

WOLFGANG ERNST

Rechtserkenntnis durch  
Richtermehrheiten

---

Mohr Siebeck

Wolfgang Ernst  
Rechtserkenntnis  
durch Richtermehrheiten





Wolfgang Ernst

# Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten

„group choice“ in europäischen Justiztraditionen

Mohr Siebeck

WOLFGANG ERNST, geboren 1956; ist Regius Professor of Civil Law und Fellow, All Souls College, Oxford (seit 2015). Zuvor wirkte er als Professor für Römisches Recht und Privatrecht in Tübingen, Bonn am Rhein und Zürich. 2002/3 Arthur Goodhart Professor of Legal Science, Cambridge. Die Ausbildung zum Juristen erfolgte in Deutschland (Universitäten Bonn und Frankfurt/Main), anschließend an der Yale School (LL.M.).

e-ISBN PDF 978-3-16-154548-1  
ISBN 978-3-16-154361-6

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

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Sabon gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Federico Battaglia, Sir Jack Beatson, Hans-Jürgen Becker, Alexandra Braun, John Cairns, Donal Coffey, Tim Dornis, Wouter Druwé, Thomas Finkenauer, Beate Gsell, Eva Jakab, Horst Heinrich Jakobs, Wolfgang Krüger, Detlef Liebs, Otfried Mangold, Claus Mollenkopf, Roderick Munday, Stephen Neff, Ulf Neumann, Knut-Wolfgang Nörr, Niccolo Raselli, Vera Rottenberg Liatowitsch, Thomas Rüfner, Christoph Schönberger, Jan Schröder, Thomas Stadelmann, Predrag Sunaric, Andreas Thier, Gerhard Thür, Jürgen von Ungern-Sternberg, Samuel Zogg, den Diskutanten am Tag der Schweizerischen Richter und Richterinnen 2013, den Teilnehmern der aktuellen Stunde am Hamburger MPI im März 2014 wie denen der Sir Neil McCormick Lectures in Edinburgh im Juni 2014 – Ihnen allen schulde ich Dank dafür, dass Sie in den vergangenen Jahren Themen, um die es hier geht, mit mir diskutiert, mir neue Einsichten und/oder neues Material eröffnet haben.

Einzelne Teile dieser Untersuchung wurden, teils mit anderem Blickwinkel, bereits in den Festschriften für Jan Schröder, Boudewijn Sirks, Wulf-Henning Roth, Laurens Winkel und Thomas Sutter-Somm sowie, mit Blick auf die heutige Rechtspraxis, in Beiträgen in der Juristenzeitung (2012, S. 637 ff.) und, mit sich partiell deckendem Inhalt, in der Online-Zeitschrift „Justiz – Justice – Giustizia“ (2012), S. 1 ff. (auch in: Justiz im Blickfeld [2013], S. 319 ff.) vorgestellt.

Frau Andrea Schärer hat das Manuskript auf dem Weg zur Druckreife mit unermüdlicher Geduld begleitet.

Der Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH erteilte freundlicherweise die Erlaubnis zur Wiedergabe einer Passage aus Willi Geigers Schrift „Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts“.

Wolfgang Ernst

Zürich/Oxford, 2015



# Inhalt

Vorwort .....	V
Abkürzungen .....	XV
Einleitung .....	I

## 1. Teil

### Römische Antike

I. Schiedsrichter Mehrheiten .....	9
1. <i>Quot arbitri, tot sententiae</i> .....	9
2. Die Mehrheitsentscheidung .....	10
3. Das Problem des Gleichstands .....	12
4. Quantitativ divergierende Schiedssprüche .....	15
5. Zusammenfassung .....	19
II. Richtermehrheiten .....	19
1. Einleitung .....	19
2. Die Mehrheitsentscheidung .....	20
3. Enthaltung statt Sachentscheidung .....	22
a) Der Eid <i>rem sibi non liquere</i> .....	22
b) Stimmtafeln <i>sine suffragio</i> .....	23
4. Das Problem des Gleichstands .....	26
a) Einleitung .....	26
b) Die <i>causae favorabiles</i> .....	26
c) <i>vota paria = absolutio?</i> .....	27
d) <i>in dubio</i> -Regeln und Gleichstandssituation .....	30
e) Dissens zweier <i>iudices delegati</i> .....	31
f) Der <i>calculus Minervae</i> .....	32
5. Qualitativ verschiedene Urteile .....	34
a) Die Rhetoren .....	34
b) Plinius Epist. 8,14 .....	36



(1) Streitgegenstand und Verfahrensart . . . . .	36
(2) Der Hergang im Senat . . . . .	40
(3) Plinius' Ansicht und seine Argumentation . . . . .	44
(4) Zur Bewertung von Plin. Epist. 8,14 . . . . .	50
(5) Plinius' Entscheidungstheorie: Eine Fehlanzeige . . . . .	54
c) Vermittlung divergenter Rechtsansichten nach dem theodosianischen Zitiergesetz . . . . .	55
III. Zusammenfassung . . . . .	56
IV. Annex: Richtermehrheiten im israelitischen Recht . . . . .	59

