

Rechtshistorisches Proseminar

1. Nehmen Sie Stellung zu der Rolle des Richters und seinem Verhältnis zu den Juristen im klassischen römischen Formularprozess.

2. Nehmen Sie Stellung zu der Feststellung Oskar Bülows: „Auch die vollkommenste Gesetzgebung vermag es nicht, die Rechtsordnung schon allein von sich aus fertig zu stellen. Nicht einmal den Plan zu einer solchen kann sie bis in alle Einzelheiten hinein vollständig entwerfen. Das Gesetz muss Vieles und Wichtiges der selbstständigen, genauer und bestimmter ins Einzelne eindringenden Rechtsordnungsarbeit der anderen Rechtsanstalt, des Richteramts, überlassen.“

3. Wägen Sie unter Berücksichtigung der Institutionen der Jury und des Friedensrichters die Vorzüge und Nachteile der Laienbeteiligung an der Rechtspflege ab.

4. Worin besteht – verglichen mit der heutigen Verfahrensstruktur – die Besonderheit der Rolle des Richters im Prozess nach der Carolina?

5. Nehmen Sie zusammenfassend Stellung zu den drei folgenden Feststellungen Montesquieus aus dem 6. Buch des 11. Kapitels des „Geist der Gesetze“:
 1. Freiheit gibt es auch nicht, wenn die richterliche Befugnis nicht von der legislativen und von der exekutiven Befugnis geschieden wird.
 2. Unter den drei von uns besprochenen Befugnissen ist die richterliche gewissermaßen gar keine.
 3. Doch die Richter der Nation sind ... lediglich der Mund, der den Wortlaut des Gesetzes spricht,

Es sind alle Fragen zu beantworten.

Hinweise zur Lösung

Abschlussklausur Proseminar

zu 1) Der römische Richter (*iudex*) war ein juristischer Laie, der aus einer Liste vom Prätor ausgewählt wurde, bevor die Parteien als Abschluss des Verfahrens in *iure* die Klageformel feierlich annahmen (*litis contestatio*). Die Funktion des Richters in dem nun beginnenden zweiten Verfahrensabschnitt (*apud iudicem*) beschränkte sich darauf, die Tatsachen zu prüfen, die zur Begründung / Abweisung der Klage (*formula*) notwendig waren. Er war also auf die Durchführung des Beweisverfahrens beschränkt. Die relevanten Tatsachen waren von der *formula*, die zwischen den Parteien mithilfe des Prätors ausgehandelt worden war, ebenso vorgegeben wie die auszusprechende Rechtsfolge. In den sog. strengrechtlichen Klagen waren diese Vorgaben sehr eng: Stellte er das Vorliegen der Klage begründenden Tatsachen fest, musste der Richter verurteilen (*condemnare*); fehlte eine Klage begründende Tatsache oder entsprach der Betrag der Klage nicht der bewiesenen Verpflichtung musste er freisprechen (*absolvere*).

Allerdings gibt es auch Klageformeln, die dem Richter ein größeres Ermessen einräumen. Hier sind vor allem die sog. *bonae fidei iudicia*, d.h. die auf Treu und Glauben gestützten Klagen zu nennen. Ihre Formel ermächtigt den Richter bei Prüfung der Klagevoraussetzungen auf Treu und Glauben Rücksicht zu nehmen. Ihm sind also weitere Gestaltungsmöglichkeiten gegeben als pauschale Klageabweisung oder Verurteilung in voller Höhe. Jedenfalls die hochklassische Juristen erkennen dem Richter im Rahmen der auf Treu und Glauben gestützten Klagen auch die Möglichkeit zu, den Beklagten teilweise zu verurteilen, die Klage also teilweise abzuweisen und vor allem Gegenansprüche des Beklagten auch bei Ausspruch des Urteils zu verrechnen den Beklagten also nur in die Differenz zu verurteilen (sog. *compensatio*).

Wie jeder Römer einer gewissen sozialen Schicht hatte der Richter ein *consilium*, d.h. einen Beraterstab von Klienten, Freunden und sonstigen fachkundigen Ratgebern, die ihm bei seiner Entscheidungstätigkeit Beistand und Unterstützung in jeder Hinsicht leisteten. Es ist davon auszugehen, dass sich im *consilium* des Richters, auch oder vielleicht sogar vorrangig Juristen befanden, d.h. ursprünglich Privatleute, die unentgeltlich Rechtsgutachten erteilten, nachdem sie bei einem anderen Juristen als Schüler dessen Rechtsgutachten gehört hatten. Der – wie oben gesehen – nicht unbedingt fachkundige Richter konnte die Juristen seines *consilium* befragen, etwa um die genaue Bedeutung und Auslegung eines Formelwortes oder auch (ihm unbekannt) Ausprägungen des Prinzips von Treu und Glauben zu erfragen oder in Grenzfällen über die Auslegung eines Rechtsbegriffs informiert zu werden. Vor allem dürften die Juristen ihn auch über die für seine Tätigkeit wichtigen Beweislastfragen informiert haben. Eine echte Verpflichtung, dem Rat der Juristen zu folgen, zumal auch durchaus unterschiedliche Antworten verschiedener Juristen im *consilium* vorstellbar sind, gab es für den Richter nicht, wenn er nicht einen offenen und bewussten Rechtsbruch

beginnt. Unter nicht völlig geklärten Voraussetzungen konnte er dann deliktisch zur Verantwortung gezogen werden (*litem suam facere*).

