

# Rechtsgeschichte Legal History

[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg24>  
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 24 (2016)  
<http://dx.doi.org/10.12946/rg24/436-439>

Rg **24** 2016 436–439

**Matthias Schwaibold**

## Der Richter und sein Rechner

Zitaten aus Cicero angefüllt – da erscheint doch Gelehrsamkeit am falschen Ort ausgebreitet. Auch eine sich über drei Seiten (511–514) erstreckende Fn. 2580 zu einem hochspannenden dogmatischen Problem (verkürzt: Auftragsverhältnis in einer Dreiparteienkonstellation) ist keine Freude für einen Leser. Sodann ist die Behauptung auf Seite 774, das Schweizerische ZGB/OR folge dem »Pandektensystem«, schlicht und ergreifend falsch. Auf Seite 730–731 übersieht der Autor, dass Accursius 100 Jahre vor Baldus lebte und deshalb kein Beleg dafür sein kann, dass eine Idee des Baldus keine »größere Gefolgschaft bei den Legisten« gefunden hat – das setzt nämlich umgekehrte Lebensdaten voraus.

Der bedeutende Andreas von Tuhr wird offenbar in den Fussnoten durchgehend als »V. Thur«

geschrieben (vgl. z. B. Bd. 1, 595 Fn. 3005, 775 Fn. 3991, ebenso Bd. 2, 16 Fn. 4045 – er steht aber richtig auf Seite 933 des Literaturverzeichnisses).

Insgesamt lässt einen das Buch, nachdem man doch sehr viele Stunden damit verbracht hat, ziemlich ratlos zurück. Man hat das Gefühl, dass zwar unglaublich viel kompiliert und systematisiert und traktiert wurde, wovon letztlich auch der überreiche Fussnotenapparat zeugt – aber die eigentliche Botschaft, der »rote Faden« oder was man auch immer erwartet, ist in der Masse des Ausgebreteten nicht erkennbar. Ein gutes wissenschaftliches Werk zeichnet sich jedenfalls nicht dadurch aus, dass es dem zwar gewiss oberflächlichen, indessen nicht ganz unkundigen Rezensenten die Schlüsselinformationen vorenthält. ■

**Matthias Schwaibold**

## Der Richter und sein Rechner\*

Der »Regius Professor of Civil Law« (sprich insb. für römisches Recht) in Oxford, der zuvor als Ordinarius in Bonn, Tübingen und Zürich wirkte (welcher Universität er weiterhin mit einem Teilpensum und »ad personam« erhalten geblieben ist), hat sich in letzter Zeit mit Themen befasst, die eher am Rande der typischen Themen von Zivilrechtslehrern liegen: Geldrecht, Leitfaden für Versammlungen oder Fristberechnung in der ZPO, und in mehreren Aufsätzen hat er Teile dessen behandelt, was Gegenstand des vorliegenden Buches ist. Vermutlich ist das die Erklärung dafür, dass die Inhalte der sieben Teile nicht immer ganz koordiniert erscheinen und insbesondere keine chronologische, wohl aber eine inhaltliche Konsistenz besteht: Es geht um die »kollektive Entscheidungsfindung«, genauer die Frage, wie ein Urteil zustande kommt, wenn mehr als ein Richter berufen ist, eines zu fällen. Der Einzelrichter ist

naturgemäss aller einschlägigen Probleme entoben, von allfälligen »Beratungskompetenzen« mitwirkender juristischer Sekretäre (Gerichtsschreiber, Auditoren oder ähnlich) einmal abgesehen. Hingegen stellt sich im Kollegialgericht (Spruchkammern in diversesten zahlenmässigen Zusammensetzungen wie drei, fünf oder sieben, gelegentlich auch mehr oder gar in gerader Zahl entscheidend) das Problem der »Vergemeinschaftung einer intellektuellen Leistung« (1) sehr wohl, und der Autor führt eine erstaunliche Anzahl von Konstellationen vor, die belegen, dass der so »einfach« erscheinende Vorgang alles andere denn banal ist. Nehmen wir an, in einer Fünferkammer liegen verschiedene, unter sich unvereinbare Richtermeinungen vor – wie lautet dann das Urteil, und mehr noch die dazu gelieferte Begründung? Könnte am Ende eine Klage durchdringen, bloss weil die divergierenden, sie ablehnenden Argumente