## 2. Teil

### Gelehrtes Recht

I. Von der Richtermehrheit zum Spruchkörper . . . . .	61
1. Gerichtskollegialität: Erscheinungsformen und Forschungsthemen . . . . .	61
2. Richter und <i>consilium</i> . . . . .	66
3. Zur Entwicklung der Kollegialität in der Rota Romana . . . . .	68
a) Anfänge der Kollegialität . . . . .	68
b) Kollegialität der Konzilsrota . . . . .	71
c) Das spätere Verfahren der Rota Romana . . . . .	72
4. Reichskammergericht und Reichshofrat . . . . .	74
5. Entwicklungen hin zum Spruchkörper . . . . .	75
6. Fakultäten als/und Spruchkollegien . . . . .	79
7. Das kollegialische Schiedsgericht . . . . .	81
II. Normgrundlagen für die Entwicklung des gelehrten Rechts . . . . .	82
1. Ius Civile . . . . .	82
2. Ius Canonicum . . . . .	83
a) Richtermehrheit . . . . .	83
b) Schiedsrichtermehrheit . . . . .	85
III. Zweifelsfragen beim mittelalterlichen Aufgriff des römischen Rechts . . . . .	86
1. Der superarbitr . . . . .	86
2. Streit anlässlich der julianischen Lösung quantitativer Dissensfälle . . . . .	89

IV. Autoren des 16. bis 18. Jahrhunderts .....	92
1. Juristischer Humanismus .....	92
a) Andreas Alciat .....	92
b) Charles Dumoulin .....	93
b) Jacques Cujaz .....	95
c) Anton Faber .....	96
2. Diego de Covarruvias y Leyva als Vertreter der Spätscholastik .	97
3. Römisch-holländisches Recht, Natur- und Vernunftrecht,	
Usus modernus .....	98
a) Hugo Grotius .....	98
b) Johannes Voet gegen Simon van Groenewegen .....	99
c) Ulrich Huber .....	100
d) Samuel Pufendorf .....	102
e) Heinrich und Samuel von Cocceji .....	102
f) Kreittmayr und die bayerischen Prozessgesetze .....	106
4. Zum Calculus Minervae im Spiegel der Literatur des	
18. Jahrhunderts .....	109
V. Zusammenfassung .....	111

3. Teil

Schriftsteller der Spätaufklärung

I. Nicolas de Condorcet .....	115
II. Joseph von Sonnenfels .....	119
1. „Über die Stimmenmehrheit bey Criminal-Urtheilen“ (1801) ...	119
2. Paul Johann Anselm Feuerbach und andere Kritiker .....	125
3. von Sonnenfels antwortet auf Feuerbach .....	129
4. Nochmals Feuerbach? .....	132
5. Fortwirkung .....	132
III. Pierre Simon Laplace .....	133
IV. Franceso Vigilio Barbacovi .....	137
V. Gemeinsamkeiten und Unterschiede .....	142

## 4. Teil

## Französische Rechtsentwicklungen

I. Das Recht der Ordonnanzen . . . . .	147
1. Die Frage der Stimmenmehrheit . . . . .	147
2. Die <i>partage</i> und ihre Auflösung . . . . .	150
3. Mehr als zwei verschiedene Rechtserkenntnisse . . . . .	150
4. Die Regelungen im Vergleich mit der Tradition römisch-kanonischen Prozessrechts . . . . .	151
II. Der Kampf gegen die integrale Abstimmung in der französischen Nationalversammlung 1790 . . . . .	152
III. Zur Richterabstimmung im „Code de procédure civile“ (1806) .	153
1. Richtermehrheiten . . . . .	153
2. Schiedsrichtermehrheiten . . . . .	157
IV. Ausstrahlungen in Nachbarländer . . . . .	158
1. Die „Loi sur la procédure civile du Canton de Genève“ (1819)	158
2. Der „Codice di procedura criminale di Parma“ (1820) . . . . .	160
3. Das „Wet op de regterlijke organisatie en het beleid der justitie“ (1835) . . . . .	160
4. „Code de procédure civile“ der Waadt (1869) . . . . .	162
V. Ausblick auf die moderne Cour de cassation . . . . .	163

## 5. Teil

## Deutsche Rechtsentwicklungen

I. Strukturwandel innerkollegialer Entscheidungsfindung . . . . .	167
1. Von der Einsammlung begründeter Individualvoten zur Abfolge von Beratung und Abstimmung . . . . .	167
2. Stufenweise Abschichtung in Entscheidung und Begründung . . .	170
3. Die preußische Justiz regelt das Abstimmungsprozedere . . . . .	175
4. Abstimmen nach den Gründen oder nach dem Endresultat? . . .	177
5. Gemeines Prozessrecht . . . . .	181
6. Zur Fragestellung in den Schwurgerichten . . . . .	184
II. Partikularrechtliche Prozessgesetzgebungen . . . . .	185
1. Die Bürgerliche Proceßordnung für das Königreich Hannover (1850) . . . . .	185
2. Weitere partikuläre Prozessordnungen der 1860er Jahre . . . . .	186

III. Die deutsche Gerichtsverfassung .....	188
1. Regelungen in den Entwürfen für eine Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts .....	188
2. Die Abstimmungsthematik in der Entstehung des GVG (1877) .	189
a) Abstimmen nach Gründen oder nach dem Endresultat .....	189
b) Mehr als zwei Meinungen und Summendifferenzen .....	191
c) Spruchkörper zur Sicherung einheitlicher Rechtsprechung ...	196
3. Die österreichische Jurisdiktionsnorm 1892 zum Vergleich ...	197
4. Die Lehre auf der Grundlage des GVG <sup>1877</sup> .....	198
IV. Qualifizierte Mehrheiten für Strafurteile .....	200
1. Erfordernisse einer mehr als überhäufigen Mehrheit .....	200
a) Einleitung .....	200
b) Das Zwei-Stimmen-Mehr .....	201
c) Das Auftreten der 2/3-Mehrheit .....	203
d) Einstimmigkeitserfordernisse .....	204
2. Mehrheitsregeln für die Schwurgerichte des 19. Jahrhunderts ..	204
a) Der Kampf um die Schwurgerichte .....	204
b) Vorbild Frankreich .....	206
c) Schwurgerichte der deutschen Bundesstaaten .....	207
3. Abstimmungsfragen in der Entstehung der Reichsstrafprozessordnung (1877) .....	211
a) Reichsstrafprozessordnung und Richterabstimmung .....	211
b) Der StPO-Entwurf (1873) .....	212
c) Bundesratsverhandlung 1874 .....	214
d) Eduard Lasker im Kampf für die Einstimmigkeit .....	215
e) Differenzierte oder integrale Fragestellung für die Jury? .....	219
4. Die Entwicklung auf der Grundlage der StPO <sup>1877</sup> .....	219
a) Die Abstimmungsregelungen der StPO <sup>1877</sup> .....	219
b) Beling gegen Binding .....	222
c) Die Emminger-VO 1924 und die seitherigen Entwicklungen .	226
5. Die 2/3-Mehrheit in der Rechtsordnung .....	229
V. Einzelfragen .....	233
1. Die Verpflichtung zum Weiterstimmen <i>stante concluso</i> .....	233
2. „Vier-Augen-Prinzip“? .....	239
3. Normierung ohne Rechtsschutz? .....	241
a) Einleitung .....	241
b) Revision und Abstimmungsfehler: Der Fall Dr. Marschner ...	243
c) Judikatives Unrecht im und durch das Kollegialgericht .....	248
d) Bewertung .....	253

