, *Das gute alte Recht in der rechtshistorischen Kritik*, in: *Form und Funktion. Quellen- und Methodenprobleme der mittelalterlichen Rechtsgeschichte*, hg. von Karl KROESCHELL/Albrecht CORDES (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 18), Berlin 1996, S. 185–204; Dietmar WILLOWEIT, *Vom alten guten Recht. Normensuche zwischen Erfahrungswissen und Ursprungslegenden*, in: *Jahrbuch des Historischen Kollegs* 1997, S. 23–52.

10) Hildburg HUNKE, *Germanische Freiheit im Verständnis der deutschen Rechts- und Verfassungsgeschichtsschreibung*, jur. Diss., Göttingen 1972.

11) Harald SIEMS, *Die Lehre von der Heimlichkeit des Diebstahls. Zugleich eine Untersuchung zu Raub und Diebstahl im gelehrten Recht*, in: *Hoheitliches Strafen in der Spätantike und im frühen Mittelalter*, hg. von Jürgen WEITZEL (Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas, Symposien und Synthesen 7), Köln/Weimar/Wien 2002, S. 85–152.

(1) ÖFFENTLICHKEIT ALS BEGRIFF ZWISCHEN KOMMUNIKATION,  
ORGANISATION UND RECHT

Die Beobachtungen führen zurück zur Forderung nach dem Gericht auf grüner Wiese. Aus Kroeschells Sicht stand sie im Zusammenhang mit Jürgen Habermas' Buch »Strukturwandel der Öffentlichkeit«.<sup>12)</sup> Allerdings vertritt Habermas in diesem Werk, das seit seiner Veröffentlichung 1962 maßgeblich die theoretische Diskussion über Öffentlichkeit beeinflusst hat, eine Position, die gerade nicht in das Mittelalter führt. Eine seiner Thesen lautet: Es hat vor dem 18. Jahrhundert keine Öffentlichkeit im eigentlichen, d. h. modernen Sinne gegeben, also keine kritische reflektierende öffentliche Meinung, ja nicht einmal einen Bereich des Öffentlichen, der in der Antike neben dem Privaten existiert haben soll. Stattdessen gab es, so Habermas, im Mittelalter nur eine sog. repräsentative Öffentlichkeit als Statusmerkmal insbesondere der Grundherren, die sich und ihre Herrschaft vor einem Publikum in Szene setzten und stellvertretend für dieses handelten, ohne es im Sinne einer Delegation zu repräsentieren.<sup>13)</sup> – Darüber, ob bzw. warum dieses Konzept dem Mittelalter (nicht) gerecht wird, ist viel geschrieben worden, ohne dass auf die Diskussion hier näher eingegangen werden kann.<sup>14)</sup> Erkennbar ist in jedem Fall ein erheblicher Erwartungsdruck. Die Vormoderne muss sich gegenüber der Mo-

12) KROESCHELL, *Die Treue* (wie Anm. 1), S. 180 Anm. 98. Vgl. Jürgen HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Mit einem Vorwort zur Neuauflage 1990 (stw. 891), Frankfurt a. M. 1998.

13) HABERMAS, *Strukturwandel* (wie Anm. 12), S. 60ff.

14) Aus dem großen Kreis mediävistischer Stellungnahmen zur Frage des Öffentlichkeitsbegriffs vgl. u. a. Alfred HAVERKAMP, »an die große Glocke hängen.« Über Öffentlichkeit im Mittelalter, in: *Jahrbuch des Historischen Kollegs* 1995, S. 71–112, S. 82–89; Gerd ALTHOFF, *Demonstration und Inszenierung. Spielregeln der Kommunikation in mittelalterlicher Öffentlichkeit*, in: ALTHOFF, *Spielregeln der Politik im Mittelalter. Kommunikation in Frieden und Fehde*, Darmstadt 1997, S. 229–257, S. 229ff.; Ernst SCHUBERT, *Ludwig der Bayer im Widerstreit der öffentlichen Meinung seiner Zeit*, in: *Kaiser Ludwig der Bayer. Konflikte, Weichenstellungen und Wahrnehmungen seiner Herrschaft*, hg. von Hermann NEHLSSEN/Hans-Georg HERMANN (Quellen und Forschungen aus dem Gebiet der Geschichte 22), Paderborn u. a. 2002, S. 163–197, S. 168f.; Peter VON MOOS, *Das Öffentliche und das Private im Mittelalter. Für einen kontrollierten Anachronismus*, in: VON MOOS, *Gesammelte Studien zum Mittelalter*, Bd. 3: *Öffentliches und Privates, Gemeinsames und Eigenes*, hg. von Gert MELVILLE (Geschichte. Forschung und Wissenschaft 16), Berlin 2007, S. 121–202, insbesondere S. 134–137; Arié MALZ, *Der Begriff der »Öffentlichkeit« als historisches Analyseinstrument: Eine Annäherung aus kommunikations- und systemtheoretischer Sicht*, in: *Kommunikation im Spätmittelalter. Spielarten – Wahrnehmungen – Deutungen*, hg. von Romy GÜNTHART/Michael JUCKER, Zürich 2005, S. 13–26; Ernst PITZ, *Verfassungslehre und Einführung in die deutsche Verfassungsgeschichte des Mittelalters* (Schriften zur Verfassungsgeschichte 75), Berlin 2006, S. 54f.; Leidulf MELVE, *Inventing the Public Sphere. The Public Debate during the Investiture Contest (c. 1030–1122)*, Bd. 1 (Brill's Studies in Intellectual History 154), Leiden/Boston 2007, S. 6–22. Ferner vgl. Nike-Catherine KOUTRAKOU, *La propagande impériale byzantine. Persuasion et réaction (VIIIe–Xe siècles)* (Université Nationale d'Athènes, Faculté des Lettres, Bibliothèque »Sophie N. Saripolou« 93), Athen 1994, S. 110–130.

derne legitimieren, obwohl von vornherein feststeht, dass sie die gestellten Anforderungen nicht erfüllen kann.

Allerdings zeigt ein Blick auf die Begriffsgeschichte, dass das, was sich heute im allgemeinen Sprachgebrauch als Öffentlichkeit darstellt, mit Blick auf das Mittelalter durchaus geschieden werden kann und muss. – Zunächst zum allgemeinen Befund.<sup>15)</sup> Die beiden Grundbedeutungen des Substantivs »Öffentlichkeit«, das im 18. Jahrhundert entstand, sind auch im Gebrauch des Adjektivs »öffentlich« fassbar. Es bezeichnet zum einen das Offenbare, allen Zugängliche oder Bekannte, dessen Gegenteil das Heimliche oder im Verborgenen Geschehende ist.<sup>16)</sup> Neben dieser ursprünglichen Bedeutung ist im Deutschen spätestens seit dem 17. Jahrhundert eine zweite in breiterem Umfang feststellbar. Sie betraf zunächst das Gemeinwesen und führte vor allem zu der Bedeutung »staatlich« bzw. »von Staats wegen«, dann aber auch zu dem, was die Gesellschaft angeht.

Aufschluss über die genaueren Entwicklungslinien bieten nicht zuletzt die Rechtsquellen.<sup>17)</sup> Deutschsprachige Texte lassen seit dem 13. Jahrhundert in breitem Umfang die ursprüngliche Bedeutung von »öffentlich« bzw. »offlich« erkennen. Seit der Wende vom 15. zum 16. Jahrhundert bezeichnen die Worte aber auch das, was im Interesse der Allgemeinheit oder für sie geschieht. Diese Bedeutung ist für das ungleich häufigere Adjektiv »gemein« schon seit dem 14. Jahrhundert vorherrschend.<sup>18)</sup> Eine Ursache der Bedeutungsverschiebung wird man im Einfluss des Adjektivs *publicus* sehen dürfen, das starke rechtliche Konnotationen hat.<sup>19)</sup> Deren Ursprung liegt im römischen Recht. Hier

15) Lucian HÖLSCHER, Art. »Öffentlichkeit«, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 4, Stuttgart 1978, S. 413–467; HÖLSCHER, Art. »Öffentlichkeit«, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 6, Darmstadt 1984, Sp. 1134–1140. Ferner vgl. Hasso HOFFMANN, Art. »Öffentlich/privat«, in: ebd., Sp. 1131–1134.

16) Horst WENZEL, Öffentliches und nichtöffentliches Herrschaftshandeln, in: Formen und Funktionen öffentlicher Kommunikation im Mittelalter, hg. von Gerd ALTHOFF (VuF 51), Stuttgart 2001, S. 247–260, 250f.

17) Deutsches Rechtswörterbuch, Bd. 10, Weimar 1997–2001, s. v. »öffentlich«, Sp. 269–273. Ferner vgl. Hildebert KIRCHNER, Beiträge zur Geschichte der Entzstehung der Begriffe »öffentlich« und »öffentliches Recht«, jur. Diss., Göttingen 1949; Rudolf SMEND, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift Walter Jellinek (Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e. V. Mainz 6), München 1955, S. 11–20; Wolfgang MARTENS, Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1969, S. 22–41 sowie Oliver HEIN, Beschreibung und Beobachtungen des »Öffentlichen«, in: Die Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs. Systematisierung der Fragestellung (Konflikte, Verbrechen und Sanktionen in der Gesellschaft Alteuropas. Symposien und Synthesen 6), Köln/Weimar/Wien 2002, S. 165–185.

18) Deutsches Rechtswörterbuch, Bd. 4, Weimar 1939–1951, s. v. »gemein«, Sp. 72–126. Ferner vgl. Karl Siegfried BADER, Studien zur Rechtsgeschichte des mittelalterlichen Dorfes, Bd. 2: Dorfgemeinschaft und Dorfgemeinde, Wien/Köln/Graz 1974, S. 13–21.

19) Hans MÜLLEJANS, *Publicus* und *privatus* im römischen Recht und im älteren kanonischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Unterscheidung *Ius publicum* und *Ius privatum* (Münchner theologische Studien, III. Kanonistische Abteilung 14), München 1961, S. 4–61; Max KASER, »Ius publi-

meint *publicus* zunächst das, was dem Volk (*populus*) und dem gemeinen Gebrauch offensteht, sodann was den Staat (*res publica*) betrifft, d. h. etwa sein Eigentum, seine Strafgerichtsbarkeit und vor allem sein Wohl, die *utilitas publica*. Anders als im deutschen Recht des Mittelalters, wo dem Öffentlichen das Heimliche gegenübersteht, findet *publicus* im römischen Recht sein Gegenstück in *privatus*, d. h. was den Einzelnen, der kein Amt im Gemeinwesen bekleidet, angeht. Die von römischen Juristen entwickelte Unterscheidung zwischen *ius publicum* und *ius privatum* bezieht sich demgegenüber vor allem auf die Normen und Rechtsgebiete, die das Recht der *res publica* bzw. des Einzelnen regeln, wobei das *ius publicum* dem *ius privatum* übergeordnet ist.

Mit dem Ende der Antike ging diese Distinktion ebenso verloren wie der einheitliche Wortgebrauch. Soweit man das überhaupt sagen kann, bezeichnet *publicus* in den Rechtstexten des frühen und hohen Mittelalters oft einen allgemeinen oder obersten, in der Regel königlichen Bereich, mitunter aber auch die Institutionen der Gemeinschaft und Formen von Staatlichkeit.<sup>20)</sup> Eine bescheidene Renaissance erlebte die Distinktion *ius publicum* – *ius privatum* seit dem 12. Jahrhundert in den gelehrten Rechten, insbesondere in den Schriften der Glossatoren und Kommentatoren des römischen Rechts.<sup>21)</sup> Für

«*ius publicum*» und «*ius privatum*», in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung 103 (1986), S. 1–101; Guglielmo NOCERA, *Ius publicum e ius privatum secondo l'esegesi di Max Kaser*, in: *Studia et documenta historiae iuris* 68 (2002), S. 1–54. Ferner vgl. Heinrich Eduard DIRKSEN, *Manuale latininitatis fontium iuris civilis romanorum*, Berlin 1837, S. 761f., S. 789f.; Hermann Gottlieb HEUMANN/Emil SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz <sup>10</sup>1958, S. 459, S. 477; *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, Bd. 4,1, Berlin/New York 1985, Sp. 1301–1306. Zu der Bedeutung von *publicus* und *privatus* in der Antike und im lateinischen Mittelalter vgl. Peter von MOOS, «Öffentlich» und «privat» im Mittelalter (Schriften der Philosophisch-historischen Klasse der Heidelberger Akademie der Wissenschaften 33), Heidelberg 2004, S. 10–35. Ferner vgl. Aloys WINTERLING, «Öffentlich» und «privat» im kaiserzeitlichen Rom, in: *Gegenwärtige Antike – antike Gegenwart. Kolloquium zum 60. Geburtstag von Rolf Rilinger*, hg. von Tassilo SCHMITT/Winfried SCHMITZ/Aloys WINTERLING, München 2005, S. 223–244.

20) KIRCHNER, *Beiträge zur Geschichte* (wie Anm. 17), S. 19–25; Léopold GENICOT, *Sur la survivance de la notion d'État dans l'Europe du Nord au haut moyen âge. L'emploi de publicus dans les sources belges antérieures à l'an mil*, in: *Institutionen, Kultur und Gesellschaft im Mittelalter. Festschrift für Josef Fleckenstein zu seinem 65. Geburtstag*, hg. von Lutz FENSKE/Werner RÖSENER/Thomas ZOTZ, Sigmaringen 198, S. 147–164; Jürgen WEITZEL, *Dinggenossenschaft und Recht. Untersuchungen zum Rechtsverständnis im fränkisch-deutschen Mittelalter*, Bd. 2 (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im alten Reich 15,2), Köln/Wien 1985, S. 729ff. Ferner vgl. Brigitte KASTEN, *Die Dichotomie von privat und öffentlich in fränkischen Herrschertestamenten*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* 121 (2004), S. 158–199.

21) Francesco CALASSO, *Ius publicum e ius privatum nel diritto comune classico*, in: *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, Mailand 1943, S. 53–85 (ND *Annali di storia del diritto* 9 [1965], S. 57–87); Georges CHEVRIER, *Les critères de la distinction du droit privé et du droit public dans la pensée savante médiévale*, in: *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Bd. 2, Paris 1965, S. 841–859. Ferner vgl. CHEVRIER, *Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du »jus privatum« et du »jus publicum« dans les oeuvres des anciens juristes français*, in: *Archives de philosophie*

das klassische kanonische Recht des 12.–14. Jahrhunderts ist dagegen umstritten, ob und wenn ja, welche Rolle die Unterscheidung darin spielte.<sup>22)</sup> Ein grundsätzlicher Wandel trat im volkssprachigen Bereich erst auf der Wende vom Spätmittelalter zur frühen Neuzeit ein, als es im Deutschen zu den gerade skizzierten Veränderungen kam.<sup>23)</sup> Zu berücksichtigen ist dabei allerdings, dass diese Entwicklung insbesondere gegenüber den romanischen Sprachen, welche die Grundbedeutung von *publicus* bewahrt haben, eine Besonderheit darstellt.<sup>24)</sup>

Soweit zur Geschichte der zentralen Ausdrücke und ihrer Bedeutungen. Sie lässt aus Sicht des deutschsprachigen Raums, von der hier ausgegangen werden soll, zwei unterschiedliche Merkmale erkennen, die im heutigen Sprachgebrauch nicht klar geschieden sind: zuerst den Zustand der Offenheit und später dann auch eine normativen Vorstellung von Allgemeinheit oder Staat. Hinzu kommt als dritter wichtiger Schritt, dass beide

du droit N. S. 1 (1952), S. 5–77. – Einen, wenn auch unvollständigen epochen- und raumübergreifenden Überblick zum Begriff des öffentlichen Rechts bietet der Artikel »Public Law«, in: The Oxford International Encyclopedia of Legal History, Bd. 5, Oxford 2009, S. 8–20. Er enthält die folgenden Unterabschnitte: J. Michael RAINER, The Roman Republic (S. 8–11); Boudewijn STRKS, The Roman Empire (S. 11–14); Bernard STOLTE, Byzantium (S. 14–15); J. W. F. ALLISON, English Common Law (S. 15–19); Mohammad FADEL, Public and Private Law in Islamic Law (S. 19–20).

22) MÜLLEJANS, Publicus und privatus (wie Anm. 19), S. 100–188; Peter LANDAU, Die Anfänge der Unterscheidung von *ius publicum* und *ius privatum* in der Geschichte des kanonischen Rechts, in: Das Öffentliche und Private in der Vormoderne, hg. von Gert MELVILLE/Peter von MOOS (Norm und Struktur 10), Köln/Weimar/Wien 1998, S. 629–638. Ferner zur Neuzeit vgl. Giuseppe FORCHIELLI, Il concetto di »pubblico« e di »privato« nel diritto canonico. Appunti di storia e di critica della sistemática, in: Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse, Bd. 2, Mailand 1940, S. 483–555; Sten GAGNÉR, Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel »öffentliches Recht und Privatrecht« im kanonistischen Bereich, in: Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966, hg. von Ernst von CAEMMERER/Konrad ZWEIGERT (Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Sonderveröffentlichung 16, Jg. 1966), Berlin/Tübingen 1967, S. 23–57.

23) Allerdings sind am Ende des Mittelalters in der Literatur des *Ius Commune* im Gebrauch des Adverbs *publice* durchaus beide Bedeutung von »öffentlich« feststellbar. Strauch, der die Literatur des älteren gelehrten Rechts, wenngleich nur ansatzweise, erfasst hat, nennt folgende Grundbedeutungen von *publice*, die er zum Teil ausführlicher belegt: 1. *Pluribus modis in jure accipitur, [...] Aliquando accipitur pro notorie et quasi publice [...] publice vero coram majori parte, vel per majorem partem populi [...] 2. Publice, id est, a republica [...] 3. Publice, id est, coram vicinis [...] 4. Publice, id est, in loco publico. [...] 5. Publice fieri, dicitur, quod fit judicis autoritate [...] Alias publice in commune significat, veluti cum dicimus publice interesse [...] Vgl. Johannes STRAUCH, Lexicon particularum juris, Jena 1684, S. 190f. Bemerkenswert ist auch die Diktion des Aquinaten. Deferrari/Barry geben folgende Grundbedeutungen an: »publicum, i, n., a public place, publicity, especially in the expressions in publicum and in publico (opposite of in occulto), publicly. [...] – publice, adv., before the people, openly, publicly, opposite of occulte.« Vgl. Roy J. DEFERRARI/M. Inviolata BARRY, A Lexicon of St. Thomas Aquinas, Washington 1948, S. 914.*

24) VON MOOS, »Öffentlich« und »privat« im Mittelalter (wie Anm. 19), S. 35–55.

Elemente seit dem 18. Jahrhundert – zunächst im Bereich der politischen Theorie – eine Verbindung eingingen, insofern der bürgerliche Anspruch auf die Macht im Staat damit begründet wurde, dass durch allgemeine Vorgänge des Kommunizierens und Rationierens eine öffentliche Meinung oder ein Wille der Gesamtheit entstanden sei. Von daher erklärt sich auch der heutige Sprachgebrauch, in dem »die Öffentlichkeit« zu einem handelnden Subjekt avanciert.

Die Personifizierung lässt bereits erahnen, was für die Moderne im Vordergrund steht. Seit dem 18. bzw. 19. Jahrhundert ist es die intensive, allumfassende Kommunikation, die als konstitutives Merkmal der Öffentlichkeit erscheint.<sup>25)</sup> – Dass diesem Kriterium und Phänomen auch aus historischer Sicht zentrale Bedeutung zukommt, steht außer Zweifel. Ebenso, dass sich Kommunikation nach der Erfindung des Buchdrucks oder gar nach dem Entstehen einer Tagespresse qualitativ ganz anders darstellt als etwa im Mittelalter. Allerdings wäre zu fragen, ob die moderne Wahrnehmung der exklusive Maßstab für »Öffentlichkeit« sein und das, was bis zum Ende des Mittelalters unter »offlich« bzw. »öffentlich« verstanden wurde, bloss als korrekturbedürftiges Missverständnis behandelt werden kann. Unabhängig von dem Problem des Anachronismus stellt sich aus sachlicher Hinsicht zudem die Frage, inwieweit sich wirklich alles um die »Göttin Publicitas« (G. A. von Halem)<sup>26)</sup> wie um eine unbewegte Bewegerin dreht. Wenn etwa die ältere rechtshistorische Forschung in ihrer Sicht der »altdeutschen« Gerichtsöffentlichkeit entsprechende Vorstellungen gern voraussetzt, so fordern schon die eingangs angedeuteten wissenschaftsgeschichtlichen Befunde zu einer Vergewisserung heraus.

Unabhängig von der Frage, inwieweit man überhaupt von *der* öffentlichen Meinung sprechen kann, lässt bereits die grundsätzliche Unterscheidung zwischen der öffentlichen und der veröffentlichten Meinung vermuten,<sup>27)</sup> dass aus dem Strom kursierender

25) Vgl. Appell an das Publikum. Die öffentliche Debatte in der deutschen Aufklärung 1687–1796, hg. von Ursula GOLDENBAUM, Berlin 2004.

26) Gerhard Anton von HALEM, Hymne an die Göttin Publicitas, in: VON HALEM, Gedichte, Bd. 1, Münster 1807, S. 346–351. Zu früheren Publikationsorten des Gedichts vgl. Minerva 3 (1806), S. 362–367; Neue Irene Mai (1806), S. 156–160. Zu dem Hymnus und der Rolle der Publizität in von Halem's Denken vgl. Christina RANDIG, Aufklärung und Region. Gerhard Anton von Halem (1752–1819). Publikationen – Korrespondenzen – Sozietäten, Göttingen 2007, S. 105–111.

27) Barbara PFETSCH/Claudia RITZI, Art. »Veröffentlichte Meinung«, in: Lexikon Kommunikations- und Medienwissenschaft, hg. von Günter BENTELE/Hans-Bernd BROSIUS/Otfried JARREN, Wiesbaden 2006, S. 298–299. Zur öffentlichen Meinung vgl. Lucian HÖLSCHER, Art. »Meinung, öffentliche«, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 5, Darmstadt 1980, Sp. 1023–1033; Otto B. ROEGELE, Art. »Öffentliche Meinung«, in: Staatslexikon, Bd. 4, Freiburg/Basel/Wien 1988, Sp. 98–102; Ernst SCHUBERT, Erscheinungsformen der öffentlichen Meinung im Mittelalter, in: Das Mittelalter 6 (2001), S. 109–127 sowie von MOOS, »Öffentlich« und »privat« im Mittelalter (wie Anm. 19), S. 54f. – So ist denn auch die *opinio communis* in der spätmittelalterlichen Jurisprudenz kein Abbild kursierender Meinungen, sondern spiegelt maßgeblich die Auffassungen besonders anerkannter Verfasser wider, die aufgrund ihrer Autorität meinungsbildend werden konnten. Vgl. Christoph H. F. MEYER, Ordnung durch Ord-

Meinungen einigen Gelegenheit gegeben wird, für viele Menschen wahrnehmbar in Erscheinung zu treten und so eine besondere Wirkung zu entfalten.<sup>28)</sup> Das lenkt den Blick auf die soziale Zweckhaftigkeit öffentlichkeitsstiftender Kommunikation und damit auf die Frage, inwieweit sie als Instrument dienen kann, um Gemeinschaft zu informieren und zu organisieren. Wenn im Folgenden diese soziale Funktion von Öffentlichkeit im Kontext insbesondere von Recht und Staatlichkeit betrachtet werden soll, so geschieht dies nicht, um den sozialen gegen den kommunikativen Aspekt auszuspielen, sondern um das Gesamtbild um eine Facette zu ergänzen, die leicht in Vergessenheit gerät: Öffentlichkeit kann historische Phänomene erklären, bedarf aber auch ihrerseits der Erklärung, geht es doch nicht um ein Naturereignis, sondern oft genug um den Niederschlag menschlicher Kalkulation. Wendet man diese Überlegung auf das Recht an, dann liegt der Gedanke nahe, dass sich die konkreten Funktionen rechtlicher Kommunikation aus wesentlichen Eigenschaften und Aufgaben des Rechts ergeben. Diese bestehen nicht zuletzt in der Lösung von Konflikten und der Ordnung menschlichen Zusammenlebens mit Hilfe von Normen.<sup>29)</sup> Auf dieses Ziel ist denn auch die Öffentlichkeit im Recht hingebordnet, und an diesem Maßstab bemessen sich ihre Leistungen.

Mit den gerade skizzierten Überlegungen ist der Ausgangspunkt dieser Untersuchung umrissen. In ihr geht es vorrangig um den Zustand der Offenheit oder Zugänglichkeit und die Rolle von Allgemeinheit und Staat, nicht bzw. kaum dagegen um die moderne Frage nach der Öffentlichkeit als einem handelnden Subjekt. Die so umschriebene Blickrichtung führt thematisch in den Umkreis des älteren Gegensatzpaares »öffentlich – geheim« und lässt die neuzeitliche Dichotomie »öffentlich – privat« unberücksichtigt.<sup>30)</sup> Aus rechtlicher Sicht rücken damit vor allem Prozesse bzw. Verfahren im Spiegel institutionengeschichtlicher Befunde, die ihrerseits insbesondere auf normativen

nen. Die Erfassung und Gestaltung des hochmittelalterlichen Kirchenrechts im Spiegel von Texten, Begriffen und Institutionen, in: *Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter*, hg. von Bernd SCHNEIDMÜLLER/Stefan WEINFURTER (VuF 64), Ostfildern 2006, S. 303–411, S. 377 und Susanne LEPSIUS, Art. »Opinio communis«, in: HRG, Bd. 1, Berlin <sup>2</sup>2008, Sp. 875–877.

28) Dazu vgl. auch SCHUBERT, Ludwig der Bayer (wie Anm. 14), S. 174f. – Öffentlichkeit als organisatorische Leistung hat auch Bernd Thum im Blick, wenn er als Voraussetzung für die von ihm definierte »okkasionelle Öffentlichkeit« die Fähigkeit angibt, eine Fehde zu führen. Vgl. Bernd THUM, Öffentlichkeit – Machen, Öffentlichkeit, Recht, in: *Politik und Dichtung vom Mittelalter bis zur Neuzeit*, hg. von Wolfgang HAUBRICH (Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik 37), Göttingen 1980, S. 12–69, S. 45; Bernd THUM, Öffentlichkeit und Kommunikation im Mittelalter. Zur Herstellung von Öffentlichkeit im Bezugsfeld elementarer Kommunikationsformen im 13. Jahrhundert, in: *Höfische Repräsentation. Das Zeremoniell und die Zeichen*, hg. von Hedda RAGOTZKY/Horst WENZEL, Tübingen 1990, S. 65–87, S. 71.

29) Zur Funktion des Rechts vgl. Simon ROBERTS, *Ordnung und Konflikt. Eine Einführung in die Rechtsethnologie*, Stuttgart 1981.

30) Für einen grundsätzlich anderen Ansatz vgl. von MOOS, *Das Öffentliche und das Private* (wie Anm. 14).

Quellen beruhen, in den Mittelpunkt des Interesses. Da hier ein Problemaufriss beabsichtigt ist, der dem Bedürfnis nach einem etwas umfassenderen Überblick Rechnung trägt und zugleich einige Vorarbeiten für spätere Einzeluntersuchungen leisten will, wird die naheliegende Frage nach der »Rechtswirklichkeit«, die gedanklich die Norm voraussetzt, nicht gestellt und dementsprechend auch nicht beantwortet.

Abgesehen von der methodischen Eingrenzung erfordert der Rahmen dieser Arbeit aber auch inhaltliche Beschränkungen. Sie führen dazu, dass einige interessante Aspekte ausgeklammert bleiben müssen. Das gilt zum einen für die Frage nach der Bekanntmachung und Kenntnis rechtlicher Regeln, seien sie nun schriftlicher oder mündlicher Natur.<sup>31)</sup> Dazu zählt im weiteren Sinne auch das Phänomen der sog. Burspraken oder Morgensprachen.<sup>32)</sup> Diese und ihnen verwandte Phänomene sind nicht zuletzt deshalb von Interesse, weil sie das institutionelle Verbindungsstück zur städtischen Willkür bilden, deren »Geltungsgrund« im Bürgereid liegt, durch den sich der Einzelne dem städtischen Satzungsrecht unterwarf, das ihm etwa im Rahmen der Burspraken verlesen wurde.<sup>33)</sup> Hier zeigt sich zugleich ein Spannungsverhältnis zwischen der kommunikativen und der normativen Seite des Publikationsvorgangs, wenn man die informationelle und die rechtliche Bedeutung gegeneinander abwägt.<sup>34)</sup> Ein zweiter Themenkomplex, der weitgehend unberücksichtigt bleiben muss, betrifft den großen Bereich der Kirche. Zu denken wäre

31) Peter JOHANEK, *Methodisches zur Verbreitung und Bekanntmachung von Gesetzen im Spätmittelalter*, in: *Histoire comparée de l'administration (IV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)*, hg. von Werner PARAVICINI/Karl Ferdinand WERNER (Beihefte der Francia 9), München 1980, S. 88–101 (ND Peter JOHANEK, *Was weiter wirkt ... Recht und Geschichte in Überlieferung und Schriftkultur des Mittelalters. Ausgewählte Aufsätze*, hg. von Antje SANDER-BERKE/Birgit STUDDT, Münster 1997, S. 211–224); Armin WOLF, Art. »Publikation von Gesetzen«, in: HRG, Bd. 5, Berlin 1990, Sp. 85–95; Timo HOLZBORN, *Die Geschichte der Gesetzespublikation insbesondere von den Anfängen des Buchdrucks um 1450 bis zur Einführung von Gesetzesblättern im 19. Jahrhundert* (Tenea / www.jurawelt.com 39), Berlin 2003.

32) Hedwig SIEVERT, *Die Kieler Burspraken. Mittelalterliches Leben im Spiegel alter Kieler Polizeiordnungen* (Mitteilungen der Gesellschaft für Kieler Stadtgeschichte 46), Kiel 1953; Wilhelm EBEL, *Bursprake, Ecteding, Eddach in den niederdeutschen Stadtrechten*, in: Wilhelm EBEL, *Rechtsgeschichtliches aus Niederdeutschland*, Göttingen 1978, S. 175–194; Robert GIEL, *Politische Öffentlichkeit im spätmittelalterlich-frühneuzeitlichen Köln (1450–1550)* (Berliner historische Studien 29), Berlin 1998, S. 52–85; Albrecht CORDES, Art. »Bursprake«, in: HRG, Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 786–787.