\* WOLFGANG ERNST, Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten. »group choice« in europäischen Justiztraditionen, Tübingen: Mohr Siebeck 2016, XX und 362 S., ISBN 978-3-16-154361-6

jeweils in der Minderheit bleiben, obwohl sie – »addiert« – die Mehrheit bilden (vgl. 265)?

Der Autor veranschaulicht das gleich mit dem ersten Beispiel aus dem ersten Teil (9–60) über die römische Antike: Wenn drei Schiedsrichter im ihnen vorgelegten Fall der Reihe nach zu einer Verurteilung des Beklagten gelangen, aber in den unterschiedlichen Beträgen von 5, 10 und 15, gilt gemäss einer Julian-Stelle in den Digesten das Urteil als auf (nur) 5 gefällt – das gemeinschaftliche Minimum. Ernst erläutert ausführlich, warum andere Lösungen (wie 10, weil doch immerhin von zumindest zwei Richtern als zu zahlendes Minimum erachtet) ausscheiden (9 ff. – zur Fortsetzung der Diskussion seit den Glossatoren dann ab 86 ff.). Ein Schlüssel zur Erklärung liegt darin, dass die drei Schiedsrichter kein Kollegium bilden, sondern jeder einzeln neben dem andern zu einem Urteil berufen ist – was der »Spruchkammer« als einer kollegial gebildeten Entscheidungsbehörde schon in der Grundkonzeption widerspricht. Der Verfasser behandelt sodann die (nicht unkomplizierten) Gleichstandsregeln und den Einbruch des (griechischen) »calculus Minervae« ins römische Prozesswesen, untersucht alsdann die Frage, wie eine »maior pars« im Strafprozess zu eruieren sei, und geht ausführlich auf das SC Silianum ein und den – einschlägigen – Bericht des Plinius (20 ff.). Dabei bemüht er sich, nicht den Inhalt der Entscheidungen, sondern die Methodik der Entscheidungsfindung (*discessio*, *maior pars*, *sententia*) darzustellen und klar zu machen, dass auch in diesem Fall Plinius keine »Entscheidungstheorie« entwickelt hat. Das römische Mehrheitsprinzip ist immer vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die mehreren Richter kein »collegium«, keinen »Spruchkörper« bilden, sondern jeder einzeln ein Urteil fällt, dessen Inhalt bzw. Ergebnis dann allenfalls erst einmal festzustellen ist, was insbesondere keinen Los- oder Stichentscheid zulässt (59).

Der zweite Teil (61–113) behandelt das »gelehrte Recht« – es wird also die Urteilsfindung durch Volks- und Schöffengerichte, die Entscheidungsfindung im dualen System des »Richters« mit den »Urteilern« nicht näher dargestellt. Wesentliches Entwicklungsmerkmal ist die Herausbildung einer »Kollegialität«, indem die Erzielung eines gemeinschaftlichen, eben »kollegialen« Beschlusses und damit eines einheitlichen Urteils an die Stelle der mehreren Urteile tritt. Wesentlich gefördert wurde dieser ursprünglich durch die kirchlichen Oberge-

richte angestossene Vorgang in der Folgezeit durch die Rechtsprechungstätigkeit der Fakultäten. Breiten Raum nimmt dabei die Darstellung der mittelalterlichen Diskussion um Julians Entscheidung der unter sich nicht deckungsgleichen Dreier-Entscheidungen ein und die Versuche, andere Lösungen zu begründen. Dass lediglich quantitative Unterschiede anders als qualitative Divergenzen zu betrachten seien, hat erst der juristische Humanismus (v. a. Alciat) vertieft (92 ff.). Es hat sich aber angesichts der vielfältigen – und unter sich unvereinbaren – Ansichten bis gegen Ende des 18. Jahrhunderts keine einhellige Auffassung dazu durchgesetzt.