## 6. Teil

## Englische Rechtsentwicklungen

I. Richtermehrheiten in den Justiztraditionen Englands, Schottlands und Irlands .....	255
1. Einleitung .....	255
2. Kollegialität an den englischen Obergerichten .....	257
3. Schottland und Irland .....	259
II. Das traditionelle Konzept der <i>seriatim opinions</i> .....	262
III. Streitentscheidung und Präzedenzwirkung bei <i>multiple judgments</i> .....	264
1. Die Doppelwirkung des Urteils .....	264
2. <i>The order of the court</i> .....	265
3. Die Ermittlung der <i>ratio decidendi</i> .....	266
a) Die <i>ratio decidendi</i> .....	266
b) Gleichstand .....	267
c) <i>judgments</i> unterschiedlicher Begründungen .....	269
4. Rückblick .....	273
IV. Reformbestrebungen vom 18. Jahrhundert bis heute .....	274
V. Ein Vergleich .....	282

## 7. Teil

## Juristische Zeitgeschichte

I. „Nationalsozialistisches Führerprinzip statt Abstimmungszahlenspiel“? .....	285
1. Das sogenannte Führerprinzip im Prozessrecht .....	285
2. Akademie für Deutsches Recht – Ausschuss für bürgerliche Rechtspflege .....	286
3. Carl Schmitt zum Führergrundsatz in der Gerichtsverfassung ..	287
4. Die Kleine und die Große Strafprozesskommission .....	289
5. Reaktionen der Rechtswissenschaft .....	293
6. Das Amt „Neuordnung der deutschen Gerichtsverfassung“ im Reichsjustizministerium .....	295
7. Umsetzungen in der gesetzlichen Gerichtsorganisation .....	299

II. Entscheidungsfindung im Bundesverfassungsgericht .....	300
1. Mehrheitsregeln für das Bundesverfassungsgericht .....	300
2. Das Sondervotum .....	306
III. Die Kollegialgerichte der römischen Kirche .....	309
IV. Neuere Entwicklungen in der Schiedsgerichtsbarkeit .....	313
1. Die Schiedsrichterarbstimmung in der deutschen Gesetzgebungsgeschichte .....	313
2. Ausländische und internationale Schiedsordnungen jüngeren Datums .....	316
 Nachbetrachtung .....	 319
 Literatur .....	 323
Quellen .....	354
Sach- und Personenregister .....	357



## Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
Abt.	Abteilung
AC	Appeals Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AD	Appellate Division
ADHBG	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfkKR	Archiv für katholisches Kirchenrecht
AGO	Allgemeine Gerichtsordnung
ähnl.	ähnlich
AHR	American Historical Review
AJPh	The American Journal of Philology
al.	alius, alii
allg.	allgemein(e/es)
ALZ	Allgemeine Literatur-Zeitung
Anm.	Anmerkung
ANRW	Aufstieg und Niedergang der römischen Welt
arg.	argumentum
ARSP-B	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beiheft
Art.	Artikel
atq.	atque
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
Ausg.	Ausgabe
Bd.	Band
ben.	benutzt
bes.	besucht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BIDR	Bulletino dell'Instituto di diritto romano
BNSDJ	Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen
BOHG	Bundesoberhandelsgericht
BOHG-G	Gesetz über das Bundesoberhandelsgericht
BPO	Bürgerliche Processordnung für das Königreich Hannover aus dem Jahre 1850



BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerfGGO	Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
c.	caput
C. Theod.	Codex Theodosianus
ca.	circa
Can.	Canon, canonisch
cap.	caput, capitulum
ch.	chapter
chap.	chapitre
CIC	Codex Iuris Canonici
CLJ	Cambridge Law Journal
Cons.	Consilium
CPO	Civilprozessordnung
D.	Digesta
Dall.	Alexander J. Dallas (Reporter of Decisions of the Supreme Court of the United States)
Dec.	Decisio(nes)
decl.	declamatio
ders.	derselbe
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
d.h.	das heißt
d.i.	das ist
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStrR	Deutsches Strafrecht
dt.	deutsch
DV	Deutsche Verwaltung
ED	Enciclopedia del Diritto
ed.	editio, editor, editori, edizione, auch: (ad) edictum
edn.	edition
eds.	editors
éds.	Éditeurs
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
engl.	englisch
Epist.	Epistulae
erg.	ergänzend
et. al.	et alii
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWCA Civ	England and Wales Court of Appeal Civil Division
f./ff.	folgende (sing./plur.)