33) Wilhelm EBEL, *Der Bürgereid als Geltungsgrund und Gestaltungsprinzip des deutschen mittelalterlichen Stadtrechts*, Weimar 1958, S. 11–46. Zu den Schwörtagen vgl. Rainer JOOSS, *Schwören und Schwörtage in süddeutschen Reichsstädten. Realien, Bilder, Rituale*, in: *Germanisches Nationalmuseum. Anzeiger des Germanischen Nationalmuseums und Berichte aus dem Forschungsinstitut für Realienkunde* Jg. 1993, Nürnberg 1993, S. 153–168; Gudrun GLEBA, *Der mittelalterliche Bürgereid und sein Zeremoniell. Beispiele aus norddeutschen Städten*, in: ebd., S. 169–175.

34) Rauschert kommt in Hinblick auf den Informationswert zu einer relativ optimistischen Beurteilung, während Jütte dies gerade bezweifelt. Vgl. Robert JÜTTE, *Funktion und Zeichen. Zur Semiotik herrschaftlicher Kommunikation in der Stadtgesellschaft*, in: *Anzeiger des Germanischen Nationalmu-*

abgesehen von der Kirchenbuße<sup>35)</sup> insbesondere an das Problem der sog. klandestinen Ehen.<sup>36)</sup> Drittens schließlich kann hier nur am Rande auf die gelehrte Reflexion zum Thema »Öffentlichkeit« eingegangen werden. Das betrifft zunächst die Kanonistik und die Legistik, dann aber auch die scholastische Literatur allgemein, wenn man etwa an das Problem des Gemeinwohls denkt.

Nach dieser Abgrenzung kommen drei in enger Beziehung zueinander stehende Probleme in den Blick, die vom Allgemeinen zum Besonderen führen: zunächst die Form und Funktion von Publizität im Recht, dann Eigentümlichkeiten und Wandlungen des einheimischen deutschen Rechtsgangs im späten Mittelalter und drittens das Moment der Abschreckung im peinlichen Strafvollzug. Wenngleich die Darstellung dem vergleichsweise abstrakten Gegenstand Rechnung trägt, soll doch zumindest für den dritten Themenbereich ausgehend von einem konkreten Fall, der sich in Augsburg 1462 ereignete, ein Seitenblick auf städtische Justiz und ihr Verhältnis zu gelehrtem Kalkül geworfen werden.

seums und Berichte aus dem Forschungsinstitut für Realienkunde Jg. 1993, Nürnberg 1993, S. 13–21, S. 16; Jeannette RAUSCHERT, Herrschaft und Schrift. Strategien der Inszenierung und Funktionalisierung von Texten in Luzern und Bern am Ende des Mittelalters (Scriinium Friburgense 19), Berlin/New York 2006, S. 99–129, insbesondere S. 105. – Die Schrift des Johannes von Viterbo spricht schon zu Beginn des 13. Jahrhunderts aus, worin der Zweck des Vorgangs liegt: Delinquenten sollen sich nicht auf Rechtsunkennntnis berufen können. Siehe Anm. 220.

35) Mayke DE JONG, What was Public about Public Penance? Paenitentia publica and justice in the Carolingian World, in: *La Giustizia nell'Alto Medioevo (secoli IX–XI)*, Bd. 2 (Settimane di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo 44,2), Spoleto 1997, S. 863–902, S. 893–901; Lotte KÉRY, Gottesfurcht und irdische Strafe. Der Beitrag des mittelalterlichen Kirchenrechts zur Entstehung des öffentlichen Strafrechts (Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas, Symposien und Synthesen 10), Köln/Weimar/Wien 2006, S. 37–50; Friederike NEUMANN, Öffentliche Sünder in der Kirche des späten Mittelalters. Verfahren – Sanktionen – Rituale (Norm und Struktur 28), Köln/Weimar/Wien 2008.

36) Aus dem großen Spektrum der Literatur vgl. u. a. Peter Josef KESSLER, Die Entwicklung der Formvorschriften für die kanonische Eheschließung. Ein Beitrag zur kirchlichen Rechtsgeschichte, jur. Diss., Borna/Leipzig 1934; Ingeborg SCHWARZ, Die Bedeutung der Sippe für die Öffentlichkeit der Eheschließung im 15. und 16. Jahrhundert (besonders nach norddeutschen Quellen) (Schriften zur Kirchen- und Rechtsgeschichte 13), Tübingen 1959; Beatrice GOTTLIEB, The Meaning of Clandestine Marriage, in: *Family and Sexuality in French History*, hg. von Robert WHEATON/Tamara K. HAREVEN, Philadelphia 1980, S. 49–83; Christina DEUTSCH, Illegale Eheschließungen und gültige Ehen. Die Ehestatuten der Salzburger Kirchenprovinz (1215–1515), in: *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 173 (2004), S. 353–383. Ferner vgl. Rudolf WEIGAND, Art. »Klandestinenene«, in: *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 5, München/Zürich 1991, Sp. 1192.

(2) ÖFFENTLICHKEIT ALS PRINZIP, RESSOURCE UND INSTRUMENT:  
PUBLIZITÄT IM RECHT<sup>37)</sup>

Geht man von der ursprünglichen Bedeutung von »öffentlich« im Sinne von »offen« aus und fragt nach der Rolle so bezeichneter Offenheit im Recht, dann kommt als Erstes die Zugänglichkeit rechtlich relevanten Tatsachenwissens, die *publicitas facti*<sup>38)</sup> in den Blick. Die Bedeutung dieses auch als Publizität<sup>39)</sup> bezeichneten Phänomens ergibt sich aus einem Grundbedürfnis nach Information über Rechtsverhältnisse oder Rechtshandlungen für einen allgemeineren Kreis von Personen. Ein solches Bedürfnis kann befriedigt werden, indem man anderen Menschen, sei es einfachen Rechtsgenossen oder Amtsträgern, etwas durch Wort, Tat oder Schrift kundtut oder ihnen zumindest eine Kenntnisnahme ermöglicht.

Im Vergleich zur Spätantike zeichnete sich rechtliche Information vom Früh- bis weit in das Spätmittelalter durch ihren sozialen Kontext aus. Im Rahmen einer viel schwächer ausgeprägten Staatlichkeit und Schriftlichkeit rückte die Kundbarmachung an Amtsträger, vor allem aber die schriftliche Information (z. B. das Registerwesen) in den Hintergrund. Stattdessen wurde besonderer Wert darauf gelegt, dass rechtlich relevante Vorgänge größeren Personengruppen aufgrund eigener Wahrnehmung präsent bzw. bekannt waren, woraus sich eine besondere Abhängigkeit von physischen und räumlichen Fakto-

37) Gliederungseinheiten des *Decretum Gratiani* (D., C., q., c.) und des *Liber Extra* (X) werden im Folgenden entsprechend der modernen Konvention mit fortlaufenden arabischen Zahlen zitiert. Das gleiche gilt für den *Codex Theodosianus* (CTh) und die Bestandteile des *Corpus Iuris Civilis* (Inst., Dig., Cod., Nov.). Aus Platzgründen wird bei der Zitation der entsprechenden Werke auf ausführliche bibliographische Angaben verzichtet. Zugrunde liegen die Editionen von FRIEDBERG und KRÜGER/MOMMSEN. Vgl. *Corpus Iuris Canonici*, hg. von Emil FRIEDBERG, Bd. 1: *Decretum Magistri Gratiani*; Bd. 2: *Decretalium collectiones*, Leipzig 1879 (ND Graz 1959); *Codex Theodosianus*, hg. von Theodor MOMMSEN/Paul M. KRÜGER, Berlin 1904–1905 (ND Graz 2000); *Corpus iuris civilis* 1,1: *Iustiniani Institutiones*, hg. von Paul M. KRÜGER, Berlin<sup>18</sup>1965; 1,2: *Digesta*, hg. von Theodor MOMMSEN/Paul M. KRÜGER, Berlin<sup>18</sup>1965; 2: *Codex Iustinianus*, hg. von Paul M. KRÜGER, Berlin<sup>13</sup>1963; 3: *Novellae*, hg. von Rudolf SCHOELL/Wilhelm KROLL, Berlin<sup>8</sup>1963.

38) Die Unterscheidung zwischen einer *publicitas iuris* und einer *publicitas facti* findet sich im Zusammenhang mit der Exkommunikation bereits um die Wende vom Mittelalter zur Neuzeit. Vgl. Ioannis TABIENSIS, *Summa Tabiena quae summa summarum merito appellatur*, Bd. 1, Venedig 1569, s. v. *De excommunicatione*, casu 42, n. 3, S. 693; Sylvester PRIERAS, *Summa Sylvestrina quae summa summarum merito nuncupatur*, Bd. 1, Antwerpen 1581, s. v. *excommunicatio* IX, n. 66–67, S. 371a.

39) Werner OGRIS, Art. »Publizität«, in: HRG, Bd. 4, Berlin 1990, Sp. 92–95; Albrecht CORDES, Art. »Publizität«, in: *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 7, München 1995, Sp. 318–319. Ferner vgl. Eugen HUBER, *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht*. Festschrift im Namen und Auftrag der Universität Bern, Bern 1894, S. 14f., S. 60ff.; Vittore COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare* (*Ius nostrum* 3), Varese 1954; Eberhard ISENMANN, *Politik und Öffentlichkeit im Zeitalter Friedrichs III. und Maximilians I.*, in: *Europäische Hofkultur im 16. und 17. Jahrhundert*, Bd. 3 (Wolfenbütteler Arbeiten zur Barockforschung 10), Hamburg 1981, S. 583–587, S. 584.

ren ergab. Eng verbunden mit dieser allgemeinen Informationsfunktion war die Beweissicherung. Je mehr Menschen etwas wissen, desto leichter fällt der Beweis, wenn er sich nicht gar erübrigt. Denn das, was alle wissen oder wissen müssen, muss vor Gericht nicht bewiesen werden – so die im gelehrten Recht des Spätmittelalters formulierte Lehre von der Notorietät, deren grundsätzliche Annahmen auch das Früh- und Hochmittelalter teilten.<sup>40)</sup> Wer sich um den Beweis sorgte, suchte seinen Handlungen möglichst Offenkundigkeit zu verschaffen, wenn das Recht dies nicht ohnehin verlangte. Wo das Interesse an der Publizität groß war, muss umgekehrt die Angst vor ihrem Gegenteil, der Heimlichkeit nicht verwundern. Wer etwas heimlich tat, nährte den Verdacht, er handele unrechtmäßig: *Clandestina iniusta praesumuntur*.<sup>41)</sup> Die Strafe, die dem Täter drohte, konnte womöglich schwerer ausfallen als bei der offenkundigen Tat.<sup>42)</sup> Dieser Gefahr begegnete man am einfachsten, indem man einerseits »bei hellem Tageslicht«, d. h. nicht etwa nachts<sup>43)</sup> agierte, und andererseits an allgemein zugänglichen und frequentierten Orten, wo das entsprechende Publikum vorhanden war.

Wie ließ sich nun, technisch betrachtet, Publizität herstellen? Der einfachste Weg bestand darin, Handlungen in Gegenwart zahlreicher Personen vorzunehmen, die als Zeugen auftreten konnten.<sup>44)</sup> So etwa bei dem Kauf, den man nach Möglichkeit auf ei-

40) Carlo GHISALBERTI, La teoria del notorio nel diritto commune, in: Annali di storia del diritto 1 (1957), S. 403–451; F. R. P. AKEHURST, Good Name, Reputation, and Notoriety in French Customary Law, in: Fama. The Politics of Talk and Reputation in Medieval Europe, hg. von Thelma FENSTER/Daniel Lord SMAIL, Ithaca/London 2003, S. 75–94; Mathias SCHMOECKEL, »Excessus notorius examinatione non indiget.« Die Entstehung der Lehre der Notorietät, in: »Panta rei«. Studi dedicati a Manlio Bellomo, hg. von Orazio CONDORELLI, Rom 2004, S. 133–163.

41) Detlef LIEBS, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, München 2007, S. 46 (C32). Vgl. Walther MERK, Veräußerlichung und Durchschnittlichkeit im Recht, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. 1, hg. von F. KLAUSING/H. C. NIPPERDEY/A. NUSSBAUM (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht 62), Marburg 1931, S. 88–172, 94f.

42) Dies ist Gegenstand einer anderen Parömie: *Qui clam delinquant, magis delinquant quam qui palam*. Vgl. F. FROMMELT, Regulae iuris, Leipzig 1878, S. 37. – Doch findet sich insbesondere aus Sicht kirchlicher Rechtsvorstellungen auch die gegenteilige Vorstellung, die öffentliche Tat, gerade wenn sie Anlass zum *scandalum* gibt, müsse schwerer bestraft werden als die heimliche. Insofern bestand, wie Jason de Mayno formuliert, eine Alternative: *Quia tamen illa est via brocardica, an grauius puniatur ille, qui facit clam, an ille, qui palam*. Vgl. Jason de Mayno, De actionibus, titulus Institutionum Iustiniani, Venedig 1574, Versic. *Ex maleficiis*, S. 183 n. 20. Zum *scandalum* siehe Anm. 197–199.

43) Alois NIEDERSTÄTTER, Notizen zu einer Rechts- und Kulturgeschichte der Nacht, in: Das Recht im kulturgeschichtlichen Wandel. Festschrift für Karl Heinz Burmeister zur Emeritierung, hg. von Bernd MARQUARDT/Alois NIEDERSTÄTTER, Konstanz 2002, S. 173–190, S. 177. Ferner vgl. Francesco CIGOLINI, Art. »Notte (tempo di)«, in: Enciclopedia Giuridica Italiana, Bd. XI,1, Mailand 1937, S. 752–779; Emma MONTANOS FERRÍN, »An de die vel de nocte«, in: Rivista internazionale di diritto comune 9 (1998), S. 49–80.

44) Heinrich BRUNNER, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, neu bearbeitet von Claudius Freiherrn von SCHWERIN (Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft Abt. 2, Teil 1, Bd. 2), München/Leipzig 21928 (ND Berlin 1958), S. 530f. Nach Abschluss der vorliegenden Untersuchung erschien

nem Markt abschloss.<sup>45)</sup> Das Beispiel des Marktes zeigt, dass man Publizität nicht eigen erzeugen musste. Sie war an bestimmten Orten (z. B. Kirchen,<sup>46)</sup> Marktplätzen und Straßen<sup>47)</sup>) oder im Rahmen bestimmter Ereignisse (z. B. des sonntäglichen Kirchgangs) bereits gewährleistet, man musste sie nur nutzen. Hier wird ein Schnittpunkt zwischen allgemeiner Zugänglichkeit und Allgemeinheit erkennbar: Orte und Ereignisse, die viele Menschen anzogen und Publizität garantierten, waren aufgrund ihrer Bedeutung und als Schauplätze potentieller Konflikte bevorzugte Gegenstände rechtlicher Regelungen.

In enger Verbindung mit der Präsenz anderer Personen steht eine elementare Form der Publizitätserzeugung, und zwar die mündliche Kundbarmachung. Ihrer konnte sich etwa der Einzelne bedienen, der eine fremde Sache gefunden hatte und daher der Aufgebotspflicht<sup>48)</sup> unterlag,<sup>49)</sup> oder wer Opfer oder Zeuge eines Verbrechens geworden war und deshalb das Gerüfte anstimmen musste.<sup>50)</sup> Ein solches Geschrei sollte nicht nur das

als Überblick zu den technischen Möglichkeiten: Mark MERSIOWSKY, *Wege zur Öffentlichkeit. Kommunikation und Medieneinsatz in der spätmittelalterlichen Stadt*, in: *Stadtgestalt und Öffentlichkeit. Die Entstehung politischer Räume in der Stadt der Vormoderne*, hg. von Stephan ALBRECHT, Köln/Weimar/Wien 2010, S. 13–57.

45) Herbert MEYER, *Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht (Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches 18,2)*, München 1909. Dagegen vgl. Alfred SCHULTZE, *Gerüfte und Markkauf in Beziehung zur Fahrnisverfolgung*, in: *Festgabe für Felix Dahn zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum gewidmet von gegenwärtigen und früheren Angehörigen der Breslauer juristischen Fakultät*, Bd. 1: *Deutsche Rechtsgeschichte*, Breslau 1905, S. 1–63.

46) Markus Rafael ACKERMANN, *Mittelalterliche Kirchen als Gerichtsorte*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* 110 (1993), S. 530–545; Louis CARLEN, *Das Kirchenportal im Recht, in: Recht – Bürge der Freiheit. Festschrift für Johannes Mühlsteiger SJ zum 80. Geburtstag*, hg. von Konrad BREITSCHING/Wilhelm REES, Berlin 2006, S. 351–364; Karl BRUNNER, *Inszenierung und Öffentlichkeit in und um Kirchen im Mittelalter*, in: *Ein Thema – zwei Perspektiven. Juden und Christen in Mittelalter und Frühneuzeit*, hg. von Eveline BRUGGER/Birgit WIEDL, Innsbruck/Wien/Bozen 2007, S. 187–194. Ferner vgl. Sandy VIEK, *Der mittelalterliche Altar als Rechtsstätte*, in: *Mediävistik* 17 (2004), S. 95–184.

47) Eberhard Freiherr VON KÜNSSBERG, *Die Straße im altdeutschen Recht*, in: *Die Straße* 2 (1935), S. 8–11; Susanne RAU/Gerd SCHWERHOFF, *Öffentliche Räume in der Frühen Neuzeit. Überlegungen zu Leitbegriffen und Themen eines Forschungsfeldes*, in: *Zwischen Taverne und Gotteshaus. Öffentliche Räume in Spätmittelalter und Früher Neuzeit*, hg. von Susanne RAU/Gerd SCHWERHOFF (Norm und Struktur 21), Köln/Weimar/Wien 2004, S. 11–52, S. 48ff.

48) Werner OGRIS, Art. »Aufgebot (privatrechtlich)«, in: HRG, Bd. 1, Berlin 1971, Sp. 247–250; Werner OGRIS, Art. »Aufgebot«, in: HRG, Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 331–332.

49) Johannes HÜBNER, *Der Fund im germanischen Recht und älteren deutschen Rechten (Deutschrechtliche Beiträge 10,1)*, Heidelberg 1914, S. 115–130; Georg HOPMANN, *Der Eigentumserwerb an der gefundenen Sache nach deutschen Rechtsquellen*, jur. Diss., Bonn 1905, S. 14–18. – Adressat des Aufgebots konnte aber auch der flüchtige Angeklagte sein. Vgl. Rolf Süß, *Hochgericht und Lasterstein. Rechtsleben im alten Freiburg*, Freiburg i. Br. 1980, S. 32.

50) Gabriele VON OLBEG, Art. »Gerüfte«, in: *Reallexikon der germanischen Altertumskunde*, Bd. 11, Berlin/New York 1998, S. 455–457; Heiner LÜCK, Art. »Gerüfte«, in: HRG, 10. Lieferung, Berlin 2009, Sp. 259–264.

Geschehen bekannt machen, Helfer anlocken und den Weg vor Gericht bahnen, es zielte auch darauf ab, den Verdacht einer unrechtmäßigen bzw. heimlichen Handlung auszuräumen.<sup>51)</sup> Eine Kundbarmachung *viva voce* findet sich weiterhin im Bereich von Herrschaft und Institutionen, wenn man beispielsweise an die vielfältigen Aufgaben von Boten, Ausrufern usw. denkt.<sup>52)</sup> Sie konnten etwa zum gebotenen außerordentlichen Ding laden oder Anordnungen, Gesetze usw. an besonderen Verkündplätzen verlesen.<sup>53)</sup>

Neben der menschlichen Stimme existierten auch technische Mittel der Kundbarmachung. Diese konnten zum einen visueller Natur sein. Sieht man einmal von der Schrift ab, deren Massenwirkung vor dem Buchdruck enge Grenzen gesetzt waren, wäre etwa an Verbotszeichen wie den Strohwisch<sup>54)</sup> zu denken. Aufmerksamkeit verdienen aber vor allem akustische Signale, insbesondere der Klang der Glocke.<sup>55)</sup> Er war das effektivste Mittel, schnell Menschen zusammenzurufen. Schon im Augsburger Stadtrecht von 1276 findet sich ein langer Artikel *Von der sturmglögen*.<sup>56)</sup> Er regelt genau, wann die Sturm-

51) Zu den verschiedenen Funktionen der Bekanntmachung im Bereich der Unrechtstaten vgl. Adalbert ERLER, Art. »Verklärung«, in: HRG, Bd. 5, Berlin 1998, Sp. 741–743; Mathias SCHMOECKEL, Art. »Verklärung«, in: Reallexikon der germanischen Altertumskunde, Bd. 32, Berlin/New York 2006, S. 213–215.

52) Christian ECKERT, Der Fronbote im Mittelalter. Nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen, Leipzig 1897, S. 38ff.; Werner PETERS, Der Fronbote als Nachrichter. Überlegungen zu seiner Darstellung in den Codices picturati des Sachsenspiegels, in: Der Sachsenspiegel als Buch, hg. von Ruth SCHMIDT-WIEGAND/Dagmar HÜPPER (Germanistische Arbeiten zu Sprache und Kulturgeschichte 1), Berlin/New York 1991, S. 295–314; LÜCK, Art. »Fronbote«, in: HRG, Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 1856–1859.

53) Wilhelm EBEL, Zum Ende der bürgerlichen coniuratio reiterata, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung 78 (1961), S. 319–320; Heiner LÜCK, Art. »Verkündplätze«, in: HRG, Bd. 5, Berlin 1998, Sp. 748–750; LÜCK, Verlesen von Rechtssatzungen, in: ebd., Sp. 760–761.

54) Ruth SCHMIDT-WIEGAND, Studien zur historischen Rechtswortgeographie: Der Strohwisch als Bann- und Verbotszeichen. Bezeichnungen und Funktionen (Münstersche Mittelalter-Schriften 18), München 1978.

55) Elsbeth LIPPERT, Glockenläuten als Rechtsbrauch (Das Rechtswahrzeichen 3), Freiburg i. Br. 1939; Jürgen WEITZEL, Gerichtsöffentlichkeit im hoch- und spätmittelalterlichen Deutschland, in: Information, Kommunikation und Selbstdarstellung in mittelalterlichen Gemeinden, hg. von Alfred HAVERKAMP (Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien 40), München 1998, S. 71–84, S. 82ff.; Heiner LÜCK, Art. »Glocke«, in: HRG, Bd. 10, Berlin 2009, Sp. 403–408. Ferner vgl. Hans von HENTIG, Gerichtliche Klänge und Geräusche. Eine kriminalgeschichtliche Studie, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 63 (1948), S. 121–138; Wolfgang SCHILD, Klänge im Rechtsleben. Zu einer Rechts- als Klangwelt, in: Paragrana 16 (2007), S. 104–124, 108f.

56) Das Stadtbuch von Augsburg insbesondere das Stadtrecht vom Jahre 1276, hg. von Christian MEYER, Augsburg 1872, Stadtrecht (a. 1276) Art. XXIV, S. 64f. Vgl. Reinhold SCHORER, Die Strafgerichtsbarkeit der Reichsstadt Augsburg 1156–1548 (Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas, Fallstudien 3), Köln/Weimar/Wien 2001, S. 40f. Zur Ratsglocke vgl. Stadtbuch von Augsburg, hg. von C. MEYER (wie Anm. 56), III. Raths- und Gerichtsordnung, § 10, S. 238.

glocke, die in der Gewalt der Bürger ist, auf Geheiß des Vogts geläutet werden darf.<sup>57)</sup> Das akustische Instrument wird so zum Herrschaftsinstrument. Die Handwerker, die 1368 in Augsburg erfolgreich revoltierten, suchten denn auch vor allem dreierlei in ihre Hände zu bekommen: die Stadttore, die Sturmglocke im Perlachturm und die Schlüssel des Rathauses.<sup>58)</sup> Bei dieser besonderen Bedeutung des Glockenläutens war der Schritt zur Glocke als einem Symbol städtischer Freiheit nicht mehr allzu groß.<sup>59)</sup>

Das Beispiel führt zur Größe des Adressatenkreises und der Reichweite von Öffentlichkeit. Gerade für die Verbindlichkeit von Recht ist das ein neuralgischer Punkt.<sup>60)</sup> Alle gerade genannten Instrumente wirkten physisch, hingen größtenteils an der menschlichen Person und waren an den Raum gebunden. Die geringe Kommunikationsreichweite führte so auch im Recht, wenn man moderne Maßstäbe anlegen will, zu einer Teilöffentlichkeit. Zu berücksichtigen ist dabei jedoch die Unterschiedlichkeit der Lebenskreise.<sup>61)</sup> Dieselbe Glocke konnte in einer Stadt eine ganz andere Anzahl von Menschen mobilisieren als in einem Dorf. Anstelle von 100 oder 200 Leuten, die sich alle kennen und miteinander kommunizieren, verändert sich in einer anonymen Menge von 1000 oder 2000 Menschen der Kommunikationsfluss. Man wird eher informiert, als dass man gegenseitig Informationen austauscht.<sup>62)</sup>

Hier deutet sich eine andere Funktion von Publizität an, die nicht auf große Zahlenverhältnisse beschränkt ist. Mit ihr verbunden ist oft ein Element der Kontrolle, das zunächst einmal eher sozialer denn rechtlicher Natur ist. Zu denken wäre etwa an die

57) So etwa, wenn er über Diebe, Räuber, Mörder, Totschläger und *alle schaedeliche lute* richtet, bei handgreiflichen Auseinandersetzungen zwischen Bürgern, deren er nicht Herr werden kann (Stadtbuch von Augsburg, hg. von C. MEYER [wie Anm. 56], Stadtrecht [a. 1276] Art. XXIII § 1, S. 64) oder bei der Verkündung einer Satzung (ebd., Art. XXIII, Zusatz [IV], S. 64f.).

58) 700 Jahre Augsburger Stadtrecht 1276–1976. Ausstellung des Stadtarchivs Augsburg. Zusammenstellung und wissenschaftliche Bearbeitung, hg. von Wolfgang BAER/Friedrich BLENDINGER, Augsburg 1976, S. 54; Friedrich BLENDINGER, Die Zunfterhebung von 1368 in der Reichsstadt Augsburg, in: Stadtverfassung – Verfassungsstaat – Pressepolitik. Festschrift für E. Naujoks zum 65. Geburtstag, hg. von Franz QUARTHAL/Wilfried SETZLER, Sigmaringen 1980, S. 72–90, S. 78f.; Friedrich BLENDINGER, Die Zunfterhebung von 1368, in: Geschichte der Stadt Augsburg von der Römerzeit bis zur Gegenwart, hg. von Gunther GOTTLIEB u. a., Stuttgart 1984, S. 150–153, S. 150f.

59) Hans PLANITZ, Die deutsche Stadtgemeinde. Forschungen zur Stadtverfassungsgeschichte 3, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung 64 (1944), S. 1–85, S. 61; PLANITZ, Die deutsche Stadt im Mittelalter. Von der Römerzeit bis zu den Zunftkämpfen, Graz/Köln 2<sup>1965</sup>, S. 116.

60) Das zeigt sich etwa im Zusammenhang mit der Frage, wie weit eine Gewohnheit, um verbindlich zu sein, bekannt sein muss. Vgl. Georg Friedrich PUCHTA, Das Gewohnheitsrecht, Bd. 2, Erlangen 1837, S. 39–49.

61) Carl A. HOFFMANN: »Öffentlichkeit« und »Kommunikation« in den Forschungen zur Vormoderne. Eine Skizze, in: Kommunikation und Region, hg. von Carl A. HOFFMANN/Rolf KIESSLING (Forum Suevicum 4), Konstanz 2001, S. 69–110, S. 82.

62) Zum Fall des Ulrich Tendrich siehe S. 120–130 (Anm. 133–183).

öffentliche anstelle der geheimen Wahl durch Stimmabgabe auf Zetteln.<sup>63)</sup> Dass Offenkundigkeit soziale und rechtliche Disziplinierung erleichterte, zeigt sich *ex negativo* auch im Bereich der Ehe, konkret bei der heimlichen oder klandestinen Eheschließung, die nach kirchlichem Verständnis durchaus gültig war und den Partnern so Handlungsfreiräume gegenüber Vätern und Vormündern eröffnete.<sup>64)</sup> Deutlich wird hier: Heimlichkeit bedeutete für den Schwachen oft Schutz, für den Mächtigen dagegen Kontrollverlust. Doch lässt sich aus dieser Einsicht keine allgemeine Formel, etwa im Sinne einer funktionalen Gleichsetzung von Öffentlichkeit einerseits und Kontrolle andererseits, ableiten. Zu berücksichtigen sind unterschiedliche Rechtsvorstellungen (z. B. der Kirche) genauso wie die jeweiligen Interessenlagen der Betroffenen. Innerhalb dieser Koordinaten konnte Publizität der Wahrnehmung bestehender genauso wie der Verfestigung neuer Rechte dienen. Das galt für den Starken genauso wie für den Schwachen. Festzuhalten ist jedoch vor allem die Bedeutung rechtlicher Publizität für den Beweis.

### (3) ÖFFENTLICHKEIT VOR RICHTER

#### (3.1) Modelle und Entwicklungen: Zwischen Umstand und selbsturteilendem Richter

Die vorangehenden Beobachtungen insbesondere zum Verhältnis von Publizität auf der einen sowie Mündlichkeit und Institutionen auf der anderen Seite erleichtern ein wenig den Zugang zur Gerichtsöffentlichkeit, denn sie lassen ihre funktionalen Ursprünge erkennen.<sup>65)</sup> Diese bestehen vor allem in der Beweis- und Kontrollfunktion von Publizität:

63) Für Augsburg vgl. Jörg ROGGE, Ir freye wale zu haben. Möglichkeiten, Probleme und Grenzen der politischen Partizipation in Augsburg zur Zeit der Zunftverfassung (1368–1548), in: Stadtreform und Bürgerfreiheit. Handlungsspielräume in deutschen und italienischen Städten des Späten Mittelalters und der Frühen Neuzeit, hg. von Klaus SCHREINER/Ulrich MEIER (Bürgertum 7), Göttingen 1994, S. 244–277, insbesondere S. 250f.; Jörg ROGGE, Für den gemeinen Nutzen. Politisches Handeln und Politikverständnis von Rat und Bürgerschaft in Augsburg im Spätmittelalter (Studia Augustina 6), Tübingen 1996, S. 16–27.

64) Zur klandestinen Ehe siehe oben Anm. 36.