Die Spätaufklärung hat dann erstmals rein mathematische Überlegungen und die Methode der Urteilsfindung verbunden (Beginn des 3. Teils, 115 ff.). Zu Beginn des 19. Jahrhunderts prägte – zumindest im deutschsprachigen Raum – die Auseinandersetzung zwischen von Sonnenfels (verkürzt: im Strafprozess gilt das mildeste Strafmass) und Feuerbach (verkürzt: auch im Strafprozess gilt das Mehrheitsprinzip) die Diskussion; an deren Ende stand, dass »der Wille der meisten als Ausfluss des Willens des Collegiums gelten kann« (Mittermaier, zit. auf 133). Gemeinsamer Nenner der von Ernst vorgestellten Bemühungen der Aufklärung war die »Bändigung der staatlichen Strafgewalt« (142).

Der 4. Teil ist der Darstellung der französischen Entwicklung seit dem 16. Jahrhundert gewidmet. Einerseits ging es immer wieder darum, die Folgen des »Gleichstands« irgendwie zu lösen, andererseits die Unterscheidung von Tat- und Rechtsfragen herauszuarbeiten. Daran haben sich auch die diversen Prozessordnungen der Revolutions- und Nachrevolutionszeit bis ins 19. Jahrhundert hinein »abgearbeitet« (147 ff.).

Die deutsche Rechtsentwicklung ist Gegenstand des 5. Teils (167 ff.). In diesem Kapitel, das abermals bis in die Gegenwart reicht, steht möglicherweise die genaue Kenntnis aller Einzelheiten des Diskussionsstandes einer Konzentration auf das Wesentliche etwas im Wege. Ernst schildert den Übergang von einer »sukzessiven« Abgabe abschliessender Urteile zur eigentlichen Beratung und Bildung eines »gemeinschaftlichen« Willens des Collegiums sowie der Trennung von Entscheidung und Begründung. Eine vertiefte Darstellung finden dann diverse einzelstaatliche Prozessordnungen, und besonders ausführlich wird die wechselhafte Geschichte von Mehrheitserfordernissen

bei Strafurteilen bzw. dem Aufkommen der – bis heute dauernden – qualifizierten Mehrheiten behandelt (200 ff.). Diese Mehrheiten setzen indessen auch voraus, dass bei einer sequenziellen Abstimmung der überstimmte Richter in der Folge weiter mitstimmen muss (233 ff.), und zudem können Mehrheiten auch in einer Weise zustande kommen, deren Aufdeckung nicht nur mit dem Beratungsgeheimnis kollidiert, sondern auch den Verstoß gegen die gesetzlichen Vorgaben der Entscheidungsfindung offenbart (240 ff.).

Einmal bei diesem Problem angelangt, liegt die Frage der Haftung des Richters für ein Fehlurteil nahe, wovon Ernst dann (ab 248 ff.) handelt. Mit dem Spruchrichterprivileg bzw. der Passivlegitimation des Staates hat sich relativ schnell eine Lösung durchgesetzt, die einen Geschädigten wenigstens nicht auch noch dazu zwingt, das konkrete Individualvotum eines jeden am Kollegialentscheid beteiligten Richters nachweisen zu müssen. Spätestens an dieser Stelle bricht die »rechtspolitische« Position des Autors durch, wenn er findet, »Anonymität verschleiert die Entscheidungsverantwortung« (253) – eine Position, der der Rezensent als früherer Angehöriger eines Kollegialgerichts mit Überzeugung widerspricht.