Festschr.	Festschrift
fin.	finis
FIRA	Fontes Iuris Romani Antejustiniani
Fn.	Fußnote
fol.	folio
FolioS.	Folioseite
franz./frz.	französisch
GBIKB	Gesetzblatt für das Königreich Bayern
GG	Grundgesetz
gl.	Glossa, Glosse
GO BGH	Geschäftsordnung des Bundesgerichtshofes
GruchBeitr	(Gruchots) Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HAS	Handwörterbuch der antiken Sklaverei
h. v./hrsgg.	herausgegeben (von)
h.l.	hoc loco
h.M.	herrschende Meinung
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
Hrsg.	Herausgeber
ibid.	ibidem
insb.	insbesondere
IR	Irish Reports
J	Judge/Justice
JA	Judge of Appeal
Jhdt.	Jahrhundert
JLEO	Journal of Law, Economics, & Organization
JLH	Journal of Legal History
JMBI	Justizministerialblatt
JN	Jurisdiktionsnorm
JoJZG	Journal der juristischen Zeitgeschichte
JRS	The Journal of Roman Studies
jur.	juristisch
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
k (u) k.	kaiserlich und königlich
Kap.	Kapitel
KB	King's Bench Division
Kgl.	königlich
krit.	kritisch
Krit.VJSchr	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KuKo	Kurzkommentar
L.	Liber
lat.	Lateinisch
L.Ed.	United States Supreme Court Reports, Lawyers' Edition first series
lib.	liber
libr.	libri

Lit.	Literatur
LJ	Lord Justice/Lady Justice
LQR	The Law Quarterly Review
Mass.	Massachusetts
m.a.W.	mit an Wahrscheinlichkeit
m.E.	meines Erachtens
MinnLawRev	Minnesota Law Review
mit Nachw./ m.w.Nachw.	mit Nachweis(en)/mit weiteren Nachweisen
MünchKomm n.	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nota
NDB	Neue Deutsche Biographie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No./no.	Numero, numéro
nouv. ed.	nouvelle édition
Nr.	Nummer
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NSRB	Nationalsozialistischer Rechtswahrerbund
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
o.	oben
o.ä.	oder ähnlich
OAG	Oberappellationsgericht
OLG	Oberlandesgericht
OLG-NL	OLG-Rechtsprechung Neue Länder
o.O.	ohne Ort
öst.	österreichisch
p.	pars, pagina
P.C.I.J.	The Permanent Court of International Justice
para	paragraph
Paul. Sent.	Pauli Sententiae
pp.	paginae
Pr. (pr.)	Preußisch(e/er)
PrJurZ	Preußische Juristenzeitung
PrJW	Juristische Wochenschrift für die Preußischen Staaten
Prot.	Protokoll
QB/QBD	Queens Bench Division
QD (min.)	Quintilian, Declamationes minores
qu.	qu(a)estio
r	recto
RDP	Revue de Droit Public et de la Science Politique
RE	Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft
Reg. Vorl.	Regierungsvorlage
rev.	revised
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen
Rhein.	Rheinisch(e/er)
RKGO	Reichskammergerichtsordnung

Rn.	Randnummer
röm.	römisch
s	section
S.	Seite, auch: Siehe
s.	siehe
SA	South African Law Reports
sächs.	sächsisch
sämtl.	sämtlich(e)
SC	Senatus Consultum
SCC	Supreme Court Cases (India)
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren (German arbitration journal)
SCR	SCR = Supreme Court Reports (India)
S.Ct.	Supreme Court Reporter
sec.	sectio, section
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SS	Schutzstaffel
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
Suppl.	Supplement
s. v.	sub verbo
T./tom.	Tomus, tome
teilw.	teilweise
Th.	Teil
Tit./tit.	Titulus, titre
u.	und
u. a.	unter anderem
Übers.	Übersicht
UK	United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKPC	United Kingdom Privy Council
UKSC	United Kingdom Supreme Court
umf./umfangr.	umfangreich
umstr.	umstritten
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UPaLRev	University of Pennsylvania Law Review
U.S./U.S.A.	United States (of America)
usf.	und so fort
usw.	und so weiter
v	verso
v.	von, vom
vgl.	vergleiche
VI.	Liber Sextus
Vol./vol.	Volumen/volume
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
X	Liber Extra

YLJ	The Yale Law Journal
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZNR	Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG Germ. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/ Germanistische Abteilung
ZRG Kan. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/ Kanonistische Abteilung
ZRG Rom. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/ Romanistische Abteilung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zutr.	zutreffend
ZZP	Zeitschrift für deutschen Zivilprozess

## Einleitung

Wenn mehrere Richter zur Entscheidung desselben Falles berufen sind, wird die richterliche Aufgabe vergemeinschaftet. Urteilen die Richter gemeinsam als Mitglieder eines verselbständigten Spruchkörpers, wird der Rechtsstreit mit einem unitarischen, dem Spruchkörper zuzurechnenden Urteilsakt entschieden. Dabei verschränkt sich die Aufgabe der normgebundenen Rechtserkenntnis mit der einer kollektiven Entscheidungsfindung. Wie bei jeder Vergemeinschaftung einer intellektuellen Leistung stellt man sich hiermit eine hohe, aber auch eine heikle Aufgabe. In der Gerichtsbarkeit handelt es sich nicht nur darum, dass einer Gruppe die Verantwortung für eine gemeinsame Entscheidung zugewiesen ist, sondern es muss sich diese gemeinschaftliche Entscheidung als verfahrensgerecht erreichte Anwendung von Gesetz und Recht ausweisen. Die damit gegebene Problematik ist in jüngerer Zeit vor allem von der Entscheidungstheorie (*public choice*<sup>1</sup>) her beleuchtet worden, die für den Sonderfall der *layered decision* insbesondere die gemeinsame Rechtsfindung unter Richtern in den Blick genommen hat.<sup>2</sup> Man sieht es als sehr zweifelhaft an, ob sich komplexe individuelle Rechtsüberzeugungen überhaupt in eine gemeinsame Entscheidung überführen lassen, die kohärent und zugleich eine Widerspiegelung der individuellen Rechtsüberzeugungen ist.