65) Für eine Zusammenfassung zentraler Fragestellungen der neueren Forschung vgl. WEITZEL, Gerichtsöffentlichkeit (wie Anm. 55); Ingrid BAUMGÄRTNER, Gerichtspraxis und Stadtgesellschaft. Zu Zielsetzung und Inhalt, in: Praxis der Gerichtsbarkeit in europäischen Städten des Spätmittelalters, hg. von Franz-Josef ARLINGHAUS/Ingrid BAUMGÄRTNER u. a. (Rechtsprechung, Materialien und Studien 23), Frankfurt a. M. 2006, S. 1–18, S. 7ff. Ferner vgl. Hagen KELLER, Öffentlichkeit und Schriftdenkmal in der mittelalterlichen Gesellschaft, in: Frühmittelalterliche Studien 38 (2004), S. 277–286. Zum Verschwinden der Gerichtsöffentlichkeit vgl. Wilhelm KAHL, Öffentlichkeit und Heimlichkeit in der Geschichte des deutschen Strafverfahrens, in: Internationale Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik (7. März 1908), Sp. 289–310; Gerhard SEIFARTH, Der Untergang der Öffentlichkeit im deutschen Rechtsgang, jur. Diss., Jena 1932.

Der Konflikt zwischen zwei Kontrahenten wird vor eine größere Gruppe gebracht, von der einzelne Mitglieder bei der Lösung bzw. Entscheidung eine aktive Rolle spielen können, die aber schon durch ihre Präsenz den Konfliktaustrag dokumentiert und kontrolliert, d. h. auch befriedend und verrechtlichend wirken kann.<sup>66)</sup> Vor diesem Hintergrund sind die bereits von Tacitus in seiner *Germania* beschriebenen allgemeinen Versammlungen zu sehen, die nicht nur der Regelung militärischer und politischer Angelegenheiten, sondern auch von Konflikten dienten.<sup>67)</sup> Demgegenüber lassen die frühmittelalterlichen *Leges barbarorum* schon das Bild eines eigenen Rechtsgangs, wenngleich in unterschiedlicher Schärfe, erkennen.

Für die Entwicklung nördlich der Alpen sollte sich bis ins Spätmittelalter und vielerorts noch lange darüber hinaus das Grundmodell des dinggenossenschaftlichen Verfahrens als besonders einflussreich erweisen.<sup>68)</sup> Es war keineswegs der einzige Typus des Rechtsgangs im frühen und hohen Mittelalter. Eine besondere Form hatte von jeher das Verfahren im Königsgericht. Davon abgesehen findet sich vor allem in Südeuropa im ersten Jahrtausend das aus der Spätantike bekannte Modell des selbsturteilenden Richters, das im späten Mittelalter auch nördlich der Alpen an Bedeutung gewinnen sollte. Um jedoch diesen Wandel und die damit einhergehende veränderte Rolle der Öffentlichkeit zu verstehen, sind einige Elemente des dinggenossenschaftlichen Verfahrens etwas genauer zu betrachten.

Das erste ist die Dingpflicht, d. h. zu ordentlichen Gerichtsversammlungen müssen alle freien Männer erscheinen.<sup>69)</sup> Unter dem Vorsitz eines Richters tritt ein besonderer Kreis von Urteilern zusammen, der sich spätestens seit dem 9. Jahrhundert im Sinne eines Schöffenamtes verstetigte.<sup>70)</sup> Die Urteiler stammen aus der Gemeinschaft und fällen eine

66) Zur verrechtlichenden Funktion von Öffentlichkeit aus anthropologischer Sicht vgl. Rüdiger SCHOTT, Die Funktionen des Rechts in primitiven Gesellschaften, in: Funktionen des Rechts in der modernen Gesellschaft, hg. von Rüdiger LAUTMANN/Werner MAIHOFFER/Helmut SCHELSKY (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1), Bielefeld 1970, S. 107–174, S. 140–143. Ferner vgl. Martin KRYGIER, Publicness, Privatness and ›Primitive Law‹, in: Public and Private in Social Life, hg. von S. I. BENN und G. F. GAUS, London/Canberra/New York 1983, S. 307–340.

67) Die *Germania* des Tacitus, erläutert von Rudolf MUCH, hg. von Wolfgang LANGE/Herbert JAN-KUHN (Germanische Bibliothek 5), Heidelberg <sup>3</sup>1967, cap. 11–12, S. 201, 212.

68) Jürgen WEITZEL, Dinggenossenschaft und Recht. Untersuchungen zum Rechtsverständnis im fränkisch-deutschen Mittelalter (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 15,1–2), Köln/Wien 1985, Bd. 1, S. 434–774, Bd. 2, S. 775–988. Für einen allgemeinen Überblick vgl. Karin NEHLSSEN-VON STRYK, Art. »Gerichtsverfahren«, in: HRG, 9. Lieferung, Berlin <sup>2</sup>2009, Sp. 178–192; Heiner LÜCK, Art. »Gerichtsverfassung«, in: HRG, 9. Lieferung, Berlin <sup>2</sup>2009, Sp. 192–219.

69) Wer nicht Dinggenosse ist (z. B. der Fremde), bleibt vom Verfahren ausgeschlossen. Vgl. Georg Ludwig MAURER, Geschichte der Markenverfassung in Deutschland, Erlangen 1856, S. 345.

70) Gunther WESENER, Art. »Prozeßmaximen«, in: HRG, Bd. 4, Berlin 1990, Sp. 57–62, Sp. 55ff. Zum Richter im ersten Jahrtausend vgl. Jürgen WEITZEL, Art. »Iudex«, in: Reallexikon der germanischen Altertumskunde, Bd. 15, Berlin/New York <sup>2</sup>2000, S. 605–606.

Entscheidung, die sie der anwesenden Gerichtsgemeinde, dem sog. Umstand (*adstantes*) mitteilen. Stimmt dieser zu, verkündet der Richter das entsprechende Urteil. – Hier zeigt sich der stark genossenschaftliche Zug des Verfahrens. Entscheidungen werden konsensual, aus der Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft getroffen und auf Gewohnheit zurückgeführt.<sup>71)</sup> Der Umstand ist in die Rechtsfindung zumindest mittelbar einbezogen und wird so zugleich über Recht und Rechtsgang belehrt. Zu berücksichtigen ist allerdings die Differenzierung der Gerichtsgemeinde. Die Urteiler sprechen für alle und lassen sich ihre Entscheidung nur bestätigen. Der Umstand diskutiert also keineswegs über das Recht, sondern bezeugt eher seine rechtmäßige Findung. Ein weiterer entscheidender Zug ist die Mündlichkeit. Alle Beteiligten sind persönlich zugegen, und der Prozess beruht auf Rede und Gegenrede.

So wichtig die Offenheit für das Verfahren war, sie war zugleich seine größte Bedrohung. Wo die Angelegenheit von Angehörigen und Freunden verhandelt wird, liegt die verbale oder physische Intervention und die damit verbundene Störung besonders nahe. Um das zu verhindern, bedurfte es eines besonderen Dingfriedens. Ihn verkündet der Richter nach der sog. Hegung des Gerichts.<sup>72)</sup> Alle Anwesenden müssen fortan schweigen,<sup>73)</sup> dürfen nicht mehr frei herumgehen, sondern müssen die kreisförmige oder quadratische Einhegung (z. B. durch Pfähle, Zäune oder Bänke) beachten, die den eigentlichen Gerichtsraum mit Richter und Schöffen umgibt und das Prozessgeschehen begrenzt bzw. abschirmt.

Abgesehen von der Struktur des Verfahrens bestand eine andere öffentlichkeitswirksame Determinante in dem Gerichtsort und dem Grad seiner Zugänglichkeit.<sup>74)</sup> Grund-

71) Wolfgang SELLERT, Art. »Vollbort«, in: HRG, Bd. 5, Berlin 1998, Sp. 1023–1024; Stefan Chr. SAAR, Art. »Vollbort«, in: Reallexikon der germanischen Altertumskunde, Bd. 32, Berlin/New York 2006, S. 591. Zur (Rechts-)Gewohnheit vgl. Martin PILCH, Der Rahmen der Rechtsgewohnheiten. Kritik des Normensystemdenkens entwickelt am Rechtsbegriff der mittelalterlichen Rechtsgeschichte, Wien/Köln/Weimar 2009. Für einen Überblick vgl. Pirmin SPIESS, Art. »Rechtsgewohnheit«, in: Reallexikon der germanischen Altertumskunde, Bd. 24, Berlin/New York 2003, S. 259–260.

72) Johann Julius Wilhelm PLANCK, Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, Bd. 1,1, Braunschweig 1878, S. 126–133; Kurt BURCHARD, Die Hegung der deutschen Gerichte im Mittelalter. Ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte, Leipzig 1893; Christine D. SCHMIDT, Die Hegung des Gerichts – Formen und Funktionen eines rituellen Aktes, in: Symbolische Kommunikation vor Gericht in der frühen Neuzeit, hg. von Reiner SCHULZE (Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 51), Berlin 2006, S. 225–249.

73) Ruth SCHMIDT-WIEGAND, Schweigen vor Gericht im Sachsenspiegel Eikes von Repgow, in: Vox sermo res. Beiträge zur Sprachreflexion, Literatur- und Sprachgeschichte vom Mittelalter bis zur Neuzeit. Festschrift Uwe Ruberg, hg. von Wolfgang HAUBRICHS/Wolfgang KLEIBER/Rudolf Voss, Stuttgart/Leipzig 2001, S. 257–262.

74) Heinrich Gottfried GENGLER, Deutsche Stadtrechts-Alterthümer, Erlangen 1882, S. 122–126; Karl VON AMIRA/Claudius Frhr. VON SCHWERIN, Rechtsarchäologie. Gegenstände, Formen und Symbole germanischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1943, S. 14ff.; Erwin BRAUN, Die Entwicklung der Gerichtsstätten in Deutschland, jur. Diss., Erlangen 1943; Hubert DRÜPPEL, Iudex civitatis. Zur Stellung des Richters

sätzlich lassen sich drei Entwicklungsstadien unterscheiden, ohne dass im Einzelfall alle stets sukzessiv durchschritten wurden. Am Anfang stand die Gerichtsversammlung im Freien, auf Wiesen oder Hügeln, unter Bäumen, später auch *infra muros* auf Markt- oder Kirchplätzen. In einem zweiten Stadium fand sie vor allem zum Schutz vor der Witterung unter Abdächern und in Kreuzgängen von Kirchen statt. Für den Übergang zu der dritten Phase, d. h. der Verlagerung in Gebäude (z. B. Rat- oder Gerichtshäuser), stehen die sog. Lauben, bedeckte nach außen hin offene Bogen- oder Säulengänge.<sup>75)</sup> Der architektonischen Gestaltung zugrunde lag eine Rechtsvorstellung: Das Prozessgeschehen soll für jeden zumindest visuell zugänglich sein. Selbst als Gerichte bereits »unter Dach und Fach« waren, wurde oft vor den Sitzungen eine Tür, ein Fenster oder eine Dachluke geöffnet, um eine solche Zugänglichkeit *pro forma* zu gewährleisten.<sup>76)</sup> Zu diesem Zweck wurden auch Teile des Prozessgeschehens wie die Urteilsverkündung ins Freie verlagert.<sup>77)</sup>

Funktional verdient dreierlei Beachtung: erstens der Schritt vom Freien, wo sich alle einfinden können und sollen, in den geschlossenen Raum. Er begrenzte einerseits die Teilnehmerzahl beträchtlich und war andererseits die praktische Voraussetzung für eine weitgehende Verschriftlichung des Prozessgeschehens. Zweitens die Wahl der Behausung. Sakrale Bauten waren in mehrfacher Hinsicht als weltliche Gerichtsorte interessant, doch wurden sie seit dem 13. Jahrhundert zunehmend profaner Nutzung entzogen.<sup>78)</sup> In den Städten führte der Weg oft ins Rathaus, mitunter auch in ein eigenes

in der hoch- und spätmittelalterlichen Stadt deutschen Rechts (Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte 12), Köln/Wien 1981, S. 37–43; Witold MAISEL, Rechtsarchäologie Europas, Wien/Köln/Weimar 1992, S. 11–22; Heiner LÜCK, Art. »Gerichtsgebäude«, in: HRG, 9. Lieferung, Berlin 2009, Sp. 150–155; LÜCK, Art. »Gerichtsstätte«, in: HRG, 9. Lieferung, Berlin 2009, Sp. 171–178.

75) Heiner LÜCK, Art. »Gerichtslaub«, in: HRG, 9. Lieferung, Berlin 2009, Sp. 162–165.

76) GENGLER, Stadtrechts-Altertümer (wie Anm. 74), S. 125; Antonio PERTILE, Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione, Bd. 6,1, hg. von Pasquale DEL GIUDICE, Turin 1900, S. 255f.; BURCHARD, Hegung (wie Anm. 72), S. 208f. Eine entsprechende Erwartungshaltung spiegelt sich auch in volkssprachlichen Werken und bildlichen Darstellungen des späten Mittelalters. Vgl. Erich KLIBANSKY, Gerichtsszene und Prozeßform in erzählenden deutschen Dichtungen des 12.–14. Jahrhunderts (Germanistische Studien 40), Berlin 1925, S. 20f. (Evangelium Nicodemi des Heinrich von Hesler); Gernot KOCHER, Spätmittelalterliches städtisches Rechtsleben, in: Das Leben in der Stadt des Spätmittelalters. Internationaler Kongreß Krems an der Donau 20. bis 23. September 1976 (Österreichische Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse. Sitzungsberichte 325/Veröffentlichungen des Instituts für mittelalterliche Realienkunde Österreichs 2), Wien 1977, S. 51–75, S. 58.

77) So sieht es etwa eine Novelle des Augsburger Stadtbuchs von 1423 über die Ächtung vor. Liegt dieser ein Totschlag zugrunde, soll sie unter den Wolken auf dem Perlachplatz, d. h. vor dem Rathaus als Gerichtsort, vorgenommen werden. Vgl. Stadtbuch von Augsburg, hg. von C. MEYER (wie Anm. 56), Stadtrecht (a. 1276) Art. XXXV (Nachtrag a. 1423), S. 106; ebd., XXVI (So man ainen aechten will (a. 1423–1445), S. 268 sowie SCHORER, Die Strafgerichtsbarkeit (wie Anm. 56), S. 146f.; Heiner LÜCK, Art. »Freier Himmel«, in: HRG, Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 1734–1736.

78) Zur Kirche als Rechtsort siehe oben Anm. 46.

Gebäude. Doch konnten Gerichte auch an anderen Orten (z. B. in Kaufhäusern) tagen.<sup>79)</sup> Ein dritter wichtiger Punkt ist schließlich die räumliche Trennung von Gerichtstätte und Richtstätte.<sup>80)</sup> Letztere verlagerte sich vor die Tore der mittelalterlichen Stadt.<sup>81)</sup>

Seit dem 14., vor allem jedoch seit dem 15. Jahrhundert kam es gegenüber dem fränkisch-deutschen Grundmodell des Rechtsgangs zu wichtigen Veränderungen, die sich regional verschieden bis weit in die frühe Neuzeit zogen und besonders im peinlichen Verfahren sichtbar wurden. Dieses soll im Folgenden etwas genauer betrachtet werden, weil sich hier im Gegensatz zu Prozessen, die man aus heutiger Sicht als zivilrechtlich einordnen würde, die Rolle der Obrigkeit für die Gestaltung der Gerichtsöffentlichkeit besonders gut beobachten lässt. Vorauszusetzen ist dabei für die Territorien und Städte eine allgemeine Tendenz zu Institutionalisierung und »Verstaatlichung«, in deren Verlauf sich im Verfahren die Gewichte von der genossenschaftlichen zur obrigkeitlich-hierarchischen Seite verschoben. Neben der institutionellen Entwicklung spielten aber auch ideelle und personelle Faktoren eine Rolle, insbesondere der Einfluss der gelehrten Rechte und ihrer Sachwalter, der Kanonisten und der Legisten – ein komplexer und vielschichtiger Prozess, den die Forschung herkömmlicherweise mit dem Begriff der Rezeption zu erfassen sucht.<sup>82)</sup>

Drei Kernbereiche des Wandels sind erkennbar: die Stellung des Richters, die Funktion des Verfahrens und sein Ablauf. – Zunächst zum Richter. Er gewann immer größeren Einfluss auf die Prozessführung und verdrängte als Entscheider allmählich die Schöffen. Das stand in enger Beziehung zu der Entscheidungsgrundlage. Der Konsens der Rechtsgemeinschaft über das, was schon immer das ungeschriebene Recht bzw. die Gewohnheit gewesen war und auch in Zukunft sein sollte, trat in den Hintergrund.

79) Franz-Josef ARLINGHAUS, Raumkonzeptionen der spätmittelalterlichen Stadt: Zur Verortung von Gericht, Kanzlei und Archiv im Stadtraum, in: Städteplanung – Planungsstädte, hg. von Bruno FRITZSCHE/Hans-Jörg GILOMEN/Martina STERCKEN, Zürich 2006, S. 101–123, S. 110ff.

80) Hermann BALTL, Rechtsarchäologie des Landes Steiermark (Grazer rechts- und staatswissenschaftliche Studien 1), Graz/Köln 1957, S. 31; DRÜPPEL, *Iudex civitatis* (wie Anm. 74), S. 42.

81) GENGLER, *Stadtrechts-Altertümer* (wie Anm. 74), S. 131; KOCHER, *Spätmittelalterliches städtisches Rechtsleben* (wie Anm. 76), S. 67. Zum Galgen vgl. Adalbert ERLER, Art. »Galgen«, in: HRG, Bd. 1, Berlin 1971, Sp. 1375–1377; Karl-Siegfried BADER, Art. »Galgen, volkskundlich«, ebd. Sp. 1377–1378; Heiner LÜCK, Art. »Galgen«, in: HRG, Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 1917–1926; LÜCK, *Der Galgen als Strafvollstreckungswerkzeug und Rechtssymbol. Mit einer Vorstellung zweier Galgensäulen in Sachsen-Anhalt*, in: *Signa Ivris 1* (2008), S. 153–172. In den Kommunen Italiens findet sich schon seit Mitte des 13. Jahrhunderts die Tendenz, die Richtstätte vor die Mauern zu verlegen. Vgl. Gotthold BOHNE, *Die Freiheitsstrafe in den italienischen Stadtrechten des 12.–16. Jahrhunderts*, Teil 1: *Das Aufkommen der Freiheitsstrafe* (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien 4), Leipzig 1922, S. 231.

82) Für einen Überblick vgl. Wolfgang SELLETT, *Zur Rezeption des römischen und kanonischen Rechts in Deutschland von den Anfängen bis zum Beginn der frühen Neuzeit: Überblick, Diskussionsstand und Ergebnisse*, in: *Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit*, Teil 1, hg. von Hartmut BOOCKMANN u. a. (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. Philologisch-historische Klasse. Folge III Nr. 228), Göttingen 1998, S. 115–166.

Stattdessen hatte der Richter immer öfter, wie etwa dem oberbayerischen Landrecht von 1346 zu entnehmen ist, »nach des Buches Sage« zu urteilen.<sup>83)</sup> Die *lex scripta*, die zunehmend obrigkeitlich sanktioniert war, wurde unter dem Einfluss gelehrter Juristen immer stärker vom Gedankengut der Kanonistik und Legistik geprägt und bedurfte eines Anwenders und Fachmanns, der mit den (halb-)gelehrten Begriffen und den Referenztexten vertraut war. Seit Ende des 15. Jahrhunderts führte diese Entwicklung allmählich zum gelehrten Berufsrichter.<sup>84)</sup> Der neuen Rolle des geschriebenen Rechts entsprach eine weitere Veränderung. Zum Teil unter dem Einfluss des kirchlichen Prozessrechts verdrängte die Schriftlichkeit die Mündlichkeit aus dem Verfahren: *quod non est in actis, non est in mundo*.<sup>85)</sup> Der Gang der Verhandlung wurde mit Hilfe von Kanzleipersonal schriftlich fixiert, war anhand von Akten nachprüfbar, machte ein Publikum als Zeugen des Geschehens überflüssig und entzog sich so zugleich der gemeinschaftlichen Kont-

83) Oberbayerisches Landrecht Kaiser Ludwigs des Bayern von 1346. Edition, Übersetzung und juristischer Kommentar, hg. von Hans SCHLOSSER/Ingo SCHWAB, Köln/Weimar/Wien 2000, Art. 6, S. 69. Vgl. ebd., S. 164; Hans LIERMANN, Das Buch im deutschen Rechtsgang, in: Festschrift Eugen Stollreither zum 75. Geburtstag gewidmet von Fachgenossen, Schülern, Freunden, hg. von Fritz REDENBACHER, Erlangen 1950, S. 137–146, 142f.; Hans SCHLOSSER, Spätmittelalterlicher Zivilprozeß nach bayerischen Quellen. Gerichtsverfassung und Rechtsgang (Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte 8), Köln/Wien 1971, S. 392ff.; Hans SCHLOSSER, Das Rechtsbuch Kaiser Ludwigs des Bayern von 1346 – Strukturen des materiellen und Prozeßrechts, in: Kaiser Ludwig der Bayer. Konflikte, Weichenstellungen und Wahrnehmungen seiner Herrschaft, hg. von Hermann NEHLEN/Hans-Georg HERMANN (Quellen und Forschungen aus dem Gebiet der Geschichte, Neue Folge 22), Paderborn u. a. 2002, S. 261–284, 270f.

84) Zum gelehrten Juristen als Berufsrichter vgl. Knut Wolfgang NÖRR, Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: *Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat* (Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät 2), München 1967; Rainer C. SCHWINGES, Zur Professionalisierung gelehrter Tätigkeit im deutschen Spätmittelalter, in: Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit, Teil 2, hg. von Hartmut BOOCKMANN u. a. (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. Philologisch-historische Klasse. Folge III Nr. 239), Göttingen 2001, S. 473–493. Peter DESTMANN, Art. »Gelehrte Richter«, in HRG, 9. Lieferung, Berlin 2009, Sp. 27–31.

85) Zum Kirchenrecht vgl. X 2.19.11 (Concil. Lat. IV (1215) c.38) sowie Knut Wolfgang NÖRR, Reihenfolgeprinzip, Terminsequenz und »Schriftlichkeit«. Bemerkungen zum römisch-kanonischen Zivilprozeß, in: Zeitschrift für Zivilprozeß 85 (1972), S. 160–170 (ND Knut Wolfgang NÖRR, *Iudicium est actus trium personarum*. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozeßrechts in Europa [Bibliotheca eruditorum 4], Goldbach 1993, S. 19\*–29\*), S. 168ff. (S. 27\*ff.); Achim STEINS, Der ordentliche Zivilprozeß nach den Offizialatsstatuten. Ein Beitrag zur Geschichte des gelehrten Prozesses in Deutschland im Spätmittelalter, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung 59 (1973), S. 191–262; Als die Welt in die Akten kam. Prozeßschriftgut im europäischen Mittelalter, hg. von Susanne LEPSIUS/Thomas WETZSTEIN (Rechtsprechung. Materialien und Studien. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte 27), Frankfurt a. M. 2008. (vgl. u. a. Richard H. HELMHOLZ: *Quoniam contra falsam* (X 2.19.11) and the Court Records in the English Church, in: ebd., S. 31–49).

rolle. Das Gleiche gilt für die Rechtsdurchsetzung, die dank zunehmender Institutionalisierung ganz in die Hände der Obrigkeit überging.

Neben den personellen und kulturellen Rahmenbedingungen änderten sich die im engeren Sinne normativen Grundlagen des (peinlichen) Verfahrens. Aus dem allgemeinen Recht der Unrechtstat entwickelte sich seit dem ausgehenden Spätmittelalter das sog. öffentliche Strafrecht.<sup>86)</sup> Die Obrigkeit nahm für sich in Anspruch, bestimmte Delikte unabhängig von Ausgleichsverhandlungen zwischen den Parteien und Bußzahlungen zu ahnden, insbesondere mittels der von ihr verhängten peinlichen Strafen.<sup>87)</sup> Man interessierte sich zunehmend für die materielle Wahrheit und suchte zu ermitteln, was tatsächlich geschehen war. Das ältere Streitige Verfahren, das durch die Klage des Opfers in Gang gesetzt und von den Parteien betrieben worden war, wurde im Zuge dieser Entwicklungen spätestens seit dem 15. Jahrhundert allmählich vom Inquisitionsverfahren verdrängt.<sup>88)</sup> In dessen Mittelpunkt stand der Richter, der von Amts wegen zu Strafverfolgung und Wahrheitserforschung angehalten war, deshalb das Verfahren einleitete und

86) Johann Julius Wilhelm PLANCK, *Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter*, Bd. 1,1 (wie Anm. 72), S. 332ff.; Paul FRAUENSTÄDT, *Blutrache und Todtschlagsühne im Deutschen Mittelalter. Studien zur Deutschen Kultur- und Rechtsgeschichte*, Leipzig 1881, S. 124ff. bzw. S. 168–173; Rudolf HIS, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, Bd. 1, Weimar 1920 (ND Aalen 1964), S. 314–321. Für einen Überblick zur neueren Forschung vgl. Günter JEROUSCHEK, *Geburt und Wiedergeburt des peinlichen Strafrechts im Mittelalter*, in: *Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell*, hg. von Gerhard KÖBLER/Hermann NEHLEN, München 1997, S. 497–509; WILLOWEIT, *Zum Begriff des Öffentlichen im späten Mittelalter*, in: *Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung*, hg. von Hans SCHLOSSER/Dietmar WILLOWEIT (Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas. Symposien und Synthesen 2), Köln/Weimar/Wien 1999, S. 335–340; WILLOWEIT, *Die Territorialisierung der Blutgerichtsbarkeit im späten Mittelalter*, in: *Wirtschaft – Gesellschaft – Mentalitäten im Mittelalter. Festschrift zum 75. Geburtstag von Rolf Sprandel (Beiträge zur Wirtschafts- und Sozialgeschichte 107)*, Stuttgart 2006, S. 247–270; *Herrschaftliches Strafen seit dem Hochmittelalter. Formen und Entwicklungsstufen*, hg. von Hans SCHLOSSER/Rolf SPRANDEL/Dietmar WILLOWEIT (Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas. Symposien und Synthesen 5), Köln/Weimar/Wien 2002.

87) Gunter GUDIAN, *Geldstrafrecht und peinliches Strafrecht im späten Mittelalter*, in: *Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte. Festschrift für Adalbert Erler zum 70. Geburtstag*, hg. von Hans-Jürgen BECKER/Gerhard DILCHER u. a., Aalen 1976, S. 273–288.

88) Winfried TRUSEN, *Strafprozess und Rezeption. Zu den Entwicklungen im Spätmittelalter und den Grundlagen der Carolina*, in: *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklungen und Wirkungen der Constitutio Criminalis Carolina*, hg. von Peter LANDAU/Friedrich-Christian SCHRÖDER (Juristische Abhandlungen 29), Frankfurt a. M. 1984, S. 29–118; Winfried TRUSEN, *Der Inquisitionsprozess. Seine historischen Grundlagen und frühen Formen*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung 74* (1988), S. 168–230; Günter JEROUSCHEK, *Die Herausbildung des peinlichen Inquisitionsprozesses im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit*, in: *Vorträge gehalten auf dem 28. deutschen Rechtshistorikertag Nimwegen 23. bis 27. September*, hg. von Paul NÈVE/Chris COPPENS (Rechtshistorische Reeks van het Gerard Nood Instituut 27), Nijmegen 1992, S. 95–126; Günter JEROUSCHEK, Art. »Akkusationsprozess«, in: HRG, Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 126–128.

vorantrieb. Mit dieser Entwicklung einher ging das Verschwinden der formellen Beweismittel, der Gottesurteile, Eideshilfe und des gerichtlichen Zweikampfs. Der Weg zur Wahrheit führte nunmehr abgesehen vom Zeugenbeweis vor allem über die *regina probationum*, das Geständnis, das dem Angeklagten oft unter der Folter abgerungen wurde.<sup>89)</sup>

Diese von gelehrtrechtlichen Vorstellungen beeinflussten Umwälzungen hatten eine Zweiteilung des Verfahrens zur Folge. Auf der einen Seite entwickelte sich ein eigenes Vorverfahren, das der inquisitorischen Tatsachenermittlung und richterlichen Entscheidung diene. Um einen ordnungsgemäßen, unbeeinflussten Ablauf beider Vorgänge zu gewährleisten, wurde die Allgemeinheit davon ausgeschlossen.<sup>90)</sup> Der Gedanke stammt wie so vieles andere auch aus dem kirchlichen Prozess.<sup>91)</sup> Im partikularen Recht nördlich der Alpen taucht er allerdings schon in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts, etwa im Schwabenspiegel, auf.<sup>92)</sup> Heimlichkeit erschien nun nicht mehr als subversiv oder gefährlich, sondern als Voraussetzung für die Wahrheitsermittlung.<sup>93)</sup> In eine ähnliche Richtung verlief die Entwicklung in den Städten, ohne dass es des Einflusses der gelehrten Rechte bedurft hätte. Hier war es das Ratsgericht, das genauso wie der Rat unter

89) Wolfgang SCHÜNKE, Die Folter im deutschen Strafverfahren des 13. bis 16. Jahrhunderts, jur. Diss., Münster 1952.

90) Die älteren *ordines iudicarii*, die den gelehrten Prozeß darstellen, gehen allerdings erst etwas genauer auf die Gerichtsöffentlichkeit ein, als sich im 13. Jahrhundert die Stimmen für eine Einschränkung mehrten. Vgl. Wiesław LITEWSKI, Der römisch-kanonische Zivilprozeß nach den älteren *ordines iudicarii*, Bd. 1, Krakau 1999, S. 64f.

91) STEINS, Der ordentliche Zivilprozeß (wie Anm. 85), S. 221ff.

92) Urschwabenspiegel, hg. von Karl August ECKHARDT (Bibliotheca rerum historicarum, Studia 4, Ius suevicum 1), Aalen 1975, Landrecht, Dritter Landrechtsteil, art. 360 (*Von kaiser karlen gebot*) (= Lahr 10) S. 544. Gegen Eckhardts Rekonstruktion eines Urschwabenspiegels vgl. Christa BERTELSMEIER-KIERST, Kommunikation und Herrschaft. Zum volkssprachlichen Verschriftlichungsprozeß des Rechts im 13. Jahrhundert (Zeitschrift für deutsches Altertum und deutsche Literatur, Beihefte 9), Stuttgart 2008, S. 125–172. – Eine ähnliche Regelung findet sich in den von Johann Emerich zwischen 1476 und 1493 unter Verwendung des Schwabenspiegels aufgezeichneten Gewohnheiten der Stadt Frankenberg. Vgl. Johann Emerichs Sammlung der alten Rechten und Gewohnheiten der Stadt Franckenberg, in: Monumenta Hassiaca, Bd. 2, hg. von Friedrich Christoph SCHMINCKE, Kassel 1748, S. 669–756, S. 727: *Alle rechte geistlich unde werntlich setzten, das man all kunde scheyden sull, wan man sie verhorin wil, unde itzlicher sull alleyn seyn bußin des andern berait syn wissen. Seyn die dan glich, daß sie eyne rechte kunde. Die wiße helt das geistliche recht noch.* Vgl. Ulrich-Dieter OPPITZ, Deutsche Rechtsbücher des Mittelalters 1 (1990), S. 82; Wilhelm A. ECKHARDT, Art. »Frankenberger Stadtrechtsbuch«, in: HRG, Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 1662f.