Der 6. Teil (255 ff.) ist dem englischen (bzw. dem gesamten anglo-amerikanischen) Recht gewidmet. Dort ist meist ein Einzelrichter zuständig. Wenn ausnahmsweise eine Mehrheit von Richtern berufen ist, einen Fall zu entscheiden, zeichnet sich bis heute die Gerichtsorganisation – von wenigen Ausnahmen abgesehen – dadurch aus, dass diese Richter wie in der römischen Antike nicht als Kollegium amten, vielmehr jeder der Reihe nach ein Urteil abgibt (»multiple judgements« bzw. »seriatim opinions«). Daraus wird dann die »order of the Court« – also der konkrete Entscheid – abgeleitet. Ernst schliesst daran eine Schilderung der – dem kontinentalen Juristen weiterhin einigermaßen fernstehenden – Problematik der »ratio(nes) decidendi« und des »precedent« an (266 ff.). Offensichtlich gibt es aber auch im angelsächsischen Bereich eine Entwicklung hin zu einem »composite judgement« als dem Ergebnis intensiver Beratungen der Richter (277 ff.).

Der 7. und letzte Teil ist mit »Juristischer Zeitgeschichte« umschrieben. Spannend erzählt Ernst die historisch und praktisch an sich zwar folgenlose, »intellektuell« indessen alles andere als platte Diskussion um die Umsetzung des »Führerprinzips« in der Justiz des Dritten Reiches; dass dabei

recht erfolgreich hinhaltender Widerstand u. a. vom späteren BGH-Präsidenten Weinkauff geleistet wurde, ist nicht die einzig interessante Information in diesem Kapitel (285–300). Chronologisch verständlich, wenn auch in verschiedener Hinsicht dann nicht eben zwingend, schliesst unmittelbar daran die Darstellung der Mehrheitsregeln im Bundesverfassungsgericht – wegen der grundsätzlich geraden Richterzahl der beiden Senate eine besondere Herausforderung (300–306). Nur kurz geht Ernst auf das (deutsche) Sondervotum ein, er tritt insbesondere der Auffassung entgegen, dies sei der (anglo-amerikanischen) »dissenting opinion« gleichzusetzen (306–308). Unter Betonung des »kollegialen« Gesichtspunkts wird die Entscheidungsfindung der kirchlichen Gerichte – samt der auffälligen Regelung bezüglich der »dissenting opinion« geschildert (309–312). Die Folgen des Gleichstands unter Schiedsrichtern und die divergierenden Lösungsvorschläge dazu sind Gegenstand des Schlussabschnitts (313–318). Mit einer kurzen »Nachbetrachtung« (319–321) bricht das Buch etwas unvermittelt ab.

Ob ein Urteil dadurch zustande kommt, dass eine Mehrzahl von Richtern über den Fall eine eigene Entscheidung fällt oder sie zu einer gemeinschaftlichen Entscheidung gelangen müssen, kann für das konkrete Ergebnis ebenso entscheidend sein wie die Frage, ob z. B. zwischen Schuld- und Tatfragen, Schuldpunkt und Rechtsfolge oder Vorfragen und Hauptsache zu unterscheiden und allenfalls mit verschiedenen (einfachen oder qualifizierten) Mehrheiten zu entscheiden ist. Der Verfasser tritt hier für methodische Klarheit und Transparenz zuhanden der Parteien ein – und regt damit einerseits zum Nachdenken an, reizt allerdings auch zum Widerspruch: Aus der von eingestandenem Pragmatismus geprägten Sicht des Rezensenten als einem ehemaligen Mitglied eines kollegialen Spruchkörpers an einem erstinstanzlichen Gericht gewinnen weder der Rechtsstaat noch die Parteien noch sonst jemand etwas, wenn auch noch die Urteilsfindung (gesetzlich) weiter formalisiert und strukturiert werden sollte. Schon jetzt werden Prozesse allzu häufig mit rein prozessualen Überlegungen entschieden und weicht man gerichtsseitig gerne der eigentlichen Subsumptionsleistung aus, eine Entwicklung, die bei (weiterer) Formalisierung des Entscheidvorgangs sicher noch verstärkt würde, wenn – was an sich die Folge sein müsste – Verstöße auf dem Rechtsmittelweg zur Aufhebung des Urteils führen. Zu-

dem würde dies zwangsläufig die – ohnehin bedauerliche – Entwicklung hin zum Einzelrichter nur fördern und den wesentlichen, sozusagen »natürlichen« Vorzug des Kollegialgerichts (Diskussion und Meinungsvielfalt, argumentatives »Ringens« um die bessere Entscheidung) für dieses in einen Nachteil verkehren. Aber dieser Einwand schmälert den Gewinn, den die Lektüre bringt,

nicht im Geringsten. Der Autor gewährt hochinteressante Einblicke in eine zwar immer wieder, vor allem aber immer wieder anders behandelte Grundfrage des Rechtswesens: die je nach Ort und Zeit andere Methode »kollektive(r) Entscheidungen in Spruchkörpern« (321).