In den europäischen Justiztraditionen haben Gerichte, Gesetzgeber und Rechtswissenschaft mit dem Problem der Entscheidungsfindung durch Richtermehrheiten gerungen. Die geschichtliche Entwicklung hat hierfür die unterschiedlichsten Spruchkörperstrukturen und Entscheidungsverfahren hervorgebracht. Dieses Buch handelt von den Erfahrungen, die man dabei gemacht hat. Die Darstellung zielt auf die innerkollegiale Entscheidungsfindung als einen formalisierten Prozess. Damit wird die historische

---

<sup>1</sup> Zur Einführung: ALLINGHAM, *Choice theory* (2002), S. 87 ff.

<sup>2</sup> KORNHAUSER/SAGER, *Philosophy and Public Affairs* 32 (3) (2004), S. 249 ff.; DIES., *California Law Review* 81 (1993), S. 1 ff.; LIST/PETTIT, *Philosophy and Public Affairs* 33 (4) (2005), S. 377 ff.; LANDA/LAX, *The Journal of Politics* 71 (3) (2009), S. 946 ff.; POST/SALOP, *Georgia Law Review* 80 (1992), S. 743 ff.; WALDRON, *Yale Law Journal* 115 (2006), S. 1346 ff.

Realität kollegialer Entscheidungsprozesse insofern nicht eingefangen, als informelle Konsenssuche und -findung in vielen, wenn nicht in den meisten Fällen die formalisierte Entscheidungsfindung entbehrlich machten und machen. Aus juristischer Sicht sind indes der Fall und der Punkt interessant, an dem es zum Schwur kommt, wenn also die Suche nach einer einvernehmlichen Lösung nicht mehr weiterführt. Im Zentrum der Arbeit steht die Frage, wie man diese Situation normativ zu bewältigen suchte.

Dieser Band bringt keine Universalgeschichte der Spruchkörper. Isoliert herausgearbeitet werden nur die grundsätzlichen Probleme der kollektiven Rechtsanwendung in ihrer Abhängigkeit von der inneren Struktur der Richtermehrheiten. Es geht insofern um die rechtliche Binnenstruktur der Spruchkörper; weitere Aspekte wie die ihrer Zuständigkeit und ihrer Formierung sollen, soweit möglich, ausgeblendet bleiben. Mit in die Untersuchung einbezogen ist die Entscheidungsfindung unter Schiedsrichtern. Diese thematische Ausweitung hat zum Grund, dass die Problematik bei einer Mehrheit von Schiedsrichtern nicht grundsätzlich anders gelagert ist als bei einer Richtermehrheit. In der Überlieferungsgeschichte hat bisweilen das Recht des kollegialen Schiedsverfahrens für wesentliche, hier interessierende Einzelfragen stärkere Aufmerksamkeit erhalten als das Recht staatlicher Gerichte.

Nicht behandelt werden die Kollektiventscheidungen von Geschworenen. Freilich findet schon die Frage, wie sich in den historischen Erscheinungsformen die Tätigkeit des Geschworenen zu denen des Richters verhält, keine einheitliche und einfache Antwort. Viel ist darüber gestritten worden, ob sich hier alles auf eine bequeme Dichotomie von Tat- und Rechtsfrage zurückführen lässt, dies im Sinne der Parömie *ad quaestionem facti non respondent iudices, ad quaestionem juris non respondent juratores* (Edward Coke). Geschworene sind nicht durchweg bloß als Beweismittel aufgetreten; vielmehr waren sie schon einbezogen als Auskunftspersonen über das angestammte Recht, wie ihnen auch – ob man dies anerkannte oder nicht – ein Stück der gerichtlichen Subsumtionsaufgabe zugewiesen war. Wenn diese Arbeit die Mehrheitsfindung unter Geschworenen nicht zum Gegenstand wählt, dann wegen des besonderen Reizes der Richtermehrheit, der darin besteht, dass die geistige Aufgabe einer begründeten Rechtsanwendung zugleich mehreren Personen zugewiesen ist. Typischerweise geben Geschworene eine JA/NEIN-Antwort auf eine ihnen gestellte Entscheidungsfrage; ihre Antwort bedarf keiner Begründung: Insofern fehlt die Verquickung von formalisierter Mehrheitsfindung und begründeter juristischer Denkleistung. Übrigens wird die Entwicklung der Geschworenengerichte und ihrer Mehrheitsregeln

nicht vollständig auszublenken sein, da es Wechselwirkungen mit den Richtermehrheiten gab.