93) KAHL, Öffentlichkeit (wie Anm. 65), Sp. 295; Horst WENZEL, Sekretäre – heimliche. Der Schauraum öffentlicher Repräsentation und die Verwaltung des Geheimen, in: Europa: Kultur der Sekretäre, hg. von Bernhard SIEGERT/Joseph VOGL (IquIII = Sequenzia), Zürich/Berlin 2003, S. 29–43, S. 37.

Ausschluss der Öffentlichkeit tagte.<sup>94)</sup> Dem korrespondierten Verschwiegenheitspflichten des Richters.<sup>95)</sup>

Auf der anderen Seite schrumpfte der alte öffentliche Rechtsgang auf den sog. endlichen Rechtstag zusammen.<sup>96)</sup> Hatte der Angeklagte unter der Folter gestanden, war das geheime Vorverfahren beendet, und es kam zu einem öffentlichen Scheinprozess im Schnelldurchgang. Der Delinquent musste sein Geständnis wiederholen, Zeugen ihre Aussagen, dann wurde das bereits feststehende Urteil verkündet und oft umgehend vollstreckt. Der endliche Rechtstag zielte also nicht auf die Findung, sondern auf die Vermittlung einer Entscheidung. Das zeigt sich etwa in der *Constitutio criminalis Carolina* von 1532.<sup>97)</sup>

### (3.2) *Formen und Gefahren im Prozess: Sanktion und Unterhaltung*

Soweit zu einigen wesentlichen Umbrüchen zwischen dem 14. und dem 16. Jahrhundert. Anstelle der umfassenden Frage nach den Ursachen und größeren Zusammenhängen soll im Folgenden mit Blick auf die Öffentlichkeit nur einem Aspekt etwas genauer nachgegangen werden, und zwar der Rolle der Form im älteren deutschen Rechtsgang. – Anders als der gelehrte Prozess, der auf abstrahierender Begrifflichkeit und Schriftlichkeit beruht, war der überkommene Rechtsgang in Deutschland durch eine starke Präsenz von Zeichen, Gesten und Symbolen gekennzeichnet. Dazu gehörten beim Richter etwa be-

94) WEITZEL, Gerichtsöffentlichkeit (wie Anm. 55), S. 76.

95) DRÜPPEL, *Iudex civitatis* (wie Anm. 74), S. 265.

96) Wolfgang SCHILD, Der »entliche Rechtstag« als das Theater des Rechts, in: *Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, hg. von Peter LANDAU/Friedrich-Christian SCHROEDER (Juristische Abhandlungen 19), Frankfurt a. M. 1984, S. 119–144; Heinz HOLZHAUER, Art. »Rechtstag, endlicher«, in: HRG, Bd. 4, Berlin 1990, Sp. 395–399; Wolfgang SCHILD, Art. »Endlicher Rechtstag«, in: HRG, Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 1324–1327.

97) August SCHOETENSACK, *Der Strafprozess der Carolina*, Leipzig 1904, S. 36, 88–93. – Ihr Schöpfer, der Freiherr von Schwarzenberg, hat sich bei der Redaktion auf die von ihm verfasste Bamberger Halsgerichtsordnung von 1507 gestützt. In ihr wird auch ein Grund für die Beibehaltung des endlichen Rechtstags angegeben: *vmb des gemeynen volcks und alter gewonheytt willen* (Die Bambergische Halsgerichtsordnung, in: *Die Carolina und ihre Vorgängerinnen*, Bd. 2, hg. von Josef KOHLER/Willy SCHEEL, Halle a. d. S. 1902 [ND Aalen 1968], Art. 123, S. 49). Dabei sieht sich Schwarzenberg allerdings schon genötigt, den endlichen Rechtstag in Kriminalsachen gegenüber dem Vorwurf zu verteidigen, er entspreche nicht den *gemein rechten*, d. h. dem gelehrten Recht. Nötig sei er deshalb, weil im Hochstift die Halsgerichtsbarkeit von gemeinen, im (gelehrten) Recht nicht bewanderten Leuten ausgeübt werde.

stimmte Insignien (z. B. der Stab)<sup>98)</sup> oder die berühmte Sitzhaltung<sup>99)</sup> mit verschränkten Beinen ebenso wie die Schwurgebärde der Schöffen, das Urteil *mit mund und hand, mit zunge und fingern* usw.<sup>100)</sup>

Das Verschwinden dieser Formenwelt war für das 19. Jahrhundert ein schlagender Beleg für den Wandel von einem gemeinverständlichen Volksrecht zu einem arkanen Juristenrecht. Denn ihr zugrunde lag anscheinend ein Bedürfnis nach Anschaulichkeit, die das Prozessgeschehen für die versammelte Gerichtsgemeinde verständlich machte und so eine Teilnahme am Entscheidungsvorgang ermöglichte.<sup>101)</sup> Doch unabhängig davon, ob (und inwieweit) diese Deutung zutrifft, ist die Frage nach den Formen für das Problem der Öffentlichkeit von Interesse, wenn man davon ausgeht, dass die Gerichtsgemeinde deren eigentlicher Adressat war.

Betrachtet man nun die etwa von J. Grimm geäußerte Klage über den Verlust des anschaulichen Rechts genauer, stellt man fest, dass sie ein Gegenstück in einer beliebten Erfolgsgeschichte des römischen Rechts findet, seitdem Hermann Conring in seinem 1643 veröffentlichten Werk *De origine iuris germanici* die sog. Lotharische Legende widerlegt hatte, wonach Kaiser Lothar III. 1137 das *Corpus Iuris Civilis* auf dem Wege eines Gesetzes als Reichsrecht eingeführt haben soll. Nicht der *ratio imperii*, sondern dem *imperium rationis*, d. h. der überlegenen Qualität – modern gesprochen der höheren Rationalität – des römischen Rechts als *ratio scripta* soll seine Rezeption geschuldet sein.<sup>102)</sup>

98) ERNST VON MOELLER, Die Rechtssitte des Stabbrechens, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung 21 (1900), S. 27–115; Karl VON AMIRA, Der Stab in der germanischen Rechtssymbolik (Abhandlungen der Königlichen Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-philologische und historische Klasse 25,1), München 1909, S. 84–111; Gernot KOCHER, Richter und Stabübergabe im Verfahren der Weistümer (Grazer rechts- und staatswissenschaftliche Studien 25), Graz 1971, S. 48–82.

99) Hanns BÄCHTOLD-STÄUBLI, Art. »Beine kreuzen, verschränken«, in: Handwörterbuch des Deutschen Aberglaubens, Bd. 1, Berlin/Leipzig 1927, Sp. 1012–1016; Clausdieter SCHOTT, Die Sitzhaltung des Richters, in: Symbolische Kommunikation vor Gericht in der frühen Neuzeit, hg. von Reiner SCHULZE (Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 51), Berlin 2006, S. 153–187.

100) Jacob GRIMM, Deutsche Rechtsalterthümer, Bd. 2 (1899) (Jacob Grimm und Wilhelm Grimm Werke, Abteilung I: Die Werke Jacob Grimms, Bd. 18), besorgt von Ruth SCHMIDT-WIEGAND, Zürich/Hildesheim/New York 1992 (erweiterter ND von Leipzig 41899), S. 524. Vgl. Ruth SCHMIDT-WIEGAND, Gebärden Sprache im mittelalterlichen Recht, in: Frühmittelalterliche Studien 16 (1982), S. 363–379; SCHMIDT-WIEGAND, Art. »Gebärden«, in: HRG, Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 1954–1969 (mit weiterer Literatur).

101) GRIMM, Deutsche Rechtsalterthümer (wie Anm. 7), S. VII (»In dem altherthum war alles sinnlicher entfaltet, in der neuen zeit drängt sich alles geistiger zusammen.«).

102) Zu Conring und der Lotharischen Legende vgl. Peter OESTMANN, Art. »Lotharische Legende«, in: Enzyklopädie der Neuzeit, Bd. 7, Stuttgart 2008, Sp. 1009–1011; Michael STOLLEIS, Art. »Conring, Hermann (1606–1681)«, in: HRG, Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 882–884. Zu der Gegenüberstellung *ratione imperii – imperio rationis* im Zusammenhang mit der Rezeption des römischen Rechts sowie der Vorstellung vom römischen Recht als *ratio scripta* vgl. Paul KOSCHAKER, Europa und das römische Recht, München/

Auch wenn diese Erklärung vieles wie z. B. die Rolle der Kanonistik unberücksichtigt lässt, ist mit dem Hinweis auf das Rationalitätsdefizit des einheimischen bzw. den Rationalitätsvorsprung des römischen oder gelehrten Rechts ein bis heute weit verbreiteter Erklärungsansatz benannt. Wie viel Gewicht man ihm beimisst, ist nicht nur eine Frage des eigenen Vorverständnisses, sondern hängt auch davon ab, wie hoch man die begrifflich-methodische Qualität eines Rechts für seine Durchsetzungsfähigkeit veranschlagt.

Jenseits dieses traditionellen Zugangs haben sich seit Anfang der 1990er Jahre verschiedene Autoren um eine neue Deutung der Formen innerhalb des vormodernen wie auch des modernen Rechtsgangs bemüht und sie u. a. als Ausdruck von Visualisierung, Inszenierung oder Performanz zu verstehen gesucht.<sup>103)</sup> Im Rahmen dieser allgemeinen Bemühungen um neue Verständnishorizonte hat in den letzten Jahren insbesondere Franz-Josef Arlinghaus wichtige Aspekte des spätmittelalterlichen autochthonen Rechtsgangs nördlich der Alpen aus system- und kommunikationstheoretischer Sicht einer Neuinterpretation unterzogen.<sup>104)</sup>

Berlin 1966, S. 108f.; Alejandro GUZMÁN, *Ratio scripta* (Ius commune. Sonderhefte 14), Frankfurt a. M. 1981.

103) Bernard J. HIBBITTS, »Coming to Our Senses«: Communication and Legal Expression in Performance Cultures, in: *Emory Law Journal* 41 (1992), S. 873–960; Antoine GARAPON, *Bien juger. Essais sur le rituel judiciaire* (Opus 45), Paris 2001; Wolfgang WÜST, *Das inszenierte Hochgericht. Staatsführung, Repräsentation und blutiges Herrschaftszeremoniell in Bayern, Franken und Schwaben*, in: *Bayern. Vom Stamm zum Staat. Festschrift für Andreas Kraus zum 80. Geburtstag*, hg. von Konrad ACKERMANN/Alois SCHMID/Wilhelm VOLKERT (Schriftenreihe zur bayerischen Landesgeschichte 140), München 2002, S. 273–300; Wolfgang SCHILD, *Die Strafgerichtsverhandlung als Theater des Rechts*, in: *Symbolische Kommunikation vor Gericht in der frühen Neuzeit*, hg. von Rainer SCHULZE (Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 51), Berlin 2006, S. 107–124. Ferner vgl. Jürgen MARTSCHUKAT/Steffen PATZOLD, *Geschichtswissenschaft und »performative turn«*. Eine Einführung in Fragestellungen, Konzepte und Literatur, in: *Geschichtswissenschaft und »performative turn«*. Ritual, Inszenierung und Performanz vom Mittelalter bis zur Neuzeit, hg. von Jürgen MARTSCHUKAT/Steffen PATZOLD (Norm und Struktur 19), Köln/Weimar/Wien 2003, S. 1–31; *Performanz des Rechts. Inszenierung und Diskurs*, hg. von Paula DIEHL/Henning GRUNWALD u. a. (Paragrana 15,1), Berlin 2006.

104) Franz-Josef ARLINGHAUS, *Gesten, Kleidung und die Etablierung von Diskursräumen im städtischen Gerichtswesen (1350–1650)*, in: *Kommunikation und Medien in der Frühen Neuzeit*, hg. von Johannes BURKHARDT/Christine WERKSTETTER (Historische Zeitschrift. Beihefte. Neue Folge 41), München 2005, S. 461–498; Franz-Josef ARLINGHAUS, *Sprachformeln und Fachsprache. Zur kommunikativen Funktion verschiedener Sprachmodi im vormodernen Gerichtswesen*, in: *Symbolische Kommunikation vor Gericht in der frühen Neuzeit*, hg. von Rainer SCHULZE (Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 51), Berlin 2006, S. 57–72. Ferner vgl. Franz-Josef ARLINGHAUS, *Mittelalterliche Rituale in systemtheoretischer Perspektive. Übergangsriten als basale Kommunikationsform in einer stratifikatorisch-segmentären Gesellschaft*, in: *Geschichte und Systemtheorie. Exemplarische Fallstudien*, hg. von Frank BECKER (Campus Historische Studien 37), Frankfurt a. M./New York 2004, S. 108–156.

Einer seiner Ansatzpunkte lässt sich an einer Quelle veranschaulichen, die seit dem 19. Jahrhundert Aufmerksamkeit gefunden hat, und zwar die 1474 veröffentlichte Schrift *De laude antiquae Saxoniae* des juristisch versierten Kartäusers Werner Rolevinck (1425–1502).<sup>105</sup> Der Verfasser berichtet darin, dass er als Junge seinen Vater<sup>106</sup> zu den *iudicia secularia* begleitete und so die *honesta nequitia* kennenlernte, die ihm zufolge in den vor Gericht üblichen Zeremonien und der gekünstelten Rede (*ceremoniae phalerae sermonum*) bestand. Werner verfolgte sie mit so großem Interesse, dass er lieber das Mittagessen versäumte als solches Geschehen zu verpassen. Auf dem Weg zum Gericht traf er einmal einen alten angesehenen Mann. Als Werner ihm sagte, wohin er ginge, bekreuzigte sich jener und sagte: »Gott behüte mich! Nun bin ich schon so alt, doch nie stand ich vor Gericht.« Rolevinck schließt mit einer moralisierenden Deutung: Diese frommen Männer führten so selten Prozesse, dass zu prozessieren *iuxta apostolicam sententiam*<sup>107</sup> schon fast ein Verbrechen war.

Die Stelle hat vor allem wegen der Bemerkung über die *honesta nequitia* Beachtung gefunden: Rolevinck als Jurist disqualifiziere das überkommene Prozessgeschehen als »leeres Gerede«,<sup>108</sup> »scheinheilige Nichtswürdigkeit«<sup>109</sup> oder »scheinheilige Niederträchtigkeiten«. <sup>110</sup> Doch ist damit der Sinn der Aussage nur unvollständig erfasst. Hinter Rolevincks Bemerkung verbirgt sich eine in gelehrte Lesefrüchte gekleidete Kritik: Die Akteure der *iudicia secularia* bedienten sich prätentios oder pharisäerhaft besonderer *ceremoniae* und einer prunkhaften Sprache.<sup>111</sup> Insofern war das Gerichtsgeschehen eine

105) Wernerus Rolevinck, *De laude antiquae Saxoniae nunc Westphaliae dictae*, hg. und übers. von Hermann BÜCKER, Münster 1953, Lib. I cap. IV, S. 32: *In villa, qua natus fui, per intervalla temporum quinque iudicia secularia per altos comites observabantur. Evenit igitur ut cum genitore meo illic pergerem et ceremonias phaleraeque sermonum, non dico honestam nequitiam illam animadverterem, quae ex tunc cordi sic delectabiliter adhaesit, ut crebro maluissem prandium differe, quam illic non affuisse. Currrens igitur aliquando in spiritu vehementi obvius mihi fuit venerandus quidam vir grandaevus bene dilectus et iuxta modulum suum prudens ac dives, legalibusque filiis ac filiabus ex more honorabiliter stipatus. Jocunde ergo me salutans quaesivit, quo tam celeriter festinarem. At ego: Ad iudicium pergo. Et ille grandi se cruce signans ait: Benedicat mihi nunc dilectus deus! Ego in hanc aetatem usque perveni, quod nunquam ante iudicium fui. Sic mirum fuit apud illos honestos patresfamilias iuxta apostolicam sententiam, et quasi delictum, quod christiani inter se iudicia haberent.*

106) Zu Rolevincks Vater, einem Bauernrichter in Laer, dem dem Interesse des Sohnes am Gericht als Motiv für das spätere Rechtsstudium vgl. Hans Jürgen WARNECKE, *Das Hofrecht von Schulze Rolevinck in Laer. Ein Beitrag zur Lebensgeschichte Werner Rolevincks und zum Erscheinungsjahr seines Westfalenbuches*, in: *Westfälische Zeitschrift* 130 (1980), S. 31–49.

107) 1 Cor 6, 5ff.

108) Georg Ludwig VON MAURER, *Geschichte der Markenverfassung in Deutschland*, Erlangen 1856, S. 343.

109) DRÜPPEL, *Iudex civitatis* (wie Anm. 74), S. 287; ARLINGHAUS, *Gesten* (wie Anm. 104), S. 479.

110) WARNECKE, *Das Hofrecht* (wie Anm. 106), S. 34.

111) Zu den *phalera[e] sermonum* vgl. Sulpicius Severus, Gallus, hg. von Jacques FONTAINE/Nicole DUPRÉ (*Sources chrétiennes* 510), Paris 2006, Lib. I, 27,3, S. 212 Z. 9–11: [...] *ut mihi liceat exemplo illius*

*nequitia* unter dem Deckmantel ehrenwerten Verhaltens. Das gilt umso mehr, als die wirklich ehrenhaften Familienväter *iuxta apostolicam sententiam* (1 Cor 6,1–11) den Streit vor Gericht vermieden. Einen Anhaltspunkt, was für Prozesshandlungen Rolewinck vor Augen hat, bietet die wenige Jahrzehnte ältere Schrift *De concordantia catholica* des Nikolaus von Cues (1401–1464). Darin kritisiert der Autor das zeitgenössische deutsche Recht im Allgemeinen und den Rechtsgang im Besonderen mit den Worten *qui cadit a syllaba, cadit a causa*.<sup>112)</sup> Wer sich um eine Silbe verspricht, verliert alles.

Die Bemerkung bezieht sich auf ein zentrales Phänomen des einheimischen Verfahrens, das in den Augen des Cusaners ein Problem darstellte, und zwar die Gefahr des Misslingens geforderter Handlungen (z. B. Eidesleistungen) oder der Zuziehung von Geldbußen bei Formverstößen.<sup>113)</sup> Im spätmittelalterlichen Deutschland zählte zu solchen Formverstößen vor allem das falsche Aussprechen einer Formel, etwa wenn man stotterte oder mit Akzent sprach. Mitunter genügte auch – als Störung des Dingfriedens

[S. Martini, C. M.] *inanes sermonum faleras et uerborum ornamenta contemnere*. Ambrosius, *Expositio evangelii secundum Lucam*, hg. von Karl SCHENKL (CSEL 32), Prag/Wien/Leipzig 1902, VII,66 (ad Luc. 10,21), S. 310 Z. 8–10: *paruulum ergo accipiamus, qui se exaltare non nouerit, et faleratis sermonibus artem suae iactare prudentiae, quod philosophi plerique faciunt*. Vgl. S. Thomae Aquinatis *Catena aurea* in quatuor Evangelia, Bd. 2: *Expositio in Lucam et Ioannem*, hg. von Angelico GUARIENTI, Turin/Rom 1953, *Expositio in Lucam* X,6, S. 148 (*quod Pharisei plerique faciunt*). Zur *honesta nequitia* vgl. Augustinus, *Epistulae ex duobus codicibus nuper in lucem prolatae*, hg. von Johannes DIVJAK (CSEL 88), Wien 1981, Ep. IX,3,2, S. 44 Z. 18f. (*inquietissima nequitia descus honestatis*); Ioannis Saresberiensis, *Policraticus*, hg. von Clement C. I. WEBB, Bd. 1, London 1909 (ND Frankfurt a. M. 1965), Lib. 5 cap. 16, S. 358 Z. 7–9: *non tam iudices quam iudiciorum caupones, qui nequitiam suam honesta uolunt palliare licentia*.

112) Nicolaus de Cusa, *De concordantia catholica libri tres*, hg. von Gerhard Kallen (Nicolai de Cusa *Opera omnia* 14), Hamburg 1963 [1964], Lib. III cap. XXXV n. 530, S. 446: *Examinetur ibi provincialium consuetudines et redigantur, quantum fieri potest, ad communes observantias, et maxime captiosae formae omnino undique tollantur, quoniam saepe simplices pauperes iniustissime per cavillationes caudicorum extra formam ducuntur et a tota causa cadunt, quoniam, qui cadit a syllaba, cadit a causa, ut saepe vidi per Treverensem diocesim accidere*. Vgl. Erich MEUTHEN, Nikolaus von Cues als Jurist, in: *Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit*, Teil 2, hg. von Hartmut BOECKMANN u. a. (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. Philologisch-historische Klasse. Folge III Nr. 239), Göttingen 2001, S. 247–275, 267ff.

113) Heinrich SIEGEL, *Erholung und Wandelung im gerichtlichen Verfahren*, in: *Sitzungsberichte der phil.-hist. Classe der kais. Akademie der Wissenschaften* 42 (1863), S. 201–244; Heinrich SIEGEL, *Die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang* (*Sitzungsberichte der phil.-hist. Classe der kais. Akademie der Wissenschaften* 51), Wien 1866 (ND 1970); Heinrich BRUNNER, *Wort und Form im altfranzösischen Prozess*, in: BRUNNER, *Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes*, Stuttgart 1894 (ND Aalen 1969), S. 260–389. Nicht mehr berücksichtigt werden konnte für die vorliegende Untersuchung: Tim MEYER, *Gefahr vor Gericht. Die Formstrenge im sächsisch-magdeburgischen Recht* (*Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte* 26), Köln 2009.

– ein Husten, Stehen an falscher Stelle oder das Verscheuchen einer Mücke.<sup>114)</sup> Seit dem 12. Jahrhundert vermieden daher die Parteien, selbst vor Gericht zu sprechen, und überließen dies, soweit möglich, ihrem Fürsprecher.<sup>115)</sup> Andererseits sind seit dieser Zeit, und zuerst in den Städten, Bemühungen erkennbar, die drohende Gefahr im Verfahren durch Privilegien des Stadtherrn zu beseitigen.<sup>116)</sup>

Das Verständnis dieses mitunter auch als Prozessgefahr bezeichneten Phänomens bereitet der Forschung schon seit langem erhebliche Probleme.<sup>117)</sup> Ihm zugrunde liegt eine extreme Formstrenge, deren Ursprünge schwer zu fassen sind und mitunter gar in magischen Vorstellungen gesehen werden.<sup>118)</sup> Für das gesprochene Wort hat F.-J. Arlinghaus neuerdings einen Erklärungsversuch in eine andere Richtung unternommen: Das formalistische Festhalten an einem bestimmten Wortlaut soll einerseits dazu dienen, »den Rechtsdiskurs permanent und während er stattfand als distinkt zu markieren«, andererseits der Eskalation von Konflikten vorbeugen.<sup>119)</sup> Ohne näher auf die Überlegung ein-

114) Das Lehnrecht des Sachsenspiegels, hg. von Karl August ECKHARDT (Bibliotheca rerum historicarum, Corpus iuris europensis 15), Göttingen/Berlin/Frankfurt a. M. 1975, 68 § 7, S. 50. Vgl. PLANCK, Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter 1,1 (wie Anm. 72), S. 129.

115) Albrecht CORDES, Die Helfer vor Gericht in der deutschen Rechtsgeschichte, in: *L'assistance dans la résolution des conflits/ Assistance in conflicts resolution*, Bd. 4: *L'Europe médiévale et moderne/ Medieval and modern Europe* (Recueils de la Société Jean Bodin 65), Brüssel 1998, S. 177–195, S. 177–187; Peter OESTMANN, Art. »Fürsprecher«, in: HRG, Bd. 1, Berlin <sup>2</sup>2008, Sp. 1883–1887. – Doch drohte auch dem Richter Gefahr. Stand er unwillkürlich auf, war die Sitzung zu Ende, der Fall konnte nicht mehr entschieden werden und er war den Parteien für den ihnen entstandenen Schaden ersatzpflichtig. Vgl. DRÜPPEL, *Iudex civitatis* (wie Anm. 74), S. 298.

116) Die frühesten Belege finden sich für Soest (1120) und Magdeburg (1188), andere folgen im 13. Jahrhundert wie etwa für Remagen (1289), und seit dem 14. Jahrhundert kann man von einer allgemeinen Tendenz sprechen. Vgl. SIEGEL, *Die Gefahr* (wie Anm. 113), S. 4f.; Richard SCHRÖDER, Eine strafprozessuale Verordnung des Königs Ruprecht für sein Landgericht Sulzbach (Oberpfalz) vom 16. April 1408, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* 34 (1913), S. 433–435; Ulrich STUTZ, *Das Stadtrecht gegen die Formstrenge im Strafverfahren*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* 38 (1917), S. 367–372; Eberhard ISEN-MANN, *Die deutsche Stadt im Spätmittelalter 1250–1500. Stadtgestalt, Recht, Stadtrecht, Kirche, Gesellschaft, Wirtschaft*, Stuttgart 1988, S. 84f.

117) Für einen Überblick vgl. Peter OESTMANN, Art. »Formstrenge«, in: HRG, Bd. 1, Berlin <sup>2</sup>2008, Sp. 1626–1630.

118) Ekkehart KAUFMANN, *Deutsches Recht. Die Grundlagen* (Grundlagen der Germanistik 27), Berlin 1984, S. 70–73; Wolfgang SELLERT, *Gewohnheit, Formalismus und Rechtsritual im Verhältnis zur Steuerung sozialen Verhaltens durch gesetztes Recht*, in: *Im Spannungsfeld von Recht und Ritual. Soziale Kommunikation in Mittelalter und früher Neuzeit*, hg. von Heinz DUCHARDT/Gert MELVILLE (Norm und Struktur 7), Köln/Weimar/Wien 1997, S. 29–47, S. 36f.

119) ARLINGHAUS, *Sprachformeln* (wie Anm. 104), S. 62. Hinzu kommt eine weitere Funktion, die den zunehmenden Einfluss fremdsprachiger Termini *technici* im Gefolge der Rezeption erklären soll: »Ähnlich dem formalisierten Sprechen, jedoch in ganz anderer Weise, bestand ihre primäre Funktion darin, den Diskurs als Rechtsdiskurs zu markieren.« (ebd., S. 70).

gehen zu können, fällt hier vor allem die kommunikative Funktion ins Auge, aus der die Formstrenge erklärt wird und die sich mit der traditionellen Sicht der germanisch-deutschen Gerichtsöffentlichkeit als Forum rechtlichen Meinungsaustauschs berührt.

Doch ist es, wie eingangs angedeutet, unklar, inwieweit sich das mittelalterliche Richten, d. h. die Anwendung rechtlicher Normen bzw. die Rechtsverwirklichung vor Gericht aus dem Reden über Recht verstehen lässt. Eigentümlich ist den Formen zweifellos ihre Wahrnehmbarkeit bzw. Offenkundigkeit für einen größeren Personenkreis. Wozu sie dient, ist dagegen eine ganz andere Frage. Aus der Sicht eines am Begriff geschulten Denkens liegt in der Tat der Gedanke nahe, dass die Formen Inhalte vermitteln (und so Kommunikation ermöglichen) sollen. Insofern scheinen Formalismus und Prozessgefahr von einem Mangel an begrifflichem Denken zu zeugen.<sup>120)</sup> Es muss daher auch nicht verwundern, dass solche Phänomene gelehrten Betrachtern schon immer Verständnisschwierigkeiten bereitet haben. Das zeigt auch die Tatsache, dass sich der gleiche Hinweis auf das scheinbar widersinnige Festhalten an den Formen mehr als 1200 Jahre vor Nikolaus von Cues bereits bei dem römischen Jurist Gaius in Hinblick auf das altertümliche Recht der Zwölf Tafeln findet.<sup>121)</sup>

In beiden Fällen waren es Juristen, die aus ihrer eigenen Erfahrung von Rechtsgewissheit, die durch den Einsatz von Schriftlichkeit, komplexer Begrifflichkeit und Beamten gekennzeichnet war, verständnislos einer Praxis gegenüberstanden, die Teil einer weitgehend schriftlosen, großer Begriffssysteme entbehrenden und institutionell nur schwach fundierten Rechtskultur war. Dieses Unverständnis ist jedoch keine Eigentümlichkeit des Juristen oder des zeitlich entfernten Beobachters. Ende des 8. Jahrhundert schilderte Paulus Diaconus den langobardischen Freilassungsritus des *gairéthinx*, den er in die Frühzeit der langobardischen Gens projiziert, so, als hätten schon damals die Langobarden die Worte nicht recht verstanden, die sie *ob rei firmitatem* sprechen mussten.<sup>122)</sup>

Nimmt man die Bemerkungen eines Gaius, Paulus Diaconus und Nikolaus von Cues ernst, stellt sich die Frage, worin der Sinn inhaltlich scheinbar sinnloser Formalakte

120) Ekkehart KAUFMANN, Art. »Formstrenge«, in: HRG, Bd. 1, Berlin 1971, Sp. 1163–1168, Sp. 1164f.; KAUFMANN, Deutsches Recht (wie Anm. 118), S. 83; SELLETT, Gewohnheit (wie Anm. 118), S. 37 bzw. S. 42.

121) Gai institutiones. Editio minor, hg. von M. DAVID (Studia Gaiana 1), Leiden 1964, Lib. IV cap. 11, S. 123. Vgl. Reinhard ZIMMERMANN, The Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition, Deventer/Boston 1990 (ND 1992), S. 82ff.; Marie-Theres FÖGEN, Ritual und Rechtsfindung, in: Rituale heute. Theorien – Kontroversen – Entwürfe, hg. von Corina CADUFF/Joanna PFAFF-CZARNECKA, Berlin 1999, S. 149–163.