**Matthias Schwaibold**

## Römische Schichtarbeit\*

Das römische Erbrecht fristet seit vielen Jahrzehnten in der universitären Ausbildung ein Mauerblümchendasein, und auch die literarische Produktion dazu hält sich – zumindest im deutschen Sprachraum – in einem recht überschaubaren Rahmen. Umso erfreulicher ist es, dass die Zürcher Ordinaria Ulrike Babusiaux die Lücke neuerer Literatur zu diesem Thema geschlossen hat. Der Reihentitel »Wege zur Rechtsgeschichte« hätte, nimmt man den hier anzuzeigenden, ersten Band zum Massstab, auch durchaus »Neue Wege zur Rechtsgeschichte« lauten dürfen. Denn die Verfasserin hat, soweit der Rezensent das zu beurteilen vermag, mit ihrem Buch auch einen ganz neuen Weg eingeschlagen: Sie verbindet nämlich römische Rechtsgeschichte mit der Darstellung des Teilbereichs Erbrecht, und naturgemäss bleibt das nicht beim »materiellen« Erbrecht stehen, sondern umfasst insbesondere auch, um nicht zu sagen gerade das Prozessrecht. War demjenigen, der überhaupt *etwas* vom römischen Erbrecht behalten hat, allenfalls die »Falcidische Quart« oder die »Causa Curiana« noch ein Begriff, vielleicht sogar der Unterschied von Soldatentestament und zivilem Testament gegenwärtig, so dürften nur noch wenige, wenn sie ehrlich sind, »unde liberis« richtig erklärt haben können. Das römische Erbrecht ist in der Tat verschlungen, erscheint auch dem halbwegs gebildeten Romanisten als eine unab-

lässige Abfolge von Regeln und Ausnahmen und hatte sich derart weit von allen Bezügen zum geltenden Erbrecht entfernt (richtigerweise muss man natürlich sagen: das jeweils geltende Recht hat sich immer weiter von allem, was uns als römisches Erbrecht überliefert worden war, entfernt), dass auch kaum noch ein Bedürfnis zu erkennen war, sich seiner bei irgendwelcher Gelegenheit noch über den Grundsatz des »favor testamenti« hinaus zu erinnern. Entsprechend kurz waren die jeweiligen Abschnitte in den gängigen Lehr- und Handbüchern. So liest man, um willkürlich zwei Beispiele herauszugreifen, in Hausmanniger/Selbs Studienbuch (der Rezensent hat die 7. Auflage von 1994 zur Hand) 60 Seiten zum Erbrecht, die viel schwieriger zu verstehen sind und viel »dogmatischer« daherkommen, oder in den »Institutionen« von Weiss (2. Auflage 1949), die dem Rezensenten seinerzeit als ein Lehrbuch dienten, etwa 100 Seiten, die – auch über 30 Jahre später aus gegebenem Anlass wieder zur Hand genommen – eigentlich keine Freude machen. Und selbst die rund 100 Seiten in Schulz' heissgeliebtem »Classical Roman Law« (1951) vermochten damals nur teilweise die Begeisterung für die Feinheiten der Materie zu wecken.

Insoweit ist der »Mut« der Autorin zu bewundern, sich ausgerechnet dieses sperrige Gebiet vorzunehmen. Aber es ist ein ungetrübtes Vergnügen,

\* ULRIKE BABUSIAUX, *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht*, Köln/Weimar/Wien: Böhlau 2015, utb 4302, 360 S., ISBN 978-3-8252-4302-9