Weil es vorliegend um die formalisierte Entscheidung gehen soll, kommen die interessanten Formen einer „weichen“ Richterberatung, vom *consilium* des römischen Prätors über die Ratsconsulenten der frühen Neuzeit<sup>3</sup> bis hin zu den wissenschaftlichen Mitarbeitern am Bundesverfassungsgericht<sup>4</sup> oder den *judicial assistants* im englischen *Supreme Court*,<sup>5</sup> denen ein förmliches Mitentscheidungsrecht abgeht, nicht in den Blick.<sup>6</sup>

Prozessentscheidungen durch Richtermehrheiten sind in äußerst verschiedenen Gestaltungsformen aufgetreten. Das in Kontinentaleuropa heute dominierende Verständnis von Kollegien, von abgegrenzten Spruchkörpern, deren gleichberechtigte Mitglieder – jeder ein „Richter“ – den Rechtsstreit gemeinschaftlich entscheiden, ist nur eines von sehr verschiedenen Modellen, die in der geschichtlichen Entwicklung ausgeprägt wurden. Gerade für das aus mehreren Richtern gebildete Gericht gilt die von John Baker formulierte Erkenntnis: „When an institution has been labelled a court, it is easy to assume that this has somehow fixed its character, whereas in truth courts have not always shared the same characteristics“.<sup>7</sup> Der Befund, dass die Frage des Entscheidungsprozedere unter mehreren Richtern maßgeblich von der konkreten gerichtsverfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Richtermehrheit abhängig ist, betrifft auch die interdisziplinäre Seite des Themas: Schon die Abhängigkeit von der konkreten institutionellen Ausgestaltung der Richtermehrheit macht es unwahrscheinlich, dass idealtypisch-modellhaft angelegte Entscheidungsverfahren aus dem Bereich der *public choice*-Forschung „I zu I“ übernommen werden könnten. Typische Modelle der Entscheidungstheorie bleiben angesichts des Detailreichtums der gerichtsverfassungsrechtlichen Kollegialstrukturen unterkomplex.

Das Thema wird wesentlich mitbestimmt durch einen Berührungspunkt mit der juristischen Methodenlehre in ihrer geschichtlichen Entwicklung.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Dazu kurz unten S. 63.

<sup>4</sup> ZUCK, RÜDIGER, Die Wissenschaftlichen Mitarbeiter des Bundesverfassungsgerichts, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System (2006), S. 283 ff.

<sup>5</sup> NESTERCHUK, TETYANA, The View from Behind the Bench: The role of Judicial Assistants in the UK Supreme Court, in: Burrows/Johnston/Zimmermann (eds.), Judge and Jurist (2013), S. 99 ff.

<sup>6</sup> S. dazu die Beiträge in Ascheri/Baumgärtner/Kirshner (eds.), Legal consulting (1999).

<sup>7</sup> Zum „changing concept of a court“ s. BAKER, Legal Profession (1986), S. 153 ff.

<sup>8</sup> Statt aller s. SCHRÖDER, Recht als Wissenschaft (2012).



Den juristischen Methodenlehren geht es um die Selbstvergewisserung geistiger Operationen, die – dies eine unausgesprochene Voraussetzung – von der einen Person des „Rechtsanwenders“ vorgenommen werden sollen: Unsere juristische Methode ist Singularmethode. Sobald die Aufgabe der Rechtsanwendung einem Kollegium zugewiesen ist, erhält die methodische Aufgabe gleichsam eine zusätzliche Dimension: Zur Singularmethode tritt ein Koordinationsproblem hinzu, das seinen eigentlichen Platz in der Wissenssoziologie der Kleingruppe hat. Es ist nun die Frage, ob auch die Koordination der mehreren juristischen Überzeugungen – also ein eigentlich in den Bereich der Wissenssoziologie fallender Vorgang – noch normativ methodischen Vorgaben folgen kann oder folgen muss, also in den Prozess der methodisch angeleiteten Rechtsanwendung zu integrieren ist. Schaut man auf das historische Material, so fällt auf erste Sicht ein Missverhältnis auf zwischen einerseits den ausziselierten Vorgaben, um die sich die juristische Methodenlehre bemüht, und andererseits dem eher geringen Interesse an der Frage, wie verschiedene Köpfe ihre juristischen Überlegungen koordinieren könnten. Der Rationalitätsanspruch, den man für den schlussendlichen Akt eines kollegialgerichtlichen Verfahrens erheben möchte, hängt davon ab, dass die Anleitungen aus dem Bereich der Methodenlehre befolgt wurden und zugleich das gedankliche Zusammenwirken der mehreren Juristen in einer transparenten und logischen Weise geordnet worden ist. Es kann nicht überzeugen, wenn man sich einer ausgefeilten Methodenlehre berüht, aber den Akt der Koordination juristischer Überlegungen in einer Personenmehrheit als ein diffuses Sich-einig-Werden hinnimmt: Alle singularmethodisch noch so durchdachten Überlegungen können dann bei der Integration zu einem kollektiven juristischen Akt in sich zusammenfallen, sodass nur ein inkohärentes Sammelsurium von Begründungssplintern übrig bleibt, die man zu einer Urteilsbegründung zusammensetzen mag. Die Frage, ob die Singularmethodik zur Erfassung auch noch des systematischen Zusammenwirkens der mehreren Richter ergänzt oder gar zu einer juristischen Kollektivmethodik weiterentwickelt werden kann oder muss, erscheint auch deshalb als besonders dringend, weil die Aufgabe der höchstrichterlichen Rechtsfortbildung typischerweise bei kollegial strukturierten Gerichten angesiedelt ist:<sup>9</sup> Mängel im juristischen Entscheidungsverfahren könnten daher gerade die Stimmigkeit der zur Rechtsfortbildung beitragenden Rechtserkenntnisse beeinträchtigen. Die unmittelbare Beantwortung dieser Frage ist indes nicht das Anliegen

---

<sup>9</sup> Hierzu zuletzt umf. MAULTZSCH, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess (2010), sowie grundlegend SCHÖNBERGER, VVDStRL 71 (2012), S. 296 ff

dieser Schrift. Hier geht es zunächst einmal um eine Aufbereitung historischen Anschauungsmaterials.