122) Pauli historia Langobardorum I, 13, hg. von Ludwig BETHMANN/Georg WAITZ (MGH SS rer. Langobardicarum), Hannover 1878, S. 12–187, S. 54 Z. 4–7. Zum *gairéthinx* vgl. Edictum Langobardorum, hg. von Friedrich BLUHME (MGH LL 4), Hannover 1868, S. 1–225, Ed. Ro. 224, S. 54f.; Gerhard DILCHER, »per gairéthinx secundum ritus gentis nostrae confirmantes«. – Zu Recht und Ritual im Langobardenrecht (mit Exkurs: Die Agilulf-Platte als Zeugnis des langobardischen Gairéthinx), in: Leges – Gentes – Regna, hg. von Gerhard DILCHER/Eva-Marie DISTLER, Berlin 2006, S. 419–458.

besteht. Die prägnanteste Antwort darauf hat Wilhelm Ebel gegeben: »Die Form ist die älteste Norm [...].«<sup>123)</sup> Unabhängig von Ebels eigenen Theorien über den Formalismus führt die Sentenz zu einem zentralen Aspekt von Formstrenge und Prozessgefahr, der die Vorstellung von (symbolischer) Kommunikation als Zweck der Öffentlichkeit vor Gericht zumindest relativiert, und zwar zur Sanktion. Wenn man bestimmte, für andere sinnlich wahrnehmbare Handlungen vornehmen muss, weil anderenfalls die Prozesshandlung misslingt oder man bußfällig wird – und das gilt nicht nur für das dinggenossenschaftliche Verfahren, sondern grundsätzlich auch für den gelehrten Prozess – dann ergibt sich daraus zunächst einmal eines, und zwar die Einhaltung des *Procedere*.<sup>124)</sup>

Diese Tatsache ist auch für die Frage nach der Rolle des Publikums vor Gericht von Interesse. Eine erste Antwort aus Sicht des Verfahrens könnte dann nämlich lauten, dass es keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielt, ob die Zuschauer den Sinn des Geschehens überhaupt verstehen. Entscheidend ist nicht, was eine Prozesshandlung bedeutet, sondern dass sie vorgenommen wird. – Doch wozu dann die Formen? Die Erfordernis der Wahrnehmbarkeit und insofern Offenkundigkeit allein erklärt sie noch nicht. Eine Antwort, die zur »Anschaulichkeit« zurückführt, bietet die Rolevinck-Episode. Eine Gerichtsverhandlung, die einige Male im Jahre stattfand, war kein Massenphänomen, sondern ein besonderes Ereignis. Für die eigentlichen Akteure kein angenehmes. Schon die Drohung, jemanden vor Gericht zu ziehen, konnte aussichtslosen Fällen zum Teilerfolg in Gestalt vorgerichtlicher Einigungen verhelfen.<sup>125)</sup> Denkt man an Rolevinck, so stellt sich dieses Ereignis aus Sicht der Zuschauer jedoch anders dar, und zwar nicht zuletzt als willkommene Unterhaltung.<sup>126)</sup> Von Seiten des Rechts war dies nicht nur einkalkuliert, sondern geradezu provoziert. Gerade in Kulturen ohne ausgeprägte Schriftlichkeit und Bürokratie sucht Justiz Aufmerksamkeit, will z. B. durch dramaturgische Effekte oder ungewöhnliche Formen Interesse für sich, an Fall und Entscheidung gene-

123) Wilhelm EBEL, Über die Formel »für mich und meine Erben« in mittelalterlichen Schuldurkunden, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung 84 (1967), S. 236–274, S. 260. Ferner vgl. EBEL, Recht und Form. Vom Stilwandel im deutschen Recht (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 449), Tübingen 1975; SELLERT, Gewohnheit (wie Anm. 118).

124) Heinrich BRUNNER, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1 (Systematische Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Abt. 2, Teil 1,1) Leipzig <sup>2</sup>1906 (ND 1961), S. 252. Der Einwand von Kaufmann (KAUFMANN, Art. »Formstrenge« [wie Anm. 120], Sp. 1166), »nun mußte aber irgendeine Größe vorhanden sein, die wiederum den Zwang der Form erzwang«, geht insofern fehl, als er gerade das Gegenteil, d. h. einen hohen Institutionalierungsgrad und eine dementsprechend große Durchsetzungschance von Befehlen als Ergebnis langfristiger Entwicklungen für die Anfänge voraussetzt.

125) Gunter GUDIAN, Zur Funktion des spätmittelalterlichen Ortsgerichts, in: Recht, Gericht, Genossenschaft und Policey, Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie. Symposium für Adalbert Erler, hg. von Gerhard DILCHER/Bernhard DIESTELKAMP, Berlin 1986, S. 33–37.

126) Zur Unterhaltungsfunktion von Recht vgl. SCHOTT, Die Funktionen des Rechts (wie Anm. 66), S. 159ff.; Rüdiger SCHOTT, Rechtsethnologie, in: Ethnologie. Einführung und Überblick, hg. von Hans FISCHER, Berlin/Hamburg <sup>3</sup>1992, S. 185–211, S. 194.

rieren.<sup>127)</sup> Dazu gehören u. a. das Komische und Abstruse, der zum Teil recht grausame »Humor im Recht« (Gierke), genauso wie außergewöhnliche Metaphern, Reime und Formeln, die J. Grimm als Poesie im Recht bezeichnet hat.<sup>128)</sup>

In diesen Zusammenhang lässt sich auch die mit dem Formalismus einhergehende Gefahr einordnen. Sie war für die Parteien ein notwendiges Übel, weil sie über die Sanktion (Nichtigkeit, Bußen etc.) Verbindlichkeit von Verfahrenshandlungen herstellte. Zugleich jedoch war der Prozess, wie schon Johan Huizinga und nach ihm andere hervor gehoben haben, auch Spiel und Wettkampf vor Publikum.<sup>129)</sup> Beides hielt die Zuschauer bei Laune und sorgte dafür, dass man gern zur Vorstellung kam. Dazu dienten abgesehen von den bereits erwähnten augenfälligen Riten nicht zuletzt Beweismittel wie Gottesurteile, gerichtliche Zweikämpfe (womöglich gar zwischen Mann und Frau)<sup>130)</sup> oder Reinigungsseide. Wie stark diese Handlungen auf die Zuschauer gewirkt haben müssen, zeigen volkskundliche Beobachtungen, wonach noch im Kinderspiel des 19. Jahrhunderts Reste des vormodernen Rechtsgangs erkennbar sind.<sup>131)</sup>

Einen solchen Unterhaltungseffekt wird man sicherlich nicht den primären, sondern den sekundären Funktionen des Verfahrens zuzuordnen haben. Insofern ist mit dem Verweis darauf noch nicht viel über den Prozess selbst gesagt – wohl aber einiges über die Rolle der Anwesenden. Wer zum Gericht kommt, nicht um seine Meinung über das richtige Recht mitzuteilen oder das Prozessgeschehen daraufhin zu überprüfen, sondern der Kurzweil halber, ist als Zuschauer nicht Teil einer kritisch reflektierenden Öffentlichkeit im Sinne des 18. oder 19. Jahrhunderts. Eher bildet er als stiller Zeuge den Hin-

127) Frederic W. MAITLAND, *Early English Law, 600 A.D.–1066*, in: Frederic W. MAITLAND/Francis C. MONTAGUE, *A Sketch of English Legal History*, New York/London 1915 (ND 1998), S. 1–25, S. 18.

128) Jacob GRIMM, *Von der Poesie im Recht*, in: *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 2 (1816), S. 25–99; Jacob GRIMM, *Rechtsalterthümer* (wie Anm. 7), S. 1–77; Joseph Pierre CHASSAN, *Essai sur la symbolique du droit précédé d'une introduction sur la poésie du droit primitive*, Paris 1847, insbesondere S. I–CXXXVI; Otto GIERKE, *Der Humor im deutschen Recht*, Berlin 1871; Bernhard THORMANN, *Über den Humor in den deutschen Weistümern*, phil. Diss., Geilenkirchen 1907; C. J. J. VAN DEN BERGH, *Themis en de muzen. De functie van de gebonden vormen in het recht*, Haarlem 1964.

129) Johan HUIZINGA, *Homo ludens. Vom Ursprung der Kultur im Spiel*, Reinbek 1962, S. 79–90; Heinrich TRIEPEL, *Vom Stil des Rechts. Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts*, Heidelberg 1947, S. 103ff.; *Le jeu: un paradigme pour le droit*, hg. von François OST/Michel VAN DE KERCHOVE (Collection »Droit et Société«), Paris 1992; Andreas VON ARNAULD, *Recht – Spiel – Magie. Hommage à Johan Huizinga*, in: *Recht und Spielregeln*, hg. von Andreas VON ARNAULD, Tübingen 2003, S. 101–117.

130) *Stadtbuch von Augsburg*, hg. von C. MEYER (wie Anm. 56), *Stadtrecht* (a. 1276) Art. XXXI, S. 89f. Vgl. Hermann KNAPP, *Der Beweis im Strafverfahren des Schwabenspiegels und des Augsburger Stadtrechts. Rechtsvergleichende Studie*, in: *Archiv für Strafrecht und Strafprozess* 67 (1919), S. 25–63, S. 54. Zum frühen Mittelalter vgl. Claudio AZZARA, *Il processo come gara. Aspetti ludici nel diritto processuale longobardo*, in: *Ludica* 1 (1995), S. 7–14.

131) Eberhard VON KÜNNSBERG, *Rechtsbrauch und Kinderspiel. Untersuchungen zur deutschen Rechtsgeschichte und Volkskunde* (Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philos.-hist. Kl. Jg. 1952, Abhandl. 3), Heidelberg 1952, S. 63–66.

tergrund, dessen die Gerichtsbühne bedarf. Aus dieser Perspektive betrachtet dienen die prozessualen Formen mindestens ebenso sehr als Publikumsmagnet wie als Sinnträger. Der Umstand erscheint dann weniger als ein Fokus rechtlichen Meinungs austauschs und eher als animierte Kulisse, deren Angehörige das Geschehen auf der Bühne vor allem deshalb mit Interesse wahrnahmen und bezeugten, weil es unterhaltsam war. Geht man davon aus, dass dies alles durchaus gewollt war, wird man in einer solchen Gerichtsöffentlichkeit zugleich einen Reflex auf die schwache institutionelle Fundierung des alten dinggenossenschaftlichen Verfahrens sehen dürfen. Dass hier eine Korrelation bestand, zeigt *ex negativo* auch die Entwicklung in Frankreich: Im gleichen Maße, wie im Laufe des 13. Jahrhunderts die Macht des Königs, seiner Beamten und Richter wuchs, verschwand der Formalismus aus dem Rechtsleben.<sup>132)</sup>

(4) UT UNIUS POENA METUS POSSIT ESSE MULTORUM.<sup>133)</sup> STRAFE ALS MITTEL  
OBRIGKEITLICHER ÖFFENTLICHKEITSARBEIT

(4.1) *Augsburg 1462: Der Fall Ulrich Tendrich*

Nach dem dinggenossenschaftlichen Verfahren läge es auf den ersten Blick nahe, der Rolle des Unterhaltungsmoments auch für die peinliche Gerichtsbarkeit im Allgemeinen und den Strafvollzug im Besonderen, also etwa für Hinrichtungen nachzugehen.<sup>134)</sup> Ein solcher Gedanke, Menschen könnten zu einer Hinrichtung kommen, um sich zu amüsieren, erscheint nicht erst aus heutiger Sicht anstößig. So muss es nicht verwundern, wenn diese Frage kontrovers beantwortet wird.<sup>135)</sup> Eine Vergewisserung wäre lohnend,

132) BRUNNER, Wort und Form (wie Anm. 113), S. 273.

133) CTh 9.27.3; Cod. 9.27.1.

134) Duccio BALESTRACCI, Il gioco dell'execuzione capitale. Note e proposte interpretative, in: *Gioco e giustizia nell'Italia di Comune*, hg. von Gherardo ORTALLI (Ludica 1), Treviso/Rom 1993, S. 193–206.

135) Lässt sich zumindest für das späte 18. und das 19. Jahrhundert kaum leugnen, dass öffentliche Hinrichtungen Publikumsmagneten waren und mitunter gar als Volksfeste erschienen, so hat dieser Sicht für die Frühneuzeit vor allem R. J. Evans widersprochen. Zu der Frage vgl. Karl von AMIRA, Die germanischen Todesstrafen. Untersuchungen zur Rechts- und Religionsgeschichte (Abhandlungen der Bayerischen Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-philologische und historische Klasse 30,3), München 1922, S. 225; Wilhelm RENGER, Hinrichtungen als Volksfeste, in: *Süddeutsche Monatshefte* 10,2 (1913), S. 8–21; Thomas W. LAQUEUR, Crowds, carnival and the state in English executions, 1604–1868, in: *The First Modern Society. Essays in English History in Honour of Lawrence Stone*, hg. von A. L. BEIER/ David CANNADINE, Cambridge/New York 1989, S. 305–355; Lionello PUPPI, »An der Strafe ist so viel Festliches«. Un aspetto della festa nell'Europa moderna (1400–1800): lo spettacolo dell'execuzione capitale, in: *Il tempo libero. Economia e società (Loisirs, Leisure, Tiempo Libre, Freizeit) secc. XIII–XVIII*, hg. von Simonetta CAVACIOCCHI (Istituto internazionale di storia economica »F. Datini« Prato, Serie II – Atti delle »Settimane di Studi« e altri Convegni 26), Florenz 1995, S. 127–148;

wenn man etwa an die Rolle des Alkoholkonsums denkt.<sup>136)</sup> Ob eine entsprechende Untersuchung nähere Aufschlüsse über die Funktion der Öffentlichkeit bringen könnte, erscheint jedoch zweifelhaft. Größeren Gewinn verspricht die Betrachtung eines anderen Aspekts spätmittelalterlicher Justiz, und zwar der Frage, welche Rolle die Öffentlichkeit für die Umsetzung eines besonderen Zwecks von Strafe spielte, und zwar Dritte von Vergehen abzuschrecken. – Wenn im Folgenden ein Fall aus Augsburg aus der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts etwas näher betrachtet werden soll, so nicht deshalb, weil die Rechtsgeschichte der Stadt für eine Gesamtentwicklung repräsentativ wäre. Eher schon, weil die betreffende Causa in besonderer Weise Anlass zur Frage nach der sozialen Funktion organisierten Schreckens gibt.

Zunächst jedoch kurz zum institutionellen Rahmen des Geschehens.<sup>137)</sup> Die freie Reichsstadt Augsburg hatte seit 1368 eine Zunftverfassung. Herzstück der Stadtregierung war der Kleine Rat, der 42 Mitglieder umfasste. In ihm fielen die wichtigsten Entscheidungen in den Bereichen, die heute in Verwaltung, Rechtsprechung und Gesetzgebung unterschieden werden. Aus rechtshistorischer Sicht zeichnet sich Augsburg vor allem durch sein umfangreiches Stadtrecht aus, das von König Rudolf 1276 verliehen worden war und bis zum Ende des 15. Jahrhunderts durch zahlreiche Novellen aktuali-

Richard J. EVANS, *Rituale der Vergeltung. Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte 1532–1987*, übers. von Holger FLIESSBACH, Berlin 2001, S. 140–146; Ernst SCHUBERT, *Räuber, Henker, arme Sünder. Verbrechen und Strafe im Mittelalter*, Darmstadt 2007.

136) Hermann KNAPP, *Humor im Würzburger Recht*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 22 (1902), S. 1–30, S. 21f., S. 28f.; Hans von HENTIG, *Der gehängte Henker. Eine kriminalhistorische Studie*, in: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 71 (1956), S. 32–43 (ND Hans von HENTIG, *Studien zur Kriminalgeschichte*, hg. von Christian HELFER, Bern 1962, S. 160–169). Zum Alkoholkonsum allgemein vgl. auch Karl-Siegfried BADER, *Art. »Bußen vertrinken«*, in: HRG, Bd. 1, Berlin 1970, Sp. 578; Herbert SCHEMPF, *Art. »Bußen vertrinken«*, in: HRG, Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 795–797 sowie Heiner LÜCK, *Trinken als rechtliches Ritual*, in: *Trinkkulturen in Europa*, hg. von Rüdiger FIKENTSCHER (mdv aktuell 4), Halle a. d. S. 2008, S. 103–126, S. 110f.

137) Zur Rechtsgeschichte Augsburgs vgl. Karlheinz BRAUN, *Die Grundlagen der Strafrechtspflege in der Stadt Augsburg während der Geltungsdauer des »Großen Stadtrechts«*, jur. Diss., München 1953; Eugen LIEDL, *Gerichtsverfassung und Zivilprozeß der freien Reichsstadt Augsburg (Abhandlungen zur Geschichte der Stadt Augsburg 12)*, Augsburg 1958; ROGGE, *Für den gemeinen Nutzen (wie Anm. 63)*, sowie Reinhard HEYDENREUTER, *Art. »Augsburg«*, in: HRG, Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 358–360. – Zu den historiographischen Quellen vgl. Peter JOHANEK, *Geschichtsschreibung und Geschichtsüberlieferung in Augsburg am Ausgang des Mittelalters*, in: *Literarisches Leben in Augsburg während des 15. Jahrhunderts*, hg. von Johannes JANOTA/Werner WILLIAMS-KRAPP (*Studia Augustana* 7), Tübingen 1995, S. 160–182 (ND Peter JOHANEK, *Was weiter wirkt ... Recht und Geschichte in Überlieferung und Schriftkultur des Mittelalters*, hg. von Antje SANDER-BERKE/Birgit STUDDT, Münster 1997, S. 329–351); Christa PETSCHKO, *Galgen und Schlachtfelder. Der gewaltsame Tod in den Chroniken der Stadt Augsburg, 1368–1468*, in: *Medium Aevum Quotidianum* 42 (2000), S. 52–84; Peter SCHUSTER, *Verbrechen und Strafe in der spätmittelalterlichen Nürnberger und Augsburger Chronistik*, in: *Recht und Verhalten in vormodernen Gesellschaften. Festschrift für Neithard Bulst*, hg. von Andrea BENDLAGE/Andreas PRIEVER/Peter SCHUSTER, Bielefeld 2008, S. 51–65.

siert wurde.<sup>138)</sup> Abgesehen vom eigens kodifizierten Stadtrecht existierte in Augsburg wie in anderen Städten ein zweiter, stetig wachsender Bestand städtischer Vorschriften, das sog. Willkürrecht als Ausfluss der Normgebungstätigkeit des Rates, dem sich der Einzelne im Rahmen des Schwörtags an Dreikönig unterworfen hatte.<sup>139)</sup>

Im Bereich der weltlichen Gerichtsverfassung stand auch in Augsburg am Anfang der Entwicklung das Gericht des Stadtherrn, in diesem Fall des Bischofs, das in zwei unterschiedliche Jurisdiktionen zerfiel. Wie anderenorts verlief das Verfahren vor dem Ratsergericht unter Ausschluss der Öffentlichkeit und weitgehend formlos.<sup>140)</sup> Der Kleine Rat konnte ohne Klage tätig werden, bestimmte über das *Procedere*, nahm bei Leugnung des Vergehens Beweise zur Kenntnis, entschied über Anwendung der Folter und setzte die Strafe ohne vorherige Urteilsfrage fest. Demgegenüber verlief die ordentliche Rechtsprechung in dem Stadtgericht in traditionellen Bahnen. Seit dem zweiten Drittel des 15. Jahrhunderts machten sich aber auch hier die bereits skizzierten allgemeinen Veränderungen bemerkbar: Einführung des Inquisitionsverfahrens, Ausschluss der Öffentlichkeit und Aufgliederung in ein Vorverfahren und einen endlichen Rechtstag (seit 1446).<sup>141)</sup>

Nun zu dem konkreten Fall des Ulrich Tendrich vom August 1462.<sup>142)</sup> Er führt in die Nähe dessen, was in der Literatur oft mit dem umstrittenen Etikett des politischen Pro-

138) Peter JOHANEK, Art. »Augsburger Stadtbuch«, in: Die deutsche Literatur des Mittelalters. Verfasserlexikon, Bd. 11, Berlin 2004, Sp. 181–185. Seinem Inhalt nach besteht das Stadtbuch in der ältesten Redaktionsstufe aus zwei Schichten, einerseits einer oberdeutschen Überarbeitung des Sachsenspiegel Landrechts, von der bislang angenommen wurde, dass sie in der Stadt selbst entstanden ist, andererseits städtischer Rechtsgewohnheit. Ferner vgl. Peter JOHANEK, Art. »Augsburger Sachsenspiegel«, in: ebd., Bd. 1, Berlin/New York 1978, Sp. 527–528; Dietlind MUNZEL-EVERLING, Art. »Deutschespiegel«, in: HRG, Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 971–972. Im Licht der jüngsten Forschung wird man manches zu überdenken haben. Zu einer möglichen Entstehung des Schwabenspiegels in Regensburg vgl. BERTELSMEIER-KIERST, Kommunikation und Herrschaft (wie Anm. 92), S. 125–172.

139) Zu den Schwörtagen allgemein siehe Anm. 32–34. Nachdem die beiden neugewählten Bürgermeister vom Erker des Rathauses am Perlachplatz der versammelten Gemeinde ihren Amtseid geleistet hatten, empfingen sie den gemeinschaftlich abgelegten Treueid der Bürger, an den sich die Beeidung diverser vom Stadtschreiber verlesener Satzungen anschloss. Vgl. Stadtbuch von Augsburg, hg. von C. MEYER (wie Anm. 56), XXXVIII (*Wie man den burgermaistern alle iare das burgerrecht zu halten sweren sol.* [um 1457]) S. 301ff. Vgl. Pius DIRR, Studien zur Augsburger Zunftverfassung 1368–1548, in: Zeitschrift des historischen Vereins für Schwaben und Neuburg 39 (1913), S. 144–243, S. 186, S. 214ff.; ROGGE, Für den gemeinen Nutzen (wie Anm. 63), S. 25f. bzw. S. 172.

140) SCHORER, Die Strafgerichtsbarkeit (wie Anm. 56), S. 100f., S. 167ff., S. 171f. Vgl. ISENMANN, Die Stadt im Spätmittelalter (wie Anm. 116), S. 160.

141) SCHORER, Die Strafgerichtsbarkeit (wie Anm. 56), S. 161–166. Zum endlichen Rechtstag vgl. u. a. Augsburger Stadtbuch, hg. von C. MEYER (wie Anm. 56), XXXVII (um 1457), S. 300f.; Paul von STETTEN, Geschichte der Heil. Roem. Reichs Freyen Stadt Augspurg, Bd. 1, Frankfurt a. M./Leipzig 1743, S. 170 (ad. a. 1447).

142) Chronik des Burkard Zink. 1368–1468, hg. von F. FRENSDORFF und M. LEXER (Chroniken der deutschen Städte 5), Leipzig 1866, Buch IV, S. 274f., S. 283f.; Chronik des Hector Müllich. 1348–1487. Mit Zusätzen von Demer, Walther und Rem, hg. von M. LEXER, in: Die Chroniken der deutschen Städte vom

zesses versehen wird.<sup>143)</sup> Für Augsburg ließe sich auch das Verfahren gegen die Gebrüder Vittel (1474) oder den Bürgermeister Ulrich Schwarz (1478) betrachten, für Nürnberg etwa das gegen Niklas Muffel (1469).<sup>144)</sup> Was die *Causa Tendrich* so interessant macht, ist nicht zuletzt die vergleichsweise detaillierte Schilderung der Ereignisse durch den Augenzeugen und Chronisten Burkhard Zink (um 1396–1474/75), die u. a. durch die etwas jüngere Chronik des Hector Müllich (um 1420–1489/90) ergänzt wird.<sup>145)</sup>

Ulrich Tendrich war ein Augsburger Bürger, der, wie Burkhard Zink es ausdrückt, über *gewalt und würdigkeit* verfügte.<sup>146)</sup> Er war Mitglieder der Kramerzunft, hatte 1457 das Amt des Bürgermeisters bekleidet und war 1462 wie schon in insgesamt vier Jahren zuvor Baumeister, was in etwa einem Stadtkämmerer entspricht. Über diesen angesehenen Mann lief am 6. August 1462 *ain große sag und murmeln* um.<sup>147)</sup> Ein Gerücht, von dem Zink hervorhebt, man habe es (bald) *offlich* erzählt und es sei auch *war* gewesen,

14. bis ins 16. Jahrhundert, Bd. 22, Leipzig/Gotha 1892, S. IX–XLIX, S. 1–273, S. 275–376 (Anhang I–II), S. 191f. Zu den Verfassern vgl. Karl SCHNITH, *Die Augsburger Chronik des Burkard Zink. Eine Untersuchung zur reichsstädtischen Geschichtsschreibung des 15. Jahrhunderts*, München 1958; SCHNITH, Art. »Zink, Burkhard«, in: *Die deutsche Literatur des Mittelalters. Verfasserlexikon*, Bd. 10, Berlin/New York 1999, Sp. 1556–1558; Dieter WEBER, *Geschichtsschreibung in Augsburg. Hektor Müllich und die reichsstädtische Chronistik des Spätmittelalters (Abhandlungen zur Geschichte der Stadt Augsburg 30)*, Augsburg 1984; Werner ALBERTS, Art. »Müllich, Hektor«, in: *Verfasserlexikon*, Bd. 6, Berlin/New York 1987, Sp. 738–742.

143) Heinrich MITTEIS, *Politische Prozesse des früheren Mittelalters in Deutschland und Frankreich (Libelli CCCXLI)*, Darmstadt 1974 (ND von: *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Phil.-hist. Klasse, Jg. 1926/27, Abh. 3*, Heidelberg 1927), S. 5ff.; Hans-Jürgen BECKER, Art. »Politische Prozesse«, in: HRG, Bd. 3, Berlin 1984, Sp. 1796–1800; Friedrich BATTENBERG, *Herrschaft und Verfahren. Politische Prozesse im mittelalterlichen Römisch-Deutschen Reich*, Darmstadt 1995, S. 2f., S. 7f. Umstritten ist insbesondere, inwieweit solche Verfahren die Rechts- und Verfassungsentwicklung beeinflusst haben (Mitteis) bzw. unter politischen Vorzeichen stehen (Battenberg) oder eher als Ausnahmen, Abweichungen oder Missbrauchsformen gegenüber der vorgegebenen Verfahrensordnung (Becker) zu sehen sind. Ferner vgl. Jürgen WEITZEL, Rez. zu: BATTENBERG, *Herrschaft und Verfahren*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* 115 (1998), S. 667–671, S. 669.

144) Zum Prozess gegen die Gebrüder Vittel vgl. Georg PANZER, *Ulrich Schwarz, der Zunftbürgermeister von Augsburg 1422–1478*, phil. Diss., Bamberg 1913, S. 46–51; ROGGE, *Für den Gemeinen Nutzen (wie Anm. 63)*, S. 70–76. Zum Verfahren gegen Ulrich Schwarz vgl. PANZER, *Ulrich Schwarz (wie Anm. 144)*, S. 52–71; ROGGE, *Für den Gemeinen Nutzen (wie Anm. 63)*, S. 76–82. Ferner vgl. Gerhard FOUQUET, *Die Affäre Niklas Muffel. Die Hinrichtung eines Nürnberger Patriziers im Jahre 1469*, in: *Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte* 83 (1996), S. 459–500.

145) *Chronik des Burkard Zink (wie Anm. 142)*, Buch IV, S. 274f. bzw. S. 283f.; *Chronik des Hector Müllich (wie Anm. 142)*, S. 191f.

146) *Chronik des Burkard Zink (wie Anm. 142)*, Buch IV, S. 274 Z. 8.

147) *Ebd.*, S. 274 Z. 1.

besagte, Tendrich habe Geld der Stadt gestohlen.<sup>148)</sup> Tatsächlich hatte Gabriel Rigler, ein anderer Baumeister, Tendrich dabei beobachtet, wie er eine große Summe Geldes einsteckte und, so Zink, *in an der waren getat beschrien und berüfet*, also im Zusammenhang mit der handhaften Tat ein Gerüfte angestimmt.<sup>149)</sup> Tendrich ergriff die Flucht. Am 11. August stöberte man ihn im Haus des Domdechanten auf, d. h. in einer Freistätte, die dem Zugriff des Rates eigentlich entzogen war. Trotzdem wurde Tendrich festgenommen und vor den Rat geführt. Hector Müllich erklärt dies so, dass der Rat ihm Sicherheit an Leib und Leben versprochen hatte, Tendrich also mehr oder weniger freiwillig das Asyl verlassen hatte.<sup>150)</sup>

In der Chronik des Burkhard Zink endet damit der erste Teil des Berichts. Über das folgende Geschehen am 12. August heißt es: *Was man mit im redt, weiß ich nit; dann man ließ in in die eisen füeren und gingen acht ratgeben mit im in die eisen.*<sup>151)</sup> Was im Kerker geschah, blieb also für Außenstehende im Dunkeln.<sup>152)</sup> Die Anwesenheit der Ratsherren ließ allerdings eine peinliche Befragung vermuten.<sup>153)</sup> Aus Sicht des Stadtrechts war der Fall klar. Tendrich hatte eine Summe von mehr als 60 Pfennigen unterschlagen und damit einen sog. großen Diebstahl begangen. Darauf stand der unehrenhafte Strang.<sup>154)</sup> Überblickt man die Entscheidungen des Rats, hatte ein Amtsinhaber allerdings gute Aussichten, dass gnadenweise die Strafe der Enthauptung verhängt wurde, die nicht als unehren-

148) Ebd., S. 274 Z. 9. Vgl. SCHUBERT, Erscheinungsformen der öffentlichen Meinung (wie Anm. 27), S. 118.

149) Chronik des Burkard Zink (wie Anm. 142), Buch IV, S. 274 Z. 15–16 (vgl. S. 275 Z. 1–2).

150) Chronik des Hector Müllich (wie Anm. 142), a. 1462, S. 191. Ferner vgl. Chronik von der Gründung der Stadt Augsburg bis zum Jahre 1469, hg. von F. FRENSDORFF, in: Die Chroniken der deutschen Städte Bd. 4, Leipzig 1865, S. 265–356, a. 1462, S. 329 Z. 26: *den [Ulrich Tendrich, C. M.] vieng man in ains korherren hauß und müßt in sichern am leben.* – Dagegen weiß das sog. Verzeichnis der Malefikanten von einer gewaltsamen Festnahme zu berichten und führt die Verschonung von der Todesstrafe *aus Gnaden auf große Fürbitte der Gemein* zurück (vgl. Anm. 161). Wenngleich sich diese Möglichkeit keineswegs ausschließen lässt, bleibt doch – gerade wenn man an den Fall Hans Veder (vgl. Anm. 155) denkt – unklar, weshalb der Rat das Kirchenasyl so einfach missachtet haben sollte. Möglicherweise erschien es dem Verfasser des Verzeichnisses nicht opportun, die Vereinbarung mit Tendrich zu erwähnen, und er gestaltete deshalb den Geschehensablauf um.

151) Chronik des Burkard Zink (wie Anm. 142), Buch IV, S. 275 Z. 11–13.