Das Thema wird hier nicht als ein solches der geschichtlichen Richter-soziologie aufgefasst; leitend ist vielmehr die Frage, welche normativen Vorstellungen über die Entscheidungsfindung für die geschichtlichen Erscheinungsformen von Richtermehrheiten entwickelt worden sind. Die Frage des juristischen Entscheidens ist in den vergangenen Jahren von unterschiedlichen Blickwinkeln thematisiert worden.<sup>10</sup> In dieser Studie wird ebenfalls das „Entscheiden“ untersucht, und zwar insofern die Entscheidung einer Richtermehrheit zugewiesen wird, dies indes, ohne dass eine Auseinandersetzung mit der – hier überspitzt formulierten – Grundfrage gesucht würde, ob die juristische Entscheidung wirklich ein „Erkennen“ ist oder doch nur ein in einem Kommunikativgeschehen verpackter Willkürakt.

Schon an dieser Stelle sollen die beiden „Mega-Trends“ bezeichnet werden, die die Rahmenbedingungen für unsere Fragestellung grundlegend verändert haben: Zum einen ist die Entwicklung zu verzeichnen von einer bloßen Richtermehrheit, bei welcher die Urteilsaufgabe den einzelnen Richter je für sich trifft, sodass aus dem Verfahren eine Mehrzahl von Urteilsprüchen hervorgeht, hin zum Urteil als einheitlichem Gesamtakt, der einem Kollegium, einem konstituierten Spruchkörper – typischerweise mit einem Vorsitzenden – zugerechnet wird. Zum anderen geht es um den Begründungszwang. Urteile sind insofern immer schon „begründet“ gewesen, als sie sich als durchdachte „Anwendung“ von Recht im gegebenen Fall verstehen und legitimieren. Die historische Entwicklung betrifft vor allem die Frage, ob die zugrunde liegende Deliberation ein Internum des Richters (oder des Gerichts) bleibt, vielleicht noch zu den Akten gegeben wird, oder ob sie den Parteien mitgeteilt oder gar zu Händen der weiteren Öffentlichkeit publiziert wird.<sup>11</sup> Der Zwang zur Begründung nur schon den Parteien gegenüber erzeugte für das echte Kollegialurteil das Problem, ob und wie dem einheitlichen „Urteilsbeschluss“ eine einheitliche Begründung beigegeben werden kann, selbst wenn in Beratung und Abstimmung des Spruchkörpers verschiedene Ergebnisse und/oder Begründungen favori-

---

<sup>10</sup> S. statt aller VISMANN, *Medien der Rechtsprechung* (2011), sowie die Beiträge in: Stollberg-Rilinger/Krischer (Hrsg.), *Herstellung und Darstellung von Entscheidungen* (2010).

<sup>11</sup> Hierzu umf. ZWALVE/JANSEN, *Publiciteit van Jurisprudentie* (2013); MOHNHAUPT, HEINZ, *Sammlung und Veröffentlichung von Rechtsprechung im späten 18. und 19. Jahrhundert – Zu Funktion und Zweck ihrer Publizität*, in: Battenberg/Ranieri (Hrsg.), *Festschr. Diestelkamp* (1994), S. 403 ff.

sirt worden waren. Der Übergang zum Abstimmen nach Gründen, um den man im 19. Jahrhundert rang, veränderte den Entscheidungsprozess von Grund auf. Die Tragweite dieses Übergangs von einem Verfahren, bei dem die Gerichtsentscheidung aufgrund einer Mehrheit von Endergebnissen bestimmt wird, zu einem Verfahren sequenzieller Filtration, bei der Schritt für Schritt Entscheidungsvarianten eliminiert werden, kann gar nicht überschätzt werden. Insbesondere eröffnen die nun entwickelten Verfahren den Richtern Möglichkeiten eines *strategic voting*.

Während in der Hauptsache genuine Gerichtskollegien den Untersuchungsgegenstand bilden, kommen doch auch Spruchkörper außerhalb der eigentlichen Justiz in den Blick, die sich dann auch durch ein abweichendes kollegiumsinternes Verfahrensrecht auszeichnen. Zum einen wird es um juristische Fakultäten gehen müssen, die als Spruchkörper – in eigener Zuständigkeit oder aufgrund einer Aktenversendung – tätig wurden. Hier darf man prima facie erwarten, dass sie sich als judizielle Spruchkörper im Großen und Ganzen an die Verfahrensregeln angelehnt haben, wie sie für alle anderen Geschäfte der betreffenden Fakultät galten. Zum anderen lag und liegt eine judizielle Zuständigkeit oftmals bei einer Volksversammlung oder einer Versammlung, die einen bestimmten Stand oder dergleichen vertritt. In diesen Fällen erfolgt die Spruchtätigkeit regelmäßig nach dem „parlamentarischen“ Verfahren, wie es für Beratung und Beschlussfassung dieses Staatsorgans auch im Übrigen gilt. Beispiele sind die griechische Polis, der römische Senat oder das englische House of Lords in der Zeit vor der Einsetzung des Judicial Committee (1876), danach noch bis 1948, soweit es über *peers* zu urteilen hatte. Vor allem die *impeachment*-Verfahren der englischen und amerikanischen Parlamentstradition gehören hierher. Bei solchen „Umfunktionierungen“ eines Legislativorgans zu einem gerichtlichen Spruchkörper legt man im Grundsatz die parlamentarischen Verfahrensregeln zugrunde, die dann aber typischerweise an den andersartigen Verfahrenszweck angepasst werden. So schlüpfen die Parlamentarier in die Rolle von (stummen) Geschworenen, vor denen der Prozess veranstaltet wird. Der eigentliche Votationsvorgang entspricht im Grundsatz aber wieder dem für einen Gesetzesantrag.<sup>12</sup> Eine schiedsrichterliche Streitentscheidung konnte/kann man auch juristischen Fakultäten oder einem Legislativorgan übertragen;<sup>13</sup> Exekutivorgane sind ebenfalls

<sup>12</sup> Für den U.S.-Senat war z.B. einmal streitig, ob dem Chief Justice des Supreme Court, der dem Senat im Impeachment-Prozess gegen den Präsidenten vorsitzt, ein eigenes Stimmrecht zukommt, obschon er nicht Senator ist; s. HEARN, *The Impeachment of Andrew Johnson* (2000), S. 176.