152) Zum institutionellen Hintergrund vgl. SCHORER, Die Strafgerichtsbarkeit (wie Anm. 56), S. 119f.

153) Normalerweise waren dazu nur zwei Ratgeben, die sog. Eisenherren, erforderlich, doch mag die hohe Zahl der sozialen Stellung des Inquisiten geschuldet sein. Vgl. SCHORER, Die Strafgerichtsbarkeit (wie Anm. 56), S. 168.

154) Stadtbuch von Augsburg XXXIV, hg. von C. MEYER (wie Anm. 56), Stadtrecht (a. 1276) Art. XX-XIV, S. 96–101. Vgl. ebd., S. 96 Anm. 3; Carl Johannes CASPAR, Darstellung des strafrechtlichen Inhaltes des Schwabenspiegels und des Augsburger Stadt-Rechts, jur. Diss., Berlin 1892, S. 74f.; Wolfgang FORSTER, Art. »Theft and Robbery«, in: The Oxford International Encyclopedia of Legal History, Bd. 5, Oxford 2009, S. 463–464.

haft galt.<sup>155)</sup> Prozessual war das inquisitorische *Procedere* vorgegeben. Das Verfahren vor dem Ratsgericht lehnte sich eng an die städtische Gerichtsordnung von 1453 an.<sup>156)</sup> Größere Schwierigkeiten bereitete wohl das Urteil, vor allem wenn man an etwaige Tendrich gegebene Zusicherungen denkt.

Dass der Delinquent im Kerker ein Geständnis abgelegt und Urfehde geschworen hatte, sollte schon bald bekannt werden. Denn am 26. August kam es zur Urteilsverkündung. In Gegenwart einer großen Menge – Zink beziffert sie auf 8000 Männer und Frauen – wurde der Malefikant aus den Eisen unter Läuten der Sturmglocke auf ein hohes Gerüst auf dem Perlachplatz vor der Rathaustreppe geführt. Was dann geschah, lässt sich nicht mit letzter Sicherheit rekonstruieren. Fest steht, während Tendrich auf dem Gerüst stand, wurde der von ihm gesiegelte und von seinen beiden Söhnen sowie seiner Frau bestätigte Urfehdebrief verlesen, der abgesehen vom Geständnis des Delinquenten auch das gegen ihn ergangene Ratsurteil enthielt. Sodann musste der Delinquent den Brief offenbar noch einmal persönlich vorlesen. Dazu bemerkt Zink: *sicherlich ain so schmächen und schantlichen brief, desgleichen ich vormals nie gehört han.*<sup>157)</sup> Die Bemerkung bezieht sich vor allem auf die Strafe. Tendrich ging aller Ehren verlustig, durfte fortan weder vor Rat noch vor Gericht erscheinen und kein Messer tragen mit Ausnahme eines kleinen Brotmessers mit abgebrochener Spitze. Kostbare Gewänder, Gold, Silber oder Edelsteine zu tragen war ihm ebenso verboten.<sup>158)</sup> Und schließlich durfte er sein Leben lang ohne Erlaubnis des Rates Augsburg nicht mehr verlassen.

Mit der Bekanntmachung dieser Entscheidung endet fast schon Zinks Bericht. Der Leser erfährt nur noch, dass Tendrich von Stadtknechten in sein Haus geführt wurde.<sup>159)</sup> Doch scheint es zuvor noch zu einem anderen wesentlichen Verfahrensschritt gekommen zu sein, der das Gesamtgeschehen in die Nähe eines endlichen Rechtstages rückt. Dem anonymen Verfasser der »Chronik von der Gründung der Stadt Augsburg« zufolge legte man Tendrich, bevor er auf einen Stuhl stieg und das Urteil über ihn verlesen wurde, eine

155) Das zeigt etwa der Fall des Hans Veder (1459). Er war Zunftmeister der Kürschner und Mitglied des Kleinen Rates und hatte ihm vom Rat zur Anwerbung von Söldnern anvertrautes Geld unterschlagen. Veder war ebenfalls in das Haus eines Domherrn geflüchtet. Das ihm angebotene freie Geleit, um zumindest seine Schulden in Rottweil zu bezahlen, hatte er ausgeschlagen, woraufhin er im Asyl festgenommen und später enthauptet wurde. Vgl. Chronik des Burkard Zink (wie Anm. 142), S. 239f. Ebenso erging es Haintzen Keller 1459. Vgl. Chronik von der Gründung der Stadt Augsburg (wie Anm. 150), S. 328 Z. 9–11. Der Bürgermeister Heinrich Portner, der den *ratschaz* an sich gebracht hatte, wurde 1349 zusammen mit seinem Sohn auf Lebenszeit aus Augsburg verbannt. Vgl. Chronik von der Gründung der Stadt Augsburg (wie Anm. 150), S. 307 Anm. 3.

156) Stadtbuch von Augsburg (wie Anm. 56), XXXVII (um 1453), S. 300f.

157) Chronik des Burkard Zink (wie Anm. 142), Buch IV, S. 283 Z. 10–11.

158) Zum Ehrverlust vgl. Chronik von der Gründung der Stadt Augsburg (wie Anm. 150), a. 1462, S. 329 Z. 30f.: [...] *verpot im alles das ze tragen, das ain erbern mann zû gehört* [...].

159) Chronik des Burkard Zink (wie Anm. 142), Buch IV, S. 284 Z. 1.

Schlinge um den Hals, was der unehrlichen Diebstahlsstrafe entsprochen hätte.<sup>160)</sup> Glaubt man dagegen dem sog. Verzeichnis der Malefikanten, wurde Tendrich, der *den Strick wohl verdient hätte*, gnadenweise einer anderen Prozedur unterworfen: Während er auf einem Stuhl saß, setzte der Henker ihm ein Abdeckermesser unter das Kinn und so wurde er *mit großer Schmach und Hohn unredlich gemachet*.<sup>161)</sup>

Hier ist nicht der Ort, um auf das komplexe Phänomen von Ehre und Ehrenstrafe genauer einzugehen.<sup>162)</sup> Mit Blick auf den Fall Tendrich ist dies in den letzten Jahren bereits geschehen.<sup>163)</sup> Kurz erwähnt sei nur dreierlei. Ins Auge fällt zunächst die Bestimmung über das abgebrochene Brotmesser: Eine Ehrenstrafe, die sich auch in der Schweiz findet und ihren Bezugspunkt im Recht des freien Mannes hat, eine Wehr (z. B. ein Mes-

160) Chronik von der Gründung der Stadt Augsburg (wie Anm. 150), S. 329 Z. 28–30.

161) Staats- und Stadtbibliothek Augsburg, 2<sup>o</sup> cod Aug. 284 (Malefikanten 1378–1760) Eintrag zum 7. August 1462: *Wurde der Cramer Zunftmeister so zuvor 2mahl Burgermeister gewesen, Deme auch das Stadt Insigel und Schatz vertrauet, und auch ietzt ein Bau-Herr gewesen, in seinem Baumeister Ammt bey 32 fl. und auch darüber nit, abgetragen, und als solches an Tag kommen, in des Thum-Dechands zu Unßer Frauen Behausung, als in eine Freyung geflohen, daraus aber mit Gewalt genommen ward, und als einer der Diebstahls überwießen, und da er den Strick wohl verdient hätte, ward ihm auf große Fürbitte der Gemein und dann demnach sich seine Söhne für ihn verbürgt, darnach aus Gnaden [Zusatz am Rand: d. 19. Tag, d. h. nach dem 7. August und damit am 26. August] unter dem Erker des Rathhaußes allhie auf einem Stuhle sizendt, vom Hencker das Schind Messer unter das Kühn gesetzt, das er das Angesicht aufrichten müssen, und also mit großer Schmach und Hohn, Unredlich gemachet worden.*

162) Aus der umfangreichen Literatur vgl. u. a. C. Reinhold KÖSTLIN, Die Ehrenverletzung nach deutschem Rechte, in: Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft 15 (1855), S. 151–236, S. 364–435; Rudolf QUANTER, Die Schand- und Ehrenstrafen in der Deutschen Rechtspflege. Eine kriminalistische Studie, Dresden 1901; Peter SCHUSTER, Ehre und Recht. Überlegungen zu einer Begriffs- und Sozialgeschichte zweier Grundbegriffe der mittelalterlichen Gesellschaft, in: Ehrkonzepte in der Frühen Neuzeit. Identitäten und Abgrenzungen, hg. von Sibylle BACKMANN/Hans-Jörg KÜNAST u. a. (Colloquia Augustana 8), Berlin 1998, S. 40–66; Klaus SCHREINER, Verletzte Ehre. Ritualisierte Formen sozialer, politischer und rechtlicher Entehrung im späteren Mittelalter und in der beginnenden Neuzeit, in: Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems, hg. von Dietmar WILLOWEIT (Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas. Symposien und Synthesen 1), Köln/Weimar/Wien 1999, S. 263–320. Ferner vgl. Andreas DEUTSCH, Art. »Ehre«, in: HRG, Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 1224–1231; DEUTSCH, Art. »Ehrenstrafe«, ebd., Sp. 1232–1234; DEUTSCH, Art. »Ehrlosigkeit«, ebd., Sp. 1240–1243.

163) Jörg ROGGE, Ehrverletzungen und Entehrungen in politischen Konflikten in spätmittelalterlichen Städten, in: Verletzte Ehre. Ehrkonflikte in Gesellschaften des Mittelalters und der Frühen Neuzeit, hg. von Klaus SCHREINER/Gerd SCHWERHOFF (Norm und Struktur 5), Köln/Weimar/Wien 1995, S. 110–143, S. 134–137; Kathy STUART, Defiled Trades and Social Outcasts. Honor and Ritual Pollution in Early Modern Germany, Cambridge 1999, S. 131 (vgl. Kathy STUART, Unehrlische Berufe. Status und Stigmata in der Frühen Neuzeit am Beispiel Augsburg [Veröffentlichungen der Schwäbischen Forschungsgemeinschaft, Reihe 1: Studien zur Geschichte des bayerischen Schwabens 36], Augsburg 2008, S. 142).

ser) zu tragen.<sup>164)</sup> Das abgebrochene Brotmesser, das Tendrich fortan tragen musste, zeugte insofern von einer symbolischen Devestitur.<sup>165)</sup> Das führt zum Vollzug der Strafe und seinen Folgen. Im Falle Tendrich fallen Urteilsverkündung und -vollstreckung teilweise zusammen, fand doch auf dem Gerüst allem Anschein nach auch eine symbolische Hinrichtung statt.<sup>166)</sup> Schon durch sie verlor der Delinquent – in welchem Umfang bleibt unklar – sein »bürgerliches Leben«. Jedenfalls lässt dies der Verlust der Fähigkeit, vor dem Rat und vor Gericht aufzutreten, vermuten. Tendrich erlitt demnach eine, womöglich abgemilderte Form der spätmittelalterlichen *mors civilis*, des (weitgehenden) Verlusts der bürgerlichen Rechtsfähigkeit.<sup>167)</sup> Ob mit ihr notwendigerweise der Verlust der Ehre einherging oder dieser ausschließlich auf die symbolische Hinrichtung zurückzuführen ist, lässt sich nicht mit Gewissheit sagen, zumal nicht klar ist, ob Tendrich tatsächlich mit dem unehrenhaften Strang oder ersatzweise mit dem Schindmesser berührt wurde.<sup>168)</sup> Jedenfalls war der Malefikan, was sein Recht und seine Ehre angingen, gestorben. Insofern war der Vorgabe des Stadtrechts – bei großem Diebstahl die Todesstrafe – zumindest in einem übertragenen Sinne Genüge getan.<sup>169)</sup>

164) GRIMM, Deutsche Rechtsalterthümer, Bd. 2 (wie Anm. 100), S. 304; ROGGE, Ehrverletzungen (wie Anm. 163), S. 137. Ferner vgl. Rudolf WACKERNAGEL, Geschichte der Stadt Basel, Bd. 2,1, Basel 1911, S. 340.

165) Thomas FRANK, Investitur, Devestitur, in: Des Kaisers neue Kleider. Über das Imaginäre politischer Herrschaft. Texte, Bilder, Lektüren, hg. von Thomas FRANK/Albrecht KOSCHORKE u. a., Frankfurt a. M. 2002, S. 218–232.

166) Friedrich STURM, Symbolische Todesstrafen (Kriminologische Schriftenreihe 5), Hamburg 1962.

167) Anthony (Antonius) BRUGMANS, Dissertatio juridica inauguralis de morte civili, Leiden 1824; Johann Friedrich BUDE, Ueber Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit. Eine Abhandlung aus dem deutschen Rechte, Bonn 1842; Brigitte BORGMANN, Mors civilis. Die Bildung des Begriffs im Mittelalter und sein Fortleben im französischen Recht der Neuzeit, in: Ius Commune 4 (1972), S. 81–157; Mathias SCHMOECKEL, Art. »Bürgerlicher Tod«, in: HRG, Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 751–52.

168) Gisela WILBERTZ, Der Abdecker – oder: Die Magie des toten Körpers. Ein Beruf im Umgang mit Tier- und Menschenleichen, in: Totenfürsorge – Berufsgruppen zwischen Tabu und Faszination, hg. von Markwart HERZOG/Norbert FISCHER (Irseer Dialoge 9), Stuttgart 2003, S. 89–120, 113.

169) Die Frage, inwieweit eine Kenntnis des Stadtbuches vorausgesetzt werden kann, lässt sich für den Rat sicherlich positiv beantworten, für die Bürger bleibt sie dagegen offen. Gegen eine Rechtskenntnis scheint auf den ersten Blick die Stadtschreiberverordnung von 1362/63 zu sprechen, in der es u. a. über die Pflichten des *stetschreiber* heißt: *Ez sol auch der stet rehtbuoch inne han und kain ander buoch die die stat an gehoernt; und sol daz selb buoch an dem geriht und an dem rat lesen ane alle geverde swer sin begert und so anderswa nieman lesen noch zaigen dann da ein burgermaister bei ist oder si baid, und sol ez nieman lazzen abscriben noch er selb sol ez auch niht abscriben* (Stadtbuch von Augsburg [wie Anm. 56], S. 252). Der letzte Teil der Regelung scheint auf Geheimhaltung hinzudeuten. Tatsächlich zielt die Vorschrift jedoch darauf ab, unautorisierten Abschriften vorzubeugen und damit einen authentischen Wortlaut zu garantieren – was letztlich nicht gelang. Vgl. LIEDL, Gerichtsverfassung (wie Anm. 137), S. 32. Zu den Augsburger Stadtschreibern vgl. Ulrich MEIER, Ad incrementum rectae gubernationis. Zur Rolle der Kanzler und Stadtschreiber in der politischen Kultur von Augsburg und Florenz in Spätmittelalter und Früher Neuzeit, in: Gelehrte im Reich. Zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte

Unabhängig von der Strafe verdient die Rolle der Öffentlichkeit Beachtung. Ohne sie bleibt das Geschehen unverständlich. Über Tendrichs Vergehen wurde *offlich* gesprochen. Der Rat war nicht nur zur Ahndung des Delikts gezwungen, sondern zu einer öffentlichkeitswirksamen Maßnahme, die dem Bekanntheitsgrad des Vergehens entsprach. Das gilt auch für die Ehrenstrafen, die dem Delinquenten zgedacht waren. Damit solche Sanktionen ihre volle Wirkung entfalten können, ist die Wahrnehmung in der Öffentlichkeit eine entscheidende Voraussetzung. Mit Blick auf Tendrich fallen zunächst zwei publizitätswirksame Steuerungselemente ins Auge, die Ortswahl und der Glockenklang.

Zunächst zu den Örtlichkeiten. In Übereinstimmung mit der Prozessordnung von 1453 erfolgte die Urteilsverkündung auf dem Perlachplatz vor dem Rathaus. Doch wären in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts zumindest noch zwei andere Orte als Richtstätten *infra muros* in Frage gekommen, und zwar hätte das Urteil auch auf dem nahe gelegenen Fischmarkt oder in der Nähe des Gögginger Tores vollstreckt werden können.<sup>170)</sup> Die Entscheidung zugunsten des Perlachplatzes ist leicht nachvollziehbar. Dem Geschehen sollte so größtmögliche Publizität verschafft werden. Hinzu kam die Nähe zum Rathaus und damit zu einem öffentlichen Ort im Sinne von Allgemeinheit und Herrschaft.<sup>171)</sup> So erübrigte sich eine längere Prozession zur Richtstätte wie im Falle des Ulrich Schwarz,<sup>172)</sup> die allerdings die Publizität des Geschehens noch erhöht und dem den Weg säumenden Publikum ein Schauspiel religiöser Bekehrung und Buße geboten hätte.<sup>173)</sup> Beachtung verdient ferner das Läuten der Sturmglocke. Sie gab Tendrich als schädlichen Mann und Dieb zu erkennen.<sup>174)</sup> Der Einsatz eines solchen akustischen Signals war nicht ungewöhnlich.<sup>175)</sup> So wurden in Augsburg am St. Gallus-Tag schädliche

akademischer Eliten des 14. bis 16. Jahrhunderts, hg. von Rainer Christoph SCHWINGES (Zeitschrift für historische Forschung, Beiheft 18), Berlin 1996, S. 477–503.

170) Helmut SCHUMANN, Der Scharfrichter. Seine Gestalt – seine Funktion, Kempten 1964, S. 52f.; Walter PÖTZL, Hochgerichte im schwäbischen Umfeld der Reichsstadt Augsburg, in: Walter PÖTZL, Mörder, Räuber, Hexen. Kriminalgeschichte des Mittelalters und der Frühen Neuzeit. Mit Beiträgen von Reinhard Heydenreuter und Alexandra Kohlberger (Beiträge zur Heimatkunde des Landkreises Augsburg 20), Augsburg 2005, S. 105–137, S. 107. – Als Faktoren kommen hier das Delikt, die Strafe und der Stand des Delinquenten in Betracht. Dazu vgl. (allgemein) Andrea ZORZI, La politique criminelle en Italie (XIIIe–XVIIe siècles), in: Crime, Histoire & Sociétés 2 (1998), S. 91–110, S. 96.

171) Wolfgang BAER, Zur historischen Funktion des Augsburger Rathauses während der reichsstädtischen Zeit, in: Elias Holl und das Augsburger Rathaus. Eine Ausstellung der Stadt Augsburg, Stadtarhiv, Regensburg 1985, S. 73–77.

172) PANZER, Ulrich Schwarz (wie Anm. 144), S. 63f.

173) Siehe Anm. 231.

174) Chronik des Burkard Zink (wie Anm. 142), Buch IV, S. 283 Z. 5–7; Chronik von der Gründung der Stadt Augsburg (wie Anm. 150), S. 329 Z. 24–31.

175) Zu den einschlägigen Bestimmungen des Stadtbuchs siehe Anm. 55.

Leute zum Geläut der Sturmglocke der Stadt verwiesen.<sup>176)</sup> Außerhalb Augsburgs finden sich ähnliche Vorschriften über das Läuten bei Urteilsverkündungen, so etwa in Isny (1445).<sup>177)</sup>

Ein zweiter Punkt betrifft das Wissen bzw. Unwissen der Öffentlichkeit. Das Verfahren gegen Tendrich vermittelt ein klares Bild. Der Rat hielt den Entscheidungsprozess geheim und gewann so politische Handlungsspielräume, die ihm gegebenenfalls ungewöhnliche Entscheidungen erlaubten.<sup>178)</sup> Allerdings lag zwischen Verhaftung, Urteilsverkündung und Vollstreckung wenig Zeit.<sup>179)</sup> Zudem erfuhren die Bürger vor der Vollstreckung die Hintergründe der Strafe, da ein Urfehdebrief bzw. ein Verruf, d. h. eine Auflistung der Vergehen des Malefikanten, verlesen wurde.

Bemerkenswert ist vor allem jedoch ein dritter Punkt, und zwar die Bestimmung am Schluss von Tendrichs Urfehdebrief: Er soll lebenslang allen Augsburger Bürgern *reichen und armen, frawen und mannen, jung und alten zu ainem spiegel und ebenbilde* sein.<sup>180)</sup> Burkhard Zink bemerkt nach der Schilderung der Urteilsvollstreckung: *o herr lebendiger gott tail uns dein götlich gnad mit und behüet uns vor götlichen sünden und vor weltlichen schanden, amen.*<sup>181)</sup> Die Bemerkung im Urfehdebrief und Zinks Kommentar

176) Zum Läuten der Sturmglocke beim Austrieb der sog. Gallusleute (16. Okt.) in Augsburg vgl. Adolf BUFF, Verbrecher und Verbrechen zu Augsburg in der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts, in: Zeitschrift des historischen Vereins für Schwaben und Neuburg 4 (1878), S. 160–231, S. 200. Ferner vgl. Hans VON HENTIG, Die Strafe, Bd. 1: Frühformen und kulturgeschichtliche Zusammenhänge, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1954, S. 99f.; Karin SCHNEIDER-FERBER, Das Achtbuch als Spiegel für städtische Konfliktsituationen? Kriminalität in Augsburg (ca. 1348–1378), in: Zeitschrift des historischen Vereins für Schwaben 86 (1993), S. 45–114, S. 81–84. Zum Stadtverbot allgemein vgl. ebd., S. 54f., S. 65–84; Carl A. HOFFMANN, Der Stadtverweis als Sanktionsmittel in der Reichsstadt Augsburg zu Beginn der Neuzeit, in: Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung (Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas 2), Köln/Weimar/Wien 1999, S. 193–237; Dietmar WILLOWEIT, Stadtverweisungen als Zeugnisse städtischen Selbstverständnisses im Mittelalter, in: Was machte im Mittelalter zur Stadt? Selbstverständnis, Außensicht und Erscheinungsbilder mittelalterlicher Städte, hg. von Kurt-Ulrich JÄSCHKE/Christhard SCHRENK (Quellen und Forschungen zur Geschichte der Stadt Heilbronn 18), Heilbronn 2007, S. 271–283. Zu akustischen Signalen bei Stadtverweisungen vgl. auch Johann Carl Heinrich DREYER, Antiquarische Anmerkungen über einige in dem mittlern Zeitalter in Teutschland und im Norden üblich gewesene Lebens- Leibes- und Ehrenstrafen, Lübeck 1792, S. 119 Anm. 10 (weitere Belege).

177) LIPPERT, Glockenläuten als Rechtsbrauch (wie Anm. 55), S. 31. Für Italien vgl. Richard BAUMGART, Die Entwicklung der Schuldhaft im italienischen Recht des Mittelalters (Zivilrechtliche Forschungen 9), Leipzig 1914, S. 474.

178) Ähnlich verhielt es sich im Fall der Gebrüder Vittel 1474 und des Bürgermeisters Ulrich Schwarz 1478. Vgl. Anm. 143.

179) Im Falle Tendrich waren es zwei Wochen, in der Causa Hans Vittel vier, und in der Sache Ulrich Schwarz acht Tage.

180) Chronik des Burkard Zink (wie Anm. 142), Buch IV, S. 283 Anm. 2.

181) Ebd., S. 284 Z. 6–7. Was unter *götlichen sünden* zu verstehen ist, bleibt unklar. Schmidt sieht hier eine Parallelisierung mit *weltlichen schanden*, die gleich schwer zu wiegen scheinen und womöglich

geben Aufschluss über den Zweck der Sanktion und ihre tatsächliche Wirkung.<sup>182)</sup> Beabsichtigt war offenbar ein erzieherischer Effekt. Die an Tendrich vollzogene Strafe zielte auf Besserung, allerdings nicht (in erster Linie) des Übeltäters, sondern der Bürger von Augsburg. Erreicht werden sollte dieses Ziel durch eine abschreckende Wirkung, die in Zinks Bemerkung zum Ausdruck kommt. Tendrich hatte ob seines Fehlverhaltens weltliche Schande erlitten, und der Chronist kann nur Gott bitten, dass ihm und anderen ein solches Schicksal erspart bleibt.

Aufschlussreich ist das Geschehen weniger in Hinblick auf den Delinquenten. Sicher hätte ein lebenslanges Stadtverbot viel näher gelegen.<sup>183)</sup> Doch mag die Sanktion auf die Absprachen zwischen dem Rat und Tendrich zurückzuführen sein. Ungleich interessanter ist die am Täter vollzogene Strafe jedoch in Hinblick auf die Funktion städtischer Öffentlichkeit.

#### *(4.2) Strafe als exemplum: Zur Rolle der Abschreckung in spätmittelalterlicher Theorie und Praxis*

Die Vorstellung, dass Strafe abschrecken soll und ihr Vollzug auf dieses Ziel hin anzulegen ist, mutet zunächst überzeitlich und insofern naheliegend an. Allerdings wird dieser Gedanke in der Literatur mitunter erst der Neuzeit zugeordnet.<sup>184)</sup> Im einen wie im an-

beide das Vergehen gegen die Stadt Augsburg betreffen. Tendrichs Verhalten wäre dementsprechend als eine »politische Sünde« (Schmidt) gewertet worden. Vgl. Heinrich SCHMIDT, Die deutschen Städtechroniken als Spiegel des bürgerlichen Selbstverständnisses im Spätmittelalter (Schriftenreihe der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften 3), Göttingen 1958, S. 88f. (hier: S. 89; vgl. auch ebd., S. 82 Anm. 126). Möglicherweise bezeichnet der Ausdruck *götlichen sünden* die Todsünden. So schließt eine zeitgenössische Margaretenlegende mit den Worten: *Nu süllen wir die heiligen junckfrowen pitten, das sie uns umm gott erwerb, das wir behüt werden vor tötlichen sünden und vor weltlichen schanden* [...]. Vgl. Die Legende der heiligen Margarete. Altfranzösisch und deutsch hg. von Wilhelm Ludwig HOLLAND, Hannover 1863, S. 31. Ferner vgl. Pseudo-Engelhart von Ebrach, Das Buch der Vollkommenheit, hg. von Karin SCHNEIDER (Deutsche Texte des Mittelalters 86), Berlin 2006, Nr. 51 Z. 4–5, S. 30.

182) WEBER, *Geschichtsschreibung* (wie Anm. 142), S. 235f.; ROGGE, *Ehrverletzungen* (wie Anm. 163), S. 137.

183) WEBER, *Geschichtsschreibung* (wie Anm. 142), S. 229; ROGGE, *Ehrverletzungen* (wie Anm. 163), S. 136.

184) Wolfgang SCHILD, Art. »Strafe, Strafrecht, C, I. Deutsches Recht«, in: *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 8, München 1998, Sp. 198–201, Sp. 200. Auch Richard van Dülmen scheint hier ein neuzeitliches Phänomen zu sehen, doch geht er in dem Kapitel (VI) »Hinrichtungsrituale: Von der Reinigung zur Abschreckung«, in: *Theater des Schreckens. Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit*, München 1995, S. 121–144 nicht näher auf Mittel und Zweck der Abschreckung ein. Ferner vgl. Hinrich RÜPING/Günter JEROUSCHEK, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte* (Schriftenreihe der Juristischen Schulung 73), München 2007, S. 81ff.; SCHUBERT, *Räuber* (wie Anm. 135), S. 112–120.

deren Fall wäre das Geschehen aus Sicht des 15. Jahrhunderts nicht weiter bemerkenswert. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass es sich anders verhält und hier allgemeine Rechtsentwicklungen fassbar werden. Um diese zu verstehen, bedarf es zunächst eines Blickes in die entferntere Vergangenheit.

Schon im römischen Recht der Spätantike finden sich einige auch für das Spätmittelalter wichtige Belege für die Vorstellung, Strafe richte sich nicht nur gegen den Delinquenten, sondern ziele auch auf die Allgemeinheit, insofern die abschreckende Wirkung des (öffentlichen) Strafvollzugs mögliche Täter von Vergehen abhalten könnte.<sup>185)</sup> Ähnliche Auffassungen sind auch in der philosophischen und rhetorischen Tradition der lateinischen Antike präsent.<sup>186)</sup> Über solche allgemeinen Vorstellungen hinaus stößt man in der juristischen wie in der nichtjuristischen Literatur auf den Gedanken, zu einer wirksamen Abschreckung bedürfe es einer möglichst publikumswirksamen Hinrichtung.<sup>187)</sup> Zentrale Bedeutung kam dabei der Vorstellung der *poena unius metus multorum* zu,<sup>188)</sup> die durch das *exemplum*, d. h. durch eine exemplarische Bestrafung wirkt.

Mit dem Ausgang der Antike verschwand diese Lehre allmählich, wenngleich sich vor allem im Westgotenreich noch eine Zeit lang Belege für den Abschreckungsgedanken finden. So sieht etwa Isidor von Sevilla den Zweck menschlicher Gesetze (*leges*) darin, dass durch die Angst vor ihnen bzw. ihren Sanktionen der menschliche Übermut (*auda-*

185) So z. B. Dig. 16.3.31 pr. (*ut exemplo alii ad deterrenda maleficia sit*); Dig. 48.19.6.1 (*ut exemplo deterriti minus delinquant*); Cod. 4.55.4.1 (*exsecrabile delictum in exemplum capitali poena vindicabit*); Cod. 9.27.1 (*Ut unius poena metus possit esse multorum*). Vgl. Michel HUMBERT, La peine au droit romain, in: La peine / Punishment, Bd. 1 (Recueils de la Société Jean Bodin 55,1), Brüssel 1991, S. 133–183, S. 149–154; Andreas WACKE, Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen, in: Andreas WACKE, Unius poena – metus multorum. Abhandlungen zum römischen Strafrecht (Antiqua 96), Neapel 2008, S. 195–263, S. 206–228.

186) L. Annaeus Seneca, Dialogorum liber III–V. Ad notatum de ira liber I–III, in: L. Annaeus Seneca, Opera quae supersunt, Bd. 1,1, hg. von Emil HERMES (Bibliotheca scriptorum graecorum et romanorum Teubneriana), Leipzig 1905, S. 46–150, Lib. III cap. XIX, S. 128f. Ferner vgl. Augustinus, De civitate dei, libri XI–XXII, hg. von B. DOMBARDT/A. KALB (Corpus christianorum series latina 48), Turnhout 1955, Lib. XIX cap. XVI, S. 683.

187) Dig. 48.19.28.15: *Famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos compluribus placuit, ut et conspectu deterreantur alii ab isdem facinoribus et solacio sit cognatis et adfimbis interemptorum eodem loco poena reddita, in quo latrones homicidia fecissent: nonnulli etiam ad bestias hos damnaverunt*. Dig. 49.16.6.3: *Qui in acie prior fugam fecit, spectantibus militibus propter exemplum capite puniendus est*. M. Fabius Quintilianus, Declamationes minores, hg. von D. R. SHACKLETON BAILEY (Bibliotheca scriptorium graecorum et romanorum Teubneriana), Stuttgart 1989, 274,13, S. 111: [...] *Quotiens noxios cruci figimus, celeberrimae eliguntur viae, ubi plurimi intueri, plurimi commoveri hoc metu possint. Omnis enim poena non tam ad delictum pertinet, quam ad exemplum*. Vgl. Richard A. BAUMANN, Crime and Punishment in Ancient Rome, London/New York 1996, S. 156–159.