<sup>13</sup> So wurde im ersten vorchristlichen Jahrhundert der Senat der auf der iberischen

schon als Schiedsgerichte bemüht worden. Wiederum stellt sich jeweils die Frage, inwieweit die Verfahrensregelung für das Schiedsverfahren sich an das allgemeine Verfahrensreglement anlehnt, das für das Organ im Übrigen aufgestellt ist.<sup>14</sup>

Die Darstellung strebt Vollständigkeit nicht an. Die behandelten Probleme müssen an sich in jeder Jurisdiktion aufgetreten und gelöst worden sein, die Entscheidungen durch Richtermehrheiten kannte/kennt.<sup>15</sup> Es ist zu hoffen, dass immerhin die wesentlichen Lösungsmodelle, die in den europäischen Rechtsentwicklungen aufgebracht worden sind, erfasst und beschrieben sind.

---

Halbinsel gelegenen Stadt Contrebia (heute Bototrita) mit der schiedsrichterlichen Entscheidung eines Streits zweier Nachbargemeinden um Wasserrechte betraut; hierzu s. ERNST, ZRG Rom. Abt. 132 (2015), S. 1 ff., hier S. 7 m.w.Nachw.

<sup>14</sup> Als sich 1925 im Grenzstreit um die Provinz Mosul die Türkei und Großbritannien darauf verständigten, den Völkerbundsrat – in etwa der Vorgänger des UN-Sicherheitsrats – entscheiden zu lassen, ergab sich eine charakteristische Zweifelsfrage daraus, dass die Satzung des Völkerbunds sah für Entscheidungen des Völkerbundsrats das Erfordernis der Einstimmigkeit vor: Galt dieses nun auch für die Einschaltung des Völkerbundsrats als Schiedsrichter? Der Völkerbundsrat ersuchte den Internationalen Gerichtshof um eine „Advisory opinion“, der die Frage unter der Präsidentschaft von Max Huber bejahte: Der Völkerbundsrat sei als Organ in derjenigen rechtlichen Verfassung zum Schiedsrichter bestellt, die ihm die Satzung gegeben habe; dazu gehöre das Erfordernis der Einstimmigkeit; *Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (Frontier between Turkey and Iraq)*, P.C.I.J., ser. B, no. 12 (1925), S. 4 ff., hier 27 ff.

<sup>15</sup> Für die gegenwärtige Rechtspraxis hat Mitchel Lasser 2004 einen Vergleich von „Judicial Deliberations“ in der französischen Cour de Cassation, im U.S.-amerikanischen Supreme Court und im EuGH angestellt. Dieses Werk hat eine weitere Diskussion ausgelöst, die Niederschlag gefunden hat in dem Sammelband Huls/Adams/Bomhoff (eds.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond* (2009). Mitchell selbst hat seine Thema weiterverfolgt in: *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe* (2009). Die vorliegende Untersuchung ist in zweifacher Hinsicht anders gelagert, indem zum einen das Thema geschichtlich angegangen wird und zum anderen die normativen Modelle formalisierter Richterentscheidungen im Zentrum stehen.



## I. Teil

# Römische Antike

## I. Schiedsrichtermehrheiten

### I. *Quot arbitri, tot sententiae*

Zum Einstieg sei untersucht, wie die römischen Juristen Differenzen unter mehreren Schiedsrichtern bewältigt haben, die mit der Entscheidung desselben Falles beauftragt sind.<sup>1</sup> Dabei geht es nur um die sogenannte kumulative Schiedsrichterernennung, bei der jeder *arbiter* für sich die gesamte Schiedspflicht übernimmt. Jeder Schiedsrichter ist hierbei Urheber einer eigenen *sententia*: *tot sententias esse quot sunt arbitri, cum singuli aliter atq. aliter pronunciaverint* (Anton Faber).<sup>2</sup> Das *sententiae stari* ist gegeben, sobald alle Schiedsrichter ihre jeweiligen Sprüche abgegeben haben (D. 4,8,27,3 Ulp. 13 ed.). Der Abgabe der einzelnen Schiedssprüche folgt nicht noch ein Kollegialurteil nach, ein „Urteilsbeschluss“, der namens der Schiedsrichtergesamtheit ergehen würde. Andernfalls könnte vom *sententiae stari* erst nach dessen Abgabe die Rede sein. Mehrere Schiedsrichter bilden in Rom kein Schiedsgericht, kein *collegium*.<sup>3</sup> Die Schiedsrichtermehrheit wird auch nicht von einer Art „Vorsitzenden“ geführt, dem besondere Zuständigkeiten etwa für die Verfahrensleitung zugekommen wäre. Alle Schiedsrichter nehmen dieselbe rechtliche Stellung ein.

---

<sup>1</sup> Zu den Besonderheiten der Schiedsrichtermehrheit s. ERNST, WOLFGANG, Schiedsrichtermehrheiten im klassischen römischen Recht, in: Hallebeek et al. (eds.), *Inter cives necnon peregrinos* (2014), S. 161 ff.; ROEBUCK/DE LOYNES DE FUMICHON, *Roman Arbitration* (2004), S. 175 ff.; ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht* (1971), S. 123 ff., S. 135.

<sup>2</sup> FABER, *Rationalia* (1631), ad D. 4,8,17,3.

<sup>3</sup> A.A. offenbar RAMPAZZO, *Sententiam dicere* (2012), der z.B. S. 201 u. öfter unbefangen vom „collegio“ spricht.