188) CTh 9.27.3; Cod. 9.27.1.

cia) im Zaum gehalten wird.<sup>189)</sup> Aufgrund des großen Einflusses der *Etymologiae* blieb diese Theorie bis zum 12. Jahrhundert zumindest in bescheidenem Umfang präsent.<sup>190)</sup> Insgesamt jedoch sind die literarischen Spuren der Vorstellung, wonach (peinliche) Strafe der Abschreckung dient, für die zweite Hälfte des ersten Jahrtausends recht überschaubar.<sup>191)</sup> Das Gleiche gilt für praktische Erwägungen, wie sich unter solchen Vorzeichen der Vollzug gestalten soll.<sup>192)</sup>

Das Bild ändert sich seit dem 12. Jahrhundert mit der sog. Renaissance der (Rechts-) Wissenschaften.<sup>193)</sup> Das gilt weniger für die Legistik, spielte doch für die Glossatoren das römische Strafrecht im Vergleich zum Zivilrecht bestenfalls eine untergeordnete Rolle.<sup>194)</sup> Eher waren es schon die wenigen Kriminalisten, die in der Nachfolge des Albertus Gandinus (gest. nach 1310) den römischrechtlichen Gedanken der *poena unius metus multorum* aufgriffen und sich in ihren Schriften darauf beriefen.<sup>195)</sup> Ungleich wichtiger

189) Isidorus Hispalensis episcopus, *Etymologiarum sive originum libri XX*, hg. von W. M. LINDSAY, Oxford 1911, II,10,5 (= V,20): *Factae sunt autem leges, ut earum metu humana coherceatur audacia, utaque sit inter improbos innocentia, et in ipsis improbiis [inpiis] formidato supplicio refrenetur nocendi facultas*. Vgl. *Lex Visigothorum* I,2,5, hg. von Karl ZEUMER (MGH LL nat. Germ. 1), Hannover/Leipzig 1902, S. 41.

190) Für Gratians Dekret (und seine Quellen) vgl. D.4 pr.–c.1

191) So z. B. *Lex Visigothorum* III,3,4; VI,4,3 (Chindasvinth) (wie Anm. 189), S. 141 Z. 18, S. 264 Z. 18–19. Vgl. Wilhelm Eduard WILDA, *Das Strafrecht der Germanen* (Geschichte des deutschen Strafrechts 1), Halle 1842, S. 488; BRUNNER/VON SCHWERIN, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 2 (wie Anm. 44), S. 766 Anm. 11.

192) *Lex Visigothorum* VII,4,7 (Antiqua) (wie Anm. 189), S. 302: *Iudex, quotiens occisurus est reum, non in secretis aut in absconsis locis, sed in conventu publice exerceat disciplinam*. An zahlreichen Stellen der westgotischen Gesetze findet sich zudem der Hinweis, der Vollzug bestimmter peinlicher Strafen (z. B. des Auspeitschens) habe *publice* zu geschehen.

193) Stephan KUTTNER, *The Revival of Jurisprudence*, in: *Renaissance and Renewal in the Twelfth Century*, hg. von Robert L. BENSON/Giles CONSTABLE, Cambridge MA 1982, S. 299–323 (ND Stephan KUTTNER, *Studies in the History of Medieval Canon Law* [Collected studies series 325], Aldershot 1990, III und S. 5–7 [Retractiones]); Ennio CORTESE, *Il rinascimento giuridico medievale*, Rom<sup>2</sup> 1996; Diego QUAGLIONI, *Introduzione. La rinnovazione del diritto*, in: *Il secolo XII: la «renovatio» dell'Europa cristiana*, hg. von Giles CONSTABLE/Giorgio CRACCO u. a. (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni 62), Bologna 2003, S. 17–34.

194) Für einen Beleg vgl. z. B. Carolus de Tocco, *Lectura in Codicem, Cod. 2.11(12), ex quibus causis infamia irrogatur* (Paris BN lat. 4546 fol. 26va – 27rb), in: Francesco MIGLIORIONO, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania 1985, S. 229–239, hier: cap. 3, S. 231 Z. 12–16.

195) Hermann KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, Bd. 2: *Albertus Gandinus, Tractatus de maleficiis*, hg. von Hermann KANTOROWICZ, Berlin/Leipzig 1926: *Utrum pena posit augeri vel minui.*, S. 348 Z. 1–4. Angelus Aretinus, *De maeleficiis tractatus*, Venedig 1598: *Vsque ad locum iustitia consuetum n.1, fol. 244rb: Sed aduertas quod aliquando in loco commissi delicti fit executio ad maiorem exaggerationem, vnde ante domum in qua furtum commissum est, furcae aliquando eriguntur, et ita semel obseruari feci cum casus occurreret Perusii, vel in loco vbi hominem interfecit, decapiatur [...] Et etiam est ratio, ut ibi puniatur vbi deliquit, vt caeteris sit exemplum [...].* Paulus Gril-

– gerade für den Raum nördlich der Alpen – waren jedoch das Kirchenrecht und die Kanonistik. Dass man Sünder vor der Kirchengemeinde zurechtweisen soll, damit andere von der Sünde abgehalten werden, ist ein Gedanke, der sich bereits im Neuen Testament findet und die Ausbildung der öffentlichen Buße in der alten Kirche gefördert hat.<sup>196)</sup> Damit in enger Verbindung steht der Begriff des *scandalum*, der das kirchliche Rechtsdenken von säkularen Vorstellungen des Mittelalters unterscheidet: Die offene, für alle sichtbar begangene Sünde wiegt ungleich schwerer als die heimlich begangene, weil sie Anstoß (*scandalum*)<sup>197)</sup> oder Ärgernis verursacht.<sup>198)</sup> Entscheidend ist hier der Gedanke des *exemplum*, durch das jemand einen anderen zur Sünde verleitet. Die zu Beginn des 16. Jahrhunderts verfasste *Summa Sylvestrina* spricht das deutlich aus.<sup>199)</sup> Abgesehen von diesen allgemeinen Leitvorstellungen spielte die Lehre von der Abschre-

landi, *De relaxatione carcerorum tractatus*, in: *Tractatus diversi super maleficiis*, Venedig 1560, S. 579–624, *De sententiae et poenarum executionem* [sic] n. 3, S. 580: *Quia executio poenarum corporalium debet esse publica, et in locis publicis fieri, et non in carceribus, ut unius exemplo ceteri pertinescant, et unius poena sit metus multorum* [...].

196) 1 Tim 5,20: *peccantes coram omnibus argue ut ceteri timorem habeant*. Vgl. Lv 19,17. Das betreffende Schriftwort (1 Tim 5,20) findet sich auch im *Decretum Gratiani*. Vgl. D. 45 c.17 (vgl. C.9 q.3 c.6; C.10 q.1 c.13). Ferner vgl. Thomas Aquinas, *Summa Theologiae* (Opera omnia iussu Leonis XIII P. M. edita 8), Rom 1895, IIa IIae q.33 art.7 resp., S. 269; Guido DE BAISIO (Archidiaconus), *Rosarium sive Ennarrationes super Decreto*, Lyon 1559 (ND Frankfurt a. M. 2008) (Ius commune. Rechtstradition der Europäischen Länder. Kanonistische Literatur 7) ad C.2 q.1 c.19, n. 14, fol. 134r. Zur öffentlichen Kirchenbuße vgl. Anm. 34.

197) C.18 q.2 c.21 (*scandalum id est offendiculum*).

198) Mt 18,7: *Vae mundo ab scandalis necesse est enim ut veniant scandala verumtamen vae homini per quem scandalum venit*. Zum *scandalum* vgl. Angelus CUPETIOLUS, *Theologia moralis et contemplativa S. Aurelii Augustini* 3, Venedig 1741, s. v. *scandalum*, Sp. 834–838; Thomas Aquinas, *Summa Theologiae* (wie Anm. 196), IIa IIae q.43 art.1 arg.1, S. 322: *Videtur quod scandalum inconuenienter definitur esse dictum vel factum minus rectum praebens occasionem ruinae*. Raimundus de Pennaforte, *Summa de paenitentia*, hg. von Xaverio OCHOA und Aloisio DIEZ (Universa bibliotheca iuris I, B), Rom 1976, Lib. III tit. XXX (*De scandalo*), cap. 1, Sp. 700–701: *Scandalum est dictum, vel factum, vel signum, cuius occasione, trahitur quis in consensum mortalis peccati*. [...] *Patet iam ex dictis quid sit scandalizare proximum, quia nihil aliud est quam offendere proximum, provocando eum in consensum mortalis peccati, occasione dicti, vel facti, vel cuiuscumque exterioris signi*. Für eingehendere Erörterungen und eine umfangreiche Kasuistik aus spätmittelalterlicher Sicht vgl. Raynerius de Pisis, *Pantheologia*, hg. von Jean NICOLAI, Lyon 1670, s. v. *De scandalo*, S. 555–559; Felinus Sandeus, *Commentaria in decretalium libros V*, Bd. 3, Basel 1567, ad X 2.26.2, n. 2, Sp. 180–182; Johann Altenstaig, *Vocabularius theologie*, Hagenau 1517, s. v. *scandalum*, fol. CCXXVIIvb–CCXXVIIIrb. Ferner vgl. VON MOOS, *Das Öffentliche* (wie Anm. 14), S. 160ff.; Capucine NEMO-PEKELMAN, *Scandale et vérité dans la doctrine canonique médiévale (XIIe–XIIIe siècles)*, in: *Revue historique de droit français et étranger* 85 (2007), S. 491–504.

199) Sylvester Prierias, *Summa Sylvestrina quae summa summarum merito nuncupatur*, Bd. 2, Antwerpen 1581, s. v. *scandalum*, n. 1, S. 329b: [...] *inquantum scilicet aliquis sua admonitione vel inductione aut exemplo trahit alterum ad peccandum: quod proprie dicitur scandalum*. Zum Verfasser vgl. Michael TAVUZZI, Prierias. The life and works of Silvestro Mazzolini da Prierio, 1456–1527 (Duke monographs in medieval and renaissance studies 16), Durham/London 1997.

ckung durch Strafe vor allem in der mit dem *Decretum Gratiani* rasch aufblühenden Kanonistik eine wichtige Rolle.<sup>200)</sup> Theologen wie Thomas von Aquin behandelten das Thema ebenfalls verschiedentlich.<sup>201)</sup>

Betrachtet man die weltlichen Rechtsquellen, so fällt auf, dass die Belege für einen der peinlichen Strafe zugeschriebenen Abschreckungseffekt im deutschsprachigen Raum seit dem Mainzer Reichslandfrieden von 1235 schnell zunehmen.<sup>202)</sup> Wahrscheinlich waren die entsprechenden Vorstellungen, die in Italien schon etwas früher greifbar werden, zu dieser Zeit bereits über die Alpen gewandert.<sup>203)</sup> Auch von daher muss die Präsenz des Gedankenguts in der deutschen halbgelehrten Rechtsliteratur nicht verwundern, wenn man etwa an das 1328 vollendete Rechtsbuch Ruprechts von Freising,<sup>204)</sup> die zwischen

200) Richard M. FRAHER, Preventing Crime in the High Middle Ages: The Medieval Lawyers' Search for Deterrence, in: Popes, Teachers, and Canon Law in the Middle Ages, hg. von James ROSS SWEENEY/Stanley CHODOROW, Ithaca/London 1989, S. 212–233; René PAHUD DE MORTANGES, Strafzwecke bei Gratian und den Dekretisten, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung 78 (1992), S. 121–158, S. 134ff., S. 140ff.; KÉRY, Gottesfurcht (wie Anm. 35), S. 265ff., S. 323–326. Für die kanonische Prozessliteratur vgl. Wilhelm Durantis (Guillaume Durand), *Speculum iudiciale* 2 (pars III et IV), Basel 1574 (ND Aalen 1975) Lib. III part. I (*De accusatione*), § 2, n. 1 a, S. 9.

201) Thomas Aquinas, *Summa Theologiae* (Opera omnia iussu edita Leonis XIII P. M., Bd. 7), Rom 1892, Ia IIae q. 87 art. 3 ad 2, S. 124; ebd. (Opera omnia iussu edita Leonis XIII P. M., Bd. 9), Rom 1907, IIa IIae q. 108 art. 3, S. 412f.; Thomas Aquinas, *Summa contra gentiles* (Opera omnia iussu edita Leonis XIII P. M., Bd. 14), Rom 1926, lib. 3 cap. 145, S. 430. Zur Todesstrafe bei Thomas von Aquin vgl. X. BASLER, Thomas von Aquin und die Begründung der Todesstrafe, in: *Divus Thomas* 9 (1931), S. 69–90, 173–202; Brian CALVERT, Aquinas on Punishment and the Death Penalty, in: *The American Journal of Jurisprudence* 37 (1992), S. 259–281. Zur Vorstellung *poena unius metus multorum* vgl. auch Antoninus Florentinus, *Summa sacrae theologiae, iuris pontificii et caesarei, Pars prima* (Bd. 1), Venedig 1582, tit. IV, cap. XIII § 4, fol. 112va.

202) Marian Lech KLEMENTOWSKI, Die Entstehung der Grundsätze der strafrechtlichen Verantwortlichkeit und der öffentlichen Strafe im deutschen Reich bis zum 14. Jahrhundert, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* 113 (1996), S. 217–246, S. 240ff. Ferner vgl. *Pax per provinciam Silesiae constituta, a. 1277 ex. – 1278*, in: *MGH Legum Sectio IV: Constitutiones et acta publica imperatorum et regum* 3, hg. von Jakob SCHWALM, Hannover/Leipzig 1904–1906, S. 601–604, Nr. 626, cap. 1, S. 602 Z. 7–10. Für das 12. Jahrhundert (*MGH DD regum et imp. Germ.* 10,1, 1975, Nr. 44 [9. Jan. 1153]) vgl. Ernst-Dieter HEHL, Terror als Herrschaftsmittel des früh- und hochmittelalterlichen Königs, in: *Das Mittelalter* 12 (2007), S. 11–23, S. 21f.

203) Die Konstitutionen Friedrichs II. von Hohenstaufen für sein Königreich Sizilien, hg. und übers. von Hermann CONRAD/Thea von DER LIECK-BUYKEN/Wolfgang WAGNER (*Studien und Quellen zur Welt Kaiser Friedrichs II.* 2), Köln/Wien 1973, Lib. I tit. I, S. 8 Z. 7 (*ut vivi in conspectu populi comburantur*), Lib. III, tit. 51, S. 314 Z. 21–22 (*in sui poenam et aliorum exemplum [...] publice fustigetur*).

204) Das Rechtsbuch Ruprechts von Freising (1328), hg. von Hermann KNAPP, Leipzig 1916, Art. 32, S. 40: *ez mag wol der richter und di purger denselben mortleichen man vermauren zuo einem weg und heizzen vermiden in ein pantzier und im heizzen daz waffen an den hals benggen, domit er vater oder muoter erslagen hat; also daz es maencheleich gesehen müg der werlt ze einer pezzierung, das man sich fürbas huett vor vater und vor muoter*. Vgl. Maria Theresia WÜSTENDÖRFER, *Das baierische Strafrecht des 13. und 14. Jahrhunderts*, jur. Diss., München 1942, S. 108f.

1325 und 1333 entstandene Sachsenspiegelglosse des Johann von Buch<sup>205)</sup> oder an die ebenfalls aus dem 14. Jahrhundert stammende Glosse zum Sächsischen Weichbild<sup>206)</sup> denkt. Als relativ späten Beleg für solche Einflüsse auf regionaler Ebene wird man die Bambergische Halsgerichtsordnung von 1507 sehen dürfen, deren Schöpfer, der Freiherr von Schwarzenberg, mehr als zwei Jahrzehnte später die *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 entwarf.<sup>207)</sup> In diesem Gesetzbuch Karls V. ist der Abschreckungsgedanke ebenfalls fassbar.<sup>208)</sup>

Eine ähnliche Entwicklung wie in Deutschlands lässt sich für Frankreich beobachten.<sup>209)</sup> Hier ist neben der Kanonistik und der Legistik gleichfalls eine zweite Quelle des

205) Bernd KANNOWSKI, Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts durch die Buch'sche Glosse (MGH Schriften 56), Hannover 2007, S. 403–406.

206) Das sächsische Weichbildrecht. *Jus municipale saxonum*, hg. von A. VON DANIELS/Fr. VON GRUBEN (Rechtsdenkmäler des deutschen Mittelalters 1), Berlin 1857/1858, Glosse Articulus XXXVIII. Von heimsuchunge., Sp. 341: *Unde darumme so henget man die dybe, Ssp. 2, 13 Nu vornemet §. 1 v. den diep sal man hengen, und man begrebit sy sleden; darumme das man andere do mete irschrecke, ut J. 1, 2 de jure naturali, gentium et civili §. 6. Plane ex his*. Vgl. Johannes Gottfried ULLMANN, Das Strafrecht der Städte der Mark Meissen, der Oberlausitz, des Pleissner-, Oster- und Vogtlandes während des Mittelalters (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien 34), Leipzig 1928, S. 19ff.

207) So sieht die *Constitutio Criminalis Bambergensis* im Falle von Frauen, die ihr Kind getötet haben, grausamere Formen der Hinrichtung (z. B. lebendig begraben, pfählen) vor, wenn solche Vergehen an einem Ort häufiger vorkommen, *vmb merer forcht willen soelcher bosschafftiger weyber*. Vgl. Die Bambergische Halsgerichtsordnung, hg. von Josef KOHLER/Willy SCHEEL (Die Carolina und ihre Vorgängerinnen. Text, Erläuterung, Geschichte 2), Halle 1902 (ND Aalen 1968), Art. 156, S. 63 sowie Emil BRUNNENMEISTER, Die Quellen der Bambergensis. Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Strafrechts, Leipzig 1879 (ND Boston MA 2004), S. 251 Anm. 2 (unter Hinweis auf Albertus Gandinus, vgl. Anm. 195). Ausdrücklich auf die römische Vorstellung vom *exemplum* des Strafvollzuges wird im sog. *Correctorium* zur Bambergensis eingegangen, das zusätzliches erläuterndes Material zu einzelnen Bestimmungen oder längeren Abschnitten bietet. Hier findet sich die folgende von 1520 datierende Notiz des Eucharius Stainmetz Doctor, der in Bologna studiert hatte und seit 1520 in den Diensten des Würzburger Domkapitels stand: *vnd ist nit vnbillich, nach gestalt der vbelthat die Straf zu scherpfen oder zu mildern: Multis enim grassantibus et delinquentibus opus est exemplo, ff. de penis l. aut facta § 5, ut pena unius sit metus multorum, damit anndere ein Beispil nehmen vnd forcht gewinnen, Sich von solchem vbel zu enthalten*. Vgl. Die Bambergische Halsgerichtsordnung (ebd.), S. 128.

208) Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. *Constitutio Criminalis Carolina* (Die Carolina und ihre Vorgängerinnen, Bd. 1), hg. von Josef KOHLER/Willy SCHEEL, Halle a. d. S. 1900, z. B. Art. 130–131, 137, S. 67ff., S. 71. Vgl. Julius Friedrich Heinrich ABEGG, Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte, Neustadt a. d. O. 1835 (ND Frankfurt a. M. 1969), S. 122ff.; Johannes NAGLER, Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung 1, Leipzig 1918 (ND Aalen 1970), S. 197–200.

209) Philippe de BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, Bd. 1, hg. von Am. SALMON, Paris 1899, cap. XXX, S. 446: *Bonne chose est que l'en queure au devant des maufeteurs et qu'il soient si radement puni et justicié selonc les mesfès que, pour la doute de la justice, li autres en prengnent essample si qu'il se gardent de mesfere*. Vgl. Claude GAUVARD, Justification and Theory of the Death Penalty at the Parliament of Paris in the Late Middle Ages, in: War, Government and Power in Late Medieval France, hg. von

Abschreckungsgedankens erkennbar, und zwar die theologisch-philosophische Literatur, die mit den Vorstellungen des gelehrten Rechts eine Verbindung eingegangen ist. Auf eine solche Synthese verweisen etwa Bemerkungen des Jean Boutillier (um 1340–1395) in seiner *Somme rurale*, wenn sich der Verfasser zur Begründung der entsprechenden Praxis auf Aristoteles bezieht, oder Überlegungen der Christine de Pisan (1365–1429/30) in ihrem *Livre de Paix*.<sup>210)</sup>

Betrachtet man schließlich die Stadtrechte, so lassen sich seit dem 15. Jahrhundert mehr oder weniger ausführliche Hinweise auf die abschreckende Wirkung von Strafen und wie man sie erreichen kann, nachweisen. Genannt seien hier etwa Hamburg,<sup>211)</sup>

Christopher ALLMAND, Liverpool 2000, S. 190–208, S. 199ff.; Claude GAUVARD, La peine de mort en France à la fin du Moyen Âge: esquisse d'un bilan, in: Le Pouvoir au Moyen Âge. Idéologies, Pratiques, Représentations, hg. von Claude CAROZZI/Huguette TAVIANI-CAROZZI (Collection »Le temps de l'histoire«), Aix-en-Provence 2005, S. 71–84, S. 78ff. Ferner vgl. Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine antérieures au XVI<sup>e</sup> siècle, Bd. 4, hg. von C.-J. BEAUTEPS-BEAUPRÉ, Paris 1883, n. 404, S. 308: *Juge doit savoir que malfaicteur se doit pugnir pour quatre causes: Primo, pour ses forfaiz; 2° pour mettre en crainte et donner exemple aux autres de non mal faire; 3° pour oster lesdiz mauvais de la communauté des bons ad ce qu'ilz ne les empirent; 4° pour obvier aux maulx qu'ilz pourroient encore faire s'ilz eschapoient. [...]*.

210) Jean Bouteiller [Boutillier], Somme rural, ou le Grand Coustumier general de pratique civil et canon, hg. von Louys CHARONDAS LE CARON, Paris 1626, Lib. 1 tit. 1, S. 2: *Ce que pratique enseigne aux Sages, afin qu'ils scachent et puissent conseiller la ville, et le peuple en loy tenir et garder, et justice faire. Car le sage dict, qu'en vain feroit loy en ville ou cité, s'il n'estoit aucun en icelle qui la sceust tenir et garder, et la faire mettre à execution.* Christine de PIZAN, The Book of Peace, hg. und übers. von Karen GREEN/Constant J. MEWS/Janice PINDER/Tania VAN HEMELRYCK, University Park 2008, S. 237 (II,5): *[...] l'une car les mauvais n'oseront persecuter les bons pour ce qu'ilz saront bien que ta droituriere justice les pugnoit; l'autre que nul n'ara envie de devenir mauvais quant chascun sara que tu soies le pugnisseur d'iceulx. Si aront cause d'eulx amender et par ainsi convendra estre paix entre les tiens, laquelle chose est la gloire et augmentation de toute royaume, si que dit est.* Vgl. Claude GAUVARD, Pendre et dépendre à la fin du Moyen Âge: Les exigences d'un rituel judiciaire, in: Riti e rituali nelle società medievali, hg. von Jacques CHIFFOLEAU/Lauro MARTINES/Agostino PARAVICINI BAGLIANI, Spoleto 1994, S. 191–211, S. 199; Claude GAUVARD, Les humanistes et la justice sous le règne de Charles VI, in: Pratiques de la culture écrite en France au XV<sup>e</sup> siècle, hg. von Monique ORNATO/Nicole PONS (Fédération Internationale des Instituts d'Études Médiévales. Textes et Études du Moyen Âge 2), Louvain-la-Neuve 1995, S. 217–244, S. 217ff.

211) So lautet das Spruchband einer Miniatur (O: *Van pynliken saken dat hogeste belangende*) des Hamburger Stadtrechts von 1497: *peccantes coram omnibus argue, ut ceteri timorem habeant.* Vgl. Beate BINDER, Illustriertes Recht. Die Miniaturen des Hamburger Stadtrechts von 1497 (Veröffentlichungen des Vereins für Hamburgische Geschichte 32), Hamburg 1988, s. 66–76, S. 125; 1 Tim 5,20 sowie J. M. LAPPENBERG, Die Miniaturen zu dem Hamburgischen Stadtrechte vom Jahre 1497, Hamburg 1845, S. 53; Elsa HENNINGS, Das hamburgische Strafrecht im 15. und 16. Jahrhundert und seine Verwirklichung. Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Strafrechts, Hamburg 1940, S. 43; Wolfgang SCHILD, Kriminalität und ihre Verfolgung, in: Stadt im Wandel. Kunst und Kultur des Bürgertums in Norddeutschland 1150–1650. Ausstellungskatalog, Bd. 4, hg. von Cord MECKSEPER, Stuttgart/Bad Cannstatt 1985, S. 131–174, S. 141.

Basel,<sup>212)</sup> Köln,<sup>213)</sup> Ulm,<sup>214)</sup> Nürnberg<sup>215)</sup> und Soest.<sup>216)</sup> Im Vergleich zu Italien ist das relativ spät. Die gleichen Beobachtungen zu der Präsenz des Abschreckungsgedankens, seinen gelehrrechtlichen Ursprüngen und der Umsetzung im städtischen Bereich lassen sich jenseits der Alpen in viel größerem Umfang für die kommunalen Statuten seit dem 13. Jahrhundert machen.<sup>217)</sup> Was sich dort zur öffentlichen Vollstreckung von Strafen findet, ist beachtlich, wenn man etwa an Konkurszeremonien, Hinrichtungen oder die subtile Mischung aus Bestrafung *in effigie* und Steckbrief denkt.<sup>218)</sup>

212) Karl METZGER, Die Verbrechen und ihre Straffolgen im Basler Recht des späteren Mittelalters, Teil 1: Die Verbrechen und ihre Straffolgen im allgemeinen, Basel 1931, S. 51.

213) Gertrud SCHMÜLLING, Das Strafrecht der Stadt Köln bis zum 16. Jahrhundert, jur. Diss., Bottrop 1937, S. 21.

214) Hans Erich GÖGGMANN, Das Strafrecht der Reichsstadt Ulm bis zur Carolina, jur. Diss., Ulm/Mählingen 1984, S. 27f.

215) Hermann KNAPP, Das alte Nürnberger Kriminalrecht. Nach Rats-Urkunden erläutert, Berlin 1896, S. 52.

216) Wilhelm LINDEMANN, Das Soester Stadtrecht bis zum Beginn des 16. Jahrhunderts, jur. Diss., Pölitz 1939, S. 29.

217) BOHNE, Die Freiheitsstrafe (wie Anm. 81), S. 223–232; Georg DAHM, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter. Untersuchungen über die Beziehungen zwischen Theorie und Praxis im Strafrecht des Spätmittelalters, namentlich im XIV. Jahrhundert (Beiträge zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege 3), Berlin/Leipzig 1931, S. 291; Trancredi GATTI, L'imputabilità, i moventi del reato e la prevenzione criminale negli statuti italiani dei sec. XII–XVI, Padua 1933, S. 684–702.

218) BAUMGART, Die Entwicklung der Schuldhaft (wie Anm. 177), S. 467–481; Andrea ZORZI, Le esecuzioni delle condanne a morte a Firenze nel tardo medioevo tra repressione penale e cerimoniale pubblico, in: Simbolo e realtà della vita urbana nel tardo medioevo. Atti del V Convegno storico italo-canadese, Viterbo 11–15 maggio 1988, hg. von Massimo MIGLIO/Giuseppe LOMBARDI (Patrimonium. Studi di storia e arte 5), Rom 1993, S. 153–253; Andrea ZORZI, Rituali di violenza, cerimoniali penali, rappresentazioni della giustizia nelle città italiane centro-settentrionali (secoli XIII–XV), in: Le forme della propaganda politica nel Due e nel Trecento, hg. von Paolo CAMMAROSANO (Collection de l'École française de Rome 201), Rom 1994, S. 395–425; Andrea ZORZI, Dérision des corps et corps souffrants dans les exécutions en Italie à la fin du moyen âge, in: La dérision au Moyen Âge. De la pratique sociale au rituel politique, hg. von Élisabeth CROUZET-PAVAN/Jacques VERGER (Cultures et civilisations médiévales), Paris 2007, S. 225–240; Gherardo ORTALLI: «... pingatur in palatio ...». La pittura infamante nei secoli XIII–XVI (Storia 1), Rom 1979; Samuel Y. EDGERTON, Pictures and Punishment. Art and Criminal Prosecution during the Florentine Renaissance, London 1985; Klaus KRÜGER, Bildlicher Diskurs und symbolische Kommunikation. Zu einigen Fallbeispielen öffentlicher Bildpolitik im Trecento, in: Text und Kontext. Fallstudien und theoretische Begründungen einer kulturwissenschaftlich angeleiteten Mediävistik, hg. von Jan-Dirk MÜLLER (Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien 64), München 2007, S. 123–162. – Das Phänomen der Schandbilder, das in italienischen Statuen seit 1261 (Parma) nachweisbar ist, findet in der deutschen Schandmalerei des 15. und 16. Jahrhundert nur eine schwache und späte Parallele. Vgl. Matthias LENTZ, Konflikt, Ehre, Ordnung. Untersuchungen zu den Schmähbrieffen und Schandbildern des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit (ca. 1350 bis 1600). Mit einem illustrierten Katalog der Überlieferung (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Niedersachsen und Bremen 217), Hannover 2004.

Dass indessen italienische Theorie und Praxis auf deutsche Städte ausstrahlten, lässt ein Blick auf den bis 1228 vollendeten *Liber de regimine civitatum* des Johannes von Viterbo vermuten.<sup>219)</sup> Wer die beiden Kapitel über die Musterrede eines neuen Podestà (*Parlamentum nove potestatis*) und sein Verhalten auf einer Versammlung (*Contio nove potestatis*) liest, stößt auf wesentliche Aspekte kalkulierter »Öffentlichkeitsarbeit« in der Stadt, die zeitlich versetzt auch nördlich der Alpen auftauchen: die publikumswirksame Verlesung der Statuten – um der möglichen Einrede der Rechtsunkenntnis die Grundlage zu entziehen –, die Organisation solcher Schwörtage, dazu die römischrechtliche Vorstellung von der exemplarischen Bestrafung von Übeltätern, die andere von der Begehung ähnlicher Delikte abhalten soll.<sup>220)</sup>

Blickt man nach den historischen Ursprüngen und Vermittlungswegen auf die funktionale Seite des Phänomens, dann ist zunächst beim grundsätzlichen Mechanismus anzusetzen. Um möglichst große Furcht zu verursachen, stand aus Sicht spätmittelalterlichen Strafvollzugs neben der Grausamkeit der Strafe<sup>221)</sup> vor allem die Publizität der Vollstreckung zu Gebote.<sup>222)</sup> Die Bedeutung dieses zweiten Instruments veranschaulicht das Beispiel des Diebs am Galgen. Nachdem der Dieb aufgehängt worden ist, soll man den Leichnam nicht abnehmen, so der Sachsenspiegelglossator Johann von Buch,<sup>223)</sup> damit die, die ihn sehen, vom Stehlen abgehalten werden. Ein Gedanke, der sich auch in der Weichbildglosse findet.<sup>224)</sup> Außerdem, das hebt eine Straßburger Zunftordnung von 1472

219) Iohannis Viterbiensis, *Liber de regimine civitatum*, hg. von Gaetano SALVEMINI (Bibliotheca iuridica medii aevi 3), Bologna 1901, S. 217–280. Vgl. Gaetano SALVEMINI, II »Liber de regimine civitatum« di Giovanni da Viterbo, in: *Giornale storico della letteratura italiana* 41 (1903), S. 284–303; Albano SORBELLI, I teorici del Regimento comunale, in: *Bullettino dell’Istituto Storico Italiano per il Medio Evo e Archivio Muratoriano* 59 (1944), S. 31–136, S. 82–101; Christoph DARTMANN, Repräsentation von Staatlichkeit? Der Adventus Potestatis in der italienischen Stadt, in: *Die Ankunft des Anderen. Repräsentationen sozialer und politischer Ordnungen in Empfangszeremonien*, hg. von Susann BALLER/Michael PESEK u. a. (Eigene und fremde Welten 5), Frankfurt a. M./New York 2008, S. 35–49, S. 39ff.

220) Iohannis Viterbiensis, *Liber de regimine civitatum* cap. XLVI, LVII (wie Anm. 219), S. 230f., S. 234.

221) Wolfgang SCHILD, *Alte Gerichtsbarkeit. Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rechtsprechung*, München 1985, S. 93ff.

222) Louis GÜNTHER, *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts*, Bd. 1, Altenburg 1889, S. 211f.; Hts, *Strafrecht*, Bd. 1 (wie Anm. 86), S. 374ff.; Eberhard SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen 1965, S. 67. – Allgemein zur Funktion von Herolden und Tafeln, auf denen die Vergehen des Delinquenten vermerkt waren, vgl. Ioannes Baptista SCANAROLUS, *De visitatione carceratorum libri tres*, Rom 1675, Lib. I § 12 cap. V, S. 159ff.

223) *Glossen zum Sachsenspiegel-Landrecht. Buch’sche Glosse 2*, hg. von Frank-Michael KAUFMANN (MGH *Fontes iuris germanici antiqui. Nova series* 7,2), Hannover 2002, Gl. zu Ssp. LdR II 13 (II 13) § 1 v. *Sehut auer en duue*, S. 604: *Dar vmme henget me dessen vnde greuet zee zeldene, dat me se seen vnde andere wernen, dat set laten, ut Instit. de iure gencium § plane* [Inst. 1,2, 6, Satz III; ...].

224) Vgl. Anm. 206.

hervor, soll man Diebe aber noch aus einem anderen Grund am Galgen lassen: Ein leerer Galgen lässt die Vermutung aufkommen, man würde Diebstahl nicht bestrafen.<sup>225)</sup>

So gesehen ist der Missetäter am Galgen zugleich Symbol funktionierender Justiz und einer guten Regierung, wie auch in Ambrogio Lorenzettis (um 1295–um 1348) Sieneser Fresko »Die Auswirkung des guten Regiments« die allegorische Darstellung der *Securitas*, die einen Galgen hält, zu erkennen gibt.<sup>226)</sup> Von daher erklärt sich womöglich der Streit über die Frage, wer auf den Leichnam des gehenkten Diebes Anspruch hat und ihn an seinen Galgen bringen darf,<sup>227)</sup> vielleicht sogar die Bestrafung von Toten.<sup>228)</sup> Aus dem Bemühen um Publizität rührt auch die Tendenz her, Richtstätten außerhalb der Stadtmauern an gut sichtbaren Orten wie z. B. auf Hügeln oder an Wegkreuzungen anzulegen<sup>229)</sup> oder durch sog. spiegelnd-verstümmelnde Strafen das vom Delinquenten begangene Delikt anzuzeigen.<sup>230)</sup> Ferner in den Städten der szenisch vielfältig ausgestaltete Weg zur Richtstätte und die Vorstrafen, die dem Delinquenten für die Einwohner gut sichtbar dabei bereits zugefügt wurden.<sup>231)</sup>

Betrachtet man aus dieser Perspektive noch einmal den Augsburgener Fall des Ulrich Tendrich, wird man davon ausgehen dürfen, dass Devestitur und symbolische Todes-

225) Straßburger Zunft- und Polizei-Verordnungen des 14. und 15. Jahrhunderts, hg. von J. BRUCKNER, Straßburg 1889, Berathung über das Verfahren mit den armen Sündern (a. 1461) S. 20–22, S. 21f. Vgl. Uwe ISRAEL, Hinrichtung in spätmittelalterlichen Städten. Öffentlichkeit, Ritual, Kritik, in: *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'occident à la fin du Moyen Âge*, hg. von Jacques CHIFFOLEAU/Claude GAUVARD/Andrea ZORZI (Collection de l'École Française de Rome 385), Rom 2007, S. 661–687, S. 669.

226) Peter SCHUSTER, Wandel und Kontinuität von Strafformen in der Vormoderne, in: *Strafzweck und Strafform zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung*, hg. von Reiner SCHULZE/Thomas VORMBAUM u. a. (Symbolische Kommunikation und gesellschaftliche Wertesysteme 25), Münster 2008, S. 19–28, 20; EDGERTON, *Pictures and Punishment* (wie Anm. 218), S. 129f.; Wolfgang SCHILD, »Gerechtigkeitsbilder«, in: *Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst*, hg. von Wolfgang PLEISTER/Wolfgang SCHILD, Köln 1988, S. 86–171, hier S. 137–140. Zum Galgen als Symbol vgl. Hans von HENTIG, *Beseelung und Tabu des Galgens*, in: *Hans von Hentig, Studien zur Kriminalgeschichte*, hg. von Christian HELFER, Bern 1962, S. 131–148; LÜCK, *Der Galgen* (wie Anm. 81), S. 161ff.

227) WEBER, *Geschichtsschreibung* (wie Anm. 142), S. 227f.

228) SCHUMANN, *Der Scharfrichter* (wie Anm. 170), S. 203 Anm. 1657 (Enthauptung eines Toten, 1431), S. 203 Anm. 1658 (toter Straßenräuber an den Galgen, 1477).

229) GENGLER, *Stadtrechts-Altertümer* (wie Anm. 74), S. 131ff.; KOCHER, *Spätmittelalterliches städtisches Rechtsleben* (wie Anm. 76), S. 67.

230) Udo EBERT, *Talion und Spiegelung*, in: *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, hg. von Wilfried KÜPER, Berlin/New York 1987, S. 399–422, S. 408.

231) Pieter SPIERENBERG, *The Spectacle of Suffering: Executions and the Evolution of Repression*, Cambridge 1984; Esther COHEN, »To Die a Criminal for the Public Good«: The Execution Ritual in Late Medieval Paris, in: *Law, Custom, and the Social Fabric in Medieval Europe. Essays in Honor of Bryce Lyon*, hg. von Bernard S. BACHRACH/David NICHOLAS, Kalamazoo 1990, S. 285–304; Esther COHEN, *The Crossroads of Justice. Law and Culture in Late Medieval France* (Brill's Studies in Intellectual History 36), Leiden/New York/Köln 1993, S. 181–201; ZORZI, *Rituali* (wie Anm. 218), S. 407.

strafe sowie die Folgen in Gestalt von (abgemilderter) *mors civilis* und Ehrlosigkeit vor dem Hintergrund einer städtischen Praxis zu sehen sind, in der ganz unterschiedliche, autochthone wie gelehrte oder halbgelehrte Traditionen zusammengefloßen sind. Allerdings spricht ein Indiz für gelehrte bzw. kirchliche Einflüsse, und das ist der Hinweis auf *spiegel und ebenbild*, die Tendrich allen Bürgern sein soll. Er trifft sich mit der römischrechtlichen Vorstellung vom *exemplum*.<sup>232)</sup> Aus Sicht der Ratsentscheidung sollte die Augsburger Bürgerschaft auf das »Schandbild« des Ulrich Tendrich wie in einen Spiegel blicken: So wie ihm kann es jedem ergehen. Hier kommt neben dem im engeren Sinne strafrechtlichen Element der Abschreckung das auch aus den Policeyordnungen des 15. und 16. Jahrhunderts geläufige, ursprünglich dem Gedankenkreis der aristotelischen Politik entstammende Moment der Besserung zum Tragen.<sup>233)</sup>

Wenn man nach Ursprung und Funktionalität abschließend den größeren Kontext und die Rolle der Öffentlichkeit in den Blick nimmt, dann stellt sich vor allem die Frage nach den Gründen für das starke Interesse an Prävention und Abschreckung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Präventionsgedanke nur auf einen von mehreren Zwecken verweist, die man im späten Mittelalter durch (peinliche) Strafen zu erreichen suchte.<sup>234)</sup> Zudem lässt sich ein Phänomen wie die Hinrichtung nicht monokausal bloß aus Sicht zeitgenössischer Rechtsgedanken erklären, wenn man etwa an die religiöse Seite des Vorgangs im Sinne eines Übergangs- und Reinigungsrituals denkt.<sup>235)</sup> Allerdings haben die vorangehenden Beobachtungen gezeigt, dass das Programm »Abschreckung durch Strafe« im 15. Jahrhundert nördlich wie südlich der Alpen präsent war.

232) Zum *exemplum* allgemein vgl. Peter von Moos, Geschichte als Topik. Das rhetorische Exemplum von der Antike bis zur Neuzeit und die *historiae* im »Policraticus« Johanns von Salisbury (Ordo 2), Hildesheim/Zürich 1988; Markus Schürer, Das Exemplum oder die erzählte Institution. Studien zum Beispielgebrauch bei den Dominikanern und Franziskanern des 13. Jahrhunderts (Vita regularis 23), Münster 2005.

233) Dietmar Willoweit, Hofordnungen als Zeugnisse des Rechtsdenkens, in: Hof und Theorie. Annäherungen an ein historisches Phänomen, hg. von Reinhardt Butz/Jan Hirschbiegel/Dietmar Willoweit (Norm und Struktur 22), Köln/Weimar/Wien 2004, S. 165–178, S. 167f.

234) Für einen Überblick vgl. Werner Dahlinger, Der Strafzweck in Geschichte und Gegenwart, jur. Diss., Tübingen 1947, S. 33–39.

235) Anton Blok, Openbare strafvotrekking als rites de passage, in: Tijdschrift voor Geschiedenis 97 (1984), S. 470–481; Jutta Nowosadtko, Hinrichtungsrituale: Funktion und Logik öffentlicher Exekutionen in der Frühen Neuzeit, in: Kriminalität und Gesellschaft in Spätmittelalter und Neuzeit, hg. von Sigrít Schmitt/Michael Matheus (Mainzer Vorträge 8), Stuttgart 2005, S. 71–94, S. 74–77; Israel, Hinrichtung (wie Anm. 225); Peter Schuster, Le rituel de la peine capitale dans les villes allemandes à la fin du Moyen Âge, in: Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'occident à la fin du Moyen Âge, hg. von Jacques Chiffolleau/Claude Gauvard/Andrea Zorzi (Collection de l'École Française de Rome 385), Rom 2007, S. 689–712. – Als überholt darf dagegen von Amiras Theorie über die spätmittelalterliche Todesstrafe als profanierte Kulthandlung gelten. Vgl. von Amira, Die germanischen Todesstrafen (wie Anm. 135), S. 100ff. bzw. S. 174–235.

Will man diese Zwecksetzung in einen größeren funktionalen Zusammenhang einordnen, dann liegt der Hinweis auf die Entstehung des sog. öffentlichen Strafrechts im späten Mittelalter nahe, d. h. auf das Bemühen der Obrigkeit, bestimmte Vergehen einem Ausgleich zwischen den beteiligten Parteien zu entziehen und *ex officio* mittels peinlicher Strafen zu ahnden.<sup>236)</sup> In einer im Kontext von Ketzerverfolgung, Inquisitionsverfahren und öffentlichem Strafanspruch in den letzten Jahren viel diskutierten Dekretale Innozenz' III. (X 5.39.35) findet sich die Bemerkung: *Est enim publice utilitatis ne crimina remaneant impunita.*<sup>237)</sup> Die Bestrafung bestimmter Delikte liegt im öffentlichen Interesse, denn, so Innozenz, wenn sie straflos blieben, würden die Verbrecher noch schlimmer. Strafe soll also als reale Sanktion oder als Drohung die Delinquenten von ihrem Tun abhalten. Voraussetzung hierfür ist, dass die Allgemeinheit, zu deren Wohl das geschieht, auch Adressat der Strafvollziehung ist.<sup>238)</sup>

Ein solcher Zugang, der in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts auch im deutschen Rechtskreis zu beobachten ist,<sup>239)</sup> lässt noch etwas genauer erkennen, wie die an Ulrich Tendrich vollzogene Strafe wirken sollte. Für sich allein genommen und nur auf den Delinquenten bezogen erscheint sie im Vergleich zu anderen möglichen Sanktionen nicht sonderlich schwerwiegend. Zu berücksichtigen ist dabei jedoch der Ausnahmecharakter der Sanktion. Sie wirkte nicht nur, obwohl, sondern gerade weil sie exzeptionell war.

236) Zur Literatur über die Entstehung des öffentlichen Strafrechts vgl. Anm. 86.

237) Zu X 5.39.35 vgl. Die Register Innocenz' III., Bd. 6: 6. Pontifikatsjahr, 1203/1204, hg. von Othmar HAGENEDER/John C. MOORE/Andrea SOMMERLECHNER (Publikationen des Historischen Instituts beim Österreichischen Kulturinstitut in Rom, Abt. 2, Reihe 1, 6), Wien 1995, Nr. 181, S. 301f. und Potth. 2038. Zum Inhalt vgl. Richard M. FRAHER, The Theoretical Justification for the New Criminal Law of the High Middle Ages: »Rei publicae interest, ne crimina remaneant impunita«, in: University of Illinois Law Review (1984), S. 577–595; Kenneth PENNINGTON, Innocent III and the Ius commune, in: Grundlagen des Rechts: Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Richard H. HELMHOLZ/Paul MIKAT u. a. (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, Neue Folge 91), Paderborn u. a. 2000, S. 349–366, S. 352ff.; Günter JEROUSCHEK, Ne crimina remaneant impunita. Auf daß Verbrechen nicht ungestraft bleiben: Überlegungen zur Begründung öffentlicher Strafverfolgung im Mittelalter, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung 89 (2003), S. 323–337 und KÉRY, Gottesfurcht (wie Anm. 35), S. 50ff., S. 381, S. 410, S. 568, S. 599f., S. 658f.

238) Der Gedanke findet sich schon im römischen Recht. Vgl. Nov. 30.11 pr. (a. 536).

239) Dazu vgl. u. a. Christoph H. F. MEYER, Dietrich von Bocksdorf († 1466): Kleriker, Jurist, Professor. Zugleich zur »Unvernunft« heimischer Gewohnheit im Zeitalter der Rezeption, in: Tangermünde, die Altmark und das Reichsrecht. Impulse aus dem Norden des Reiches für eine europäische Rechtskultur, hg. von Heiner LÜCK (Abhandlungen der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historische Klasse 81,1), Stuttgart/Leipzig 2008, S. 92–141, S. 117–139. – Zu der umstrittenen Frage, inwieweit die Ausbildung des endlichen Rechtstags vor dem Hintergrund eines öffentlichen Strafrechts im Allgemeinen und generalpräventiver Zwecksetzung im Besonderen zu sehen ist, vgl. Wolfgang SELLERT/Hinrich RÜPING, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, Aalen 1989, S. 209f.

Zum einen liegt es auf der Hand, dass die betreffende Strafe im Falle eines Stadtfremden oder eines Augsburger, der über kein »Ehrkapital« verfügte,<sup>240)</sup> nicht richtig greifen konnte und dementsprechend auch nicht angewendet worden wäre. Andererseits zeigen Kalkül und Durchführung, weshalb die gegen Ulrich Tendrich verhängte Strafe Ausnahmeharakter haben musste. Eine regelmäßige Wiederholung hätte der Prozedur den Schrecken und damit den Effekt genommen.<sup>241)</sup> Die Sanktion, die Tendrich traf, setzte, ihrer Wirkung nach zu urteilen, nicht bei dem Delinquenten, sondern bei den Zuschauern an, die dadurch belehrt und erzogen werden sollten, und richtete sich mit voller Konsequenz erst in einem zweiten Schritt, nämlich im Verhalten der Bürger, gegen Tendrich. Die an ihm vollzogene Strafe wirkte also durch seine Umgebung, in deren Augen er rechtlich und sozial gestorben war.<sup>242)</sup> Darin bestand die eigentliche Sanktion, und sie war, wie Tendrichs späteres Schicksal zeigt, durchaus effizient.<sup>243)</sup>

An diesem Punkt schließt sich der Kreis auch in anderer Hinsicht. Die Strafe, die den Augsburger Baumeister traf, richtete sich nicht nur an die Bürgerschaft insgesamt und erforderte daher maximale Öffentlichkeit, es ging vor allem auch um eine eminente Frage der *utilitas publica* und damit der Gemeinschaft.<sup>244)</sup> Geschädigt war die Stadt, d. h. die gemeine Sache der Bürger, durch einen wichtigen Amts- und Würdenträger. Dass man in

240) Gerd SCHWERHOFF, Köln im Kreuzverhör. Kriminalität, Herrschaft und Gesellschaft in einer frühneuzeitlichen Stadt, Bonn 1991, S. 171f.

241) Vgl. BOHNE, Die Freiheitsstrafe (wie Anm. 81), S. 230. Dieser Gesichtspunkt wäre auch hinsichtlich anderer Sanktionen wie z. B. der Todesstrafe zu berücksichtigen. Vgl. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, Die Todesstrafe nach den Ergebnissen der wissenschaftlichen Forschungen, der Fortschritte der Gesetzgebung und der Erfahrungen, Heidelberg 1862, S. 9ff.; GAUVARD, Justification and Theory of the Death Penalty (wie Anm. 209), S. 200f.

242) Zum sozialen Tod vgl. Hans-Peter HASENFRATZ, Die toten Lebenden. Eine religionsphänomenologische Studie zum sozialen Tod in archaischen Gesellschaften. Zugleich ein kritischer Beitrag zur sogenannten Strafofopfertheorie (Beiheft der Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte 24), Leiden 1982.

243) Zu Tendrichs Verarmung vgl. ROGGE, Ehrverletzungen (wie Anm. 163), S. 137.

244) Walther MERK, Der Gedanke des gemeinen Besten in der deutschen Staats- und Rechtsentwicklung, in: Festschrift Alfred Schultze zum 70. Geburtstag dargebracht von Schülern, Fachgenossen und Freunden, hg. von Walther MERK, Weimar 1934, S. 451–520, S. 472–502; Winfried EBERHARD, Der Legitimationsbegriff des »gemeinen Nutzens« im Streit zwischen Herrschaft und Genossenschaft im Mittelalter, in: Zusammenflüsse, Einflüsse, Wirkungen. Kongressakten zum ersten Symposium des Mediävistenverbandes in Tübingen 1984, hg. von Joerg G. FICHTE u. a., Berlin/New York 1986, S. 241–254; Peter HIBST, Utilitas publica – Gemeiner Nutz – Gemeinwohl. Untersuchungen zur Idee eines politischen Leitbegriffes von der Antike bis zum späten Mittelalter (Europäische Hochschulschriften, Reihe 3: Geschichte und ihre Hilfswissenschaften 497), Frankfurt a. M./Bern 1991; M. S. KEMPSHALL, The Common Good in Late Medieval Political Thought, Oxford 1999; Thomas SIMON, Gemeinwohloptik in der mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Politiktheorie, in: Gemeinwohl und Gemeinsinn. Historische Semantiken politischer Leitbegriffe, hg. von Herfried MÜNKLER/Harald BLUHM, Berlin 2001, S. 129–146. – Zum Verhältnis von Gemeinwohlvorstellungen und öffentlichem Strafrecht vgl. SELLETT/RÜPING: Studien- und Quellenbuch (wie Anm. 239), S. 203f.

Augsburg für die zweite Hälfte des 15. Jahrhunderts mit einer gesteigerten Sensibilität für alles, was in politischer Hinsicht den gemeinen Nutzen betraf, rechnen muss, hat Jörg Rogge schon vor einiger Zeit hervorgehoben.<sup>245)</sup> Dieser Befund lässt sich in rechtlicher Hinsicht nur bestätigen. Das zeigt ein Blick in das Stadtbuch. Während im ältesten Textbestand des Stadtrechts von 1276 an keiner Stelle auf den gemeinen Nutzen Bezug genommen wird, finden sich in den Novellen vor allem des 15. Jahrhunderts zahlreiche Hinweise sowie Gegenüberstellungen von *eigen nutz* und *gemein nutz*. Auch von daher muss es also nicht verwundern, dass sich in Augsburg die obrigkeitliche Sorge um die *utilitas publica* zu einem publizitätswirksamen Strafvollzug verdichtete, der letztlich auf die Gesamtheit der Bürger als Kommunikationsgemeinschaft zielte.

#### (5) SCHLUSS: VON DER ÖFFENTLICHKEIT DER OBRIGKEIT ZUR MACHT DER ÖFFENTLICHKEIT

Ausgehend von den beiden sich auf der Wende zur Neuzeit bereits abzeichnenden Grundbedeutungen von »öffentlich«, dem Zustand der Offenheit und der Vorstellung von Allgemeinheit oder Staat, galt es, einige wesentliche Merkmale von Öffentlichkeit in dem weltlichen Rechtsgang und Strafvollzug nördlich der Alpen für das ausgehende Mittelalter etwas genauer zu betrachten. Dabei ging es nicht so sehr um die kommunikative als um die soziale und funktionale Seite des Phänomens, näherhin um die Frage, welchen Zwecken Öffentlichkeit im Recht diene.

Ausgangspunkt der Beobachtungen war der durch Vorgänge sozialer Information bestimmte Bereich rechtlich relevanten Tatsachenwissens, d. h. der Publizität, der durch den Gegensatz von offenem und heimlichem Handeln gekennzeichnet war. Nach der eher informationellen Seite des Phänomens kam das Öffentliche im Zusammenhang von Allgemeinheit und Staatlichkeit in den Blick, und zwar in Gestalt der sog. Gerichtsöffentlichkeit, die im älteren dinggenossenschaftlichen Verfahren relativ stark präsent war, während das sich am Ende des Mittelalters herausbildende peinliche Verfahren eine reduzierte, ja mitunter bereits minimierte Präsenz der Gerichtsgemeinde erkennen lässt. Wesentliche Faktoren dieses Wandels verweisen auf übergeordnete Prozesse rechtlicher Professionalisierung und Rationalisierung.

Zu berücksichtigen ist dabei jedoch stets die zentrale Funktion des Verfahrens, die nicht im Sprechen über Recht, sondern in der Rechtsprechung, d. h. in der Entscheidung, der Anwendung und Verwirklichung von Recht vor Gericht lag. Vor diesem Hintergrund ist die sich wandelnde Funktion der Öffentlichkeit nicht zuletzt als Ausdruck veränderter institutioneller Rahmenbedingungen zu sehen. Im älteren Rechtsgang war das öffentliche Element vorrangig auf das Gelingen des Prozesses hingeeordnet, etwa

245) ROGGE, Für den gemeinen Nutzen (wie Anm. 63), insbesondere S. 286.

indem es dazu beitrug, Anreize oder Sanktionen für verfahrenskonformes Verhalten zu schaffen, während der Rechtsgang seinerseits auch der Unterhaltung des Publikums, d. h. der Bereitstellung einer Zeugenkulisse, diente. In dem neuen sich herausbildenden peinlichen Verfahren waren diese Grundbedürfnisse durch den Staat bereits weitgehend gewährleistet. Das Instrument der Öffentlichkeit kam nun verstärkt im Bereich der Rechtsdurchsetzung zum Einsatz.

An dem Fall des Augsburger Baumeisters Ulrich Tendrich (1462) wurden einige der jüngeren Entwicklungen, insbesondere das spätmittelalterliche Bemühen um gesteigerte Publizität von Urteilsverkündung und Strafvollzug als Ausdruck einer, wie es in einer französischen Quelle des 15. Jahrhunderts heißt, *justicia publicata*<sup>246)</sup> deutlich. Besondere Bedeutung kam dabei dem exemplarischen Charakter der Sanktion zu, die sich im Falle Tendrichs sogar erst in zweiter Linie gegen den Delinquenten richtete, primär dagegen auf die versammelte Bürgerschaft zielte, die durch das Geschehen in Angst versetzt, belehrt und gebessert werden sollte. Diesem exemplarischen Ansatz entsprach die aus den gelehrten Rechten stammende, aber auch über kirchlich-theologische Traditionslinien vermittelte Vorstellung von der abschreckenden und dadurch zugleich (general)präventiv wirkenden Strafe, die auf dem *exemplum* des Malefikanten beruht. Einiges spricht dafür, dass das nordalpine, vor allem städtische Interesse an Abschreckung und Besserung durch Strafe von gelehrten bzw. halbgelehrten Vorstellungen und italienischer kommunaler Praxis zumindest mittelbar beeinflusst war. Hinzu kamen andere ideelle und institutionelle Faktoren wie die Vorstellung von der *utilitas publica* und das allgemeine Bemühen um Verbrechensbekämpfung im Zuge der Ausbildung eines öffentlichen Strafrechts.

Zieht man abschließend Bilanz, so bleibt die Einsicht, dass der vielschichtige moderne Begriff der Öffentlichkeit der Eingrenzung bedarf, um ihn für das Verständnis der spätmittelalterlichen Rechtsentwicklung fruchtbar zu machen. Will man sich den Ansprüchen entziehen, die seit dem 18. Jahrhundert mit der Vorstellung von der »Göttin Publicitas« oder einer personifizierten öffentlichen Meinung einhergehen, bietet es sich an, Öffentlichkeit als Zustand zu verstehen, in dem oder durch den etwas öffentlich wird, d. h. in dem Informationen oder Meinungen zugänglich und austauschbar werden. Angesprochen ist damit zugleich eine Voraussetzung für die Teilnahme an umfassenden Kommunikationsprozessen.

Im Recht des späten Mittelalters spielte die (unausgesprochene) Frage, wie sich solche Offenheit und Zugänglichkeit nutzen, d. h. wie sich mit ihrer Hilfe Vorstellungen von Gerechtigkeit und Herrschaft verwirklichen ließen, eine zunehmende Rolle. Während sich das frühere Mittelalter der Öffentlichkeit eher wie einer vorgefundenen Ressource bediente, unternahm der sich zunehmend institutionalisierende Staat an der Wende zur Neuzeit verstärkte Anstrengungen, Öffentlichkeit zu hegen, sich den Zugriff auf ihre

246) GAUVARD, Pendre et dépendre (wie Anm. 210), S. 204.

vielfältigen Facetten zu sichern und sie für die von ihm definierte *utilitas publica* auszuheben. Damit einhergehend begann sich die Rolle des Publikums zu verändern. Aus Zuschauern wurden Adressaten und schließlich Werkzeuge obrigkeitlicher Öffentlichkeitsarbeit. Hier zeichnet sich zugleich ein Ausgangspunkt wichtiger neuzeitlicher Entwicklungen ab. Dem Publikum, das in allgemein zugänglichen Foren oder durch Medien kommunizierte, wurde mit Hilfe ver-öffentlichter Informationen, Vorstellungen und Werte allmählich eine Gestalt verliehen. Aus einem Zustand wurde ein ideales und in gewisser Weise auch reales Subjekt, um dessen Lenkung nicht erst seit dem 18. Jahrhundert mit den Mitteln der Propaganda und Zensur gerungen wurde.

War es bis dahin auch ein weiter Weg, so zeichnete sich doch schon am Ende des Mittelalters Öffentlichkeit als elementarer Bestandteil von Verfasstheit und Herrschaft ab. Immer mächtiger wurde, wer über diese Voraussetzung nicht nur von Kommunikation, sondern auch von handlungsleitender Information, Manipulation und Organisation verfügte. Dass der spätmittelalterliche Aufbruch in die Öffentlichkeit den Rückgriff auf das komplementäre Instrument der Heimlichkeit miteinschloss, ja bedingte, muss nicht weiter überraschen. Fragwürdig oder nachteilhaft erscheint dies erst, wenn man von zeitgenössischer Polemik oder modernen Geltungsgeschichten geprägte Vorstellungen an den historischen Gegenstand heranträgt. Erst dann, das zeigt etwa die rechtshistorische Literatur des 19. Jahrhunderts, wird Heimlichkeit zu einem Defekt und Ausdruck krisenhafter Erscheinungen. Macht man sich diese Sichtweise nicht zu eigen, stellt sich die Entwicklung seit dem Spätmittelalter weniger als Struktur- denn als Funktionswandel von Öffentlichkeit dar.

Diese Einsicht rückt den Ausgangspunkt noch einmal in den Blick. Ganz gleich, ob Jacob Grimm die Gerichtsöffentlichkeit des Mittelalters der seelenlosen Bürokratie der Neuzeit gegenüberstellt oder Jürgen Habermas dem Mittelalter Öffentlichkeit *sensu stricto* abspricht und sie zur Errungenschaft des 18. Jahrhunderts erklärt, schnell wird eine Öffentlichkeit »im eigentlichen Sinne« in den Dienst übergeordneter Gewissheiten gestellt. Verzichtet man auf Wesensfragen und beschränkt sich auf eine funktionale Betrachtung, ergibt sich ein anderes Bild. In den Blick rückt dann ein Mittel in der Hand ganz unterschiedlicher Akteure, das sich hervorragend für die Legitimation und Durchsetzung von Wertvorstellungen und pragmatischen Zielen eignet. Weder wundersam noch empörend ist denn auch die verstärkte Indienstnahme der Öffentlichkeit durch den Staat auf der Wende vom Spätmittelalter zur Neuzeit – als das Gericht in »qualmende Schreibstuben« zog und das Publicum zum Instrument der Justiz wurde.