Schwieriger zu bestimmen ist sein Verhältnis zu Juristen, deren Ansicht ihm von den Parteien durch Vorlage eines Rechtsgutachtens vorgetragen wurde. Dies hängt mit der nicht vollständig geklärten Funktion des sog. *ius respondendi* zusammen, das als erster Augustus prominenten und für ihre Fähigkeit bekannten Juristen verliehen haben soll. Das *ius respondendi* war wohl kein ausschließliches Privileg, das Juristen ohne diese Auszeichnung die Berufsausübung verbot. Vielmehr darf man es also besondere Auszeichnung für die ausgewählten Juristen verstehen, deren Rechtsansicht gegenüber anderen mit der kaiserlichen Autorität ausgestattet wurde. Die Forschung geht seit Kunkel davon aus, dass ein Richter von Gutachten der mit dem *ius respondendi* ausgestatteten Juristen kaum abgewichen sein wird, so dass sich unter den klassischen römischen Juristen sogar die Meinung durchsetzte, die Antworten der Juristen schufen unmittelbar Recht (*iura condere*). Insoweit war der Richterspruch somit der Juristenansicht untergeordnet. Dass dies kein Diktat der Juristen des richterlichen Urteils bedeutet, belegt zum einen die Bedeutung der Faktendarstellung durch die Redner (*rhetores*) im Beweisverfahren, zum anderen die Entscheidungsfreiheit des Richters jedenfalls im Fall zweier sich widersprechender Gutachten von Juristen mit *ius respondendi*.

Es kam vor allem darauf an zu wissen, dass der Richter ein Laie ist, der erst in einem zweiten Verfahrensabschnitt zum Zuge kommt. Wichtig ist auch, dass die Beschränkung des Richters auf das Beweisverfahren erkannt wird. Zugleich sollte man erkennen, dass die Entscheidung durch den Prätor „vorstrukturiert“ wird und der Richter zudem in ein Beratungssystem durch die Juristen eingebettet ist.

zu 2) Bülow's Thesen muss man vor dem Hintergrund des Siegeszuges des Gesetzes sehen. Der Volksgeist mit seinem Ausläufer „Gewohnheitsrecht“ hatte ausgedient. Die Methodenlehre emanzipierte sich vom Montesquieu'schen Vorstellungsbild des „reinen“ Gesetzesvollzuges. Ohne es so zu umschreiben, postuliert Bülow das Modell des „arbeitsteiligen Prozesses der Rechtskonkretisierung“. Der Richter hebt sich vom Gesetzgeber vor allem durch seine Fokussierung auf den Einzelfall ab. Die notwendige Allgemeinheit der gesetzlichen Regelung eröffnet dem Richter einen Spielraum selbstständiger Rechtsbestimmung. Hier zieht Bülow auch die Bilanz der gescheiterten kasuistischen Gesetzgebung etwa des *prALR*.

zu 3) Als Vorzug wird zumeist die demokratische Legitimation ins Feld geführt. Sie steht hier im Gegensatz zu einer potentiellen Legitimation qua Sachverstand. Mit Laiengerichtsbarkeit assoziiert man auch jene Flexibilität in der Entscheidungsfindung, die im Einzelfall zu einer allseits befriedenden Gesamtlösung verhelfen könne. Insofern werden wir auf unterschiedliche Richtertypen, unterschiedliche Entscheidungstraditionen und unterschiedliche Konflikttypen verwiesen. Schließlich

schwingen auch unterschiedliche gesellschafts- und staatspolitische Vorstellungsbilder mit. Ich habe dies an anderer Stelle nach den Kategorien

- Nähe und Ferne
- Justiz durch Seinesgleichen
- Schlichter oder Richter
- Wer soll welchen Rechtsstreit richten?

durchdekliniert (Jung, Richterbilder – Ein interkultureller Vergleich, 2006, S. 71 ff.).

Während für die Jury das Konzept „Justiz durch Seinesgleichen“ gilt, korrelieren Friedensrichter-Konzepte mit dem Modell der Schlichtung. In der Regel repräsentieren sie auch die Nähe zum „Entscheidungsfeld“. Die Autorität wird von Friedensrichtern historisch gesehen vom Charisma des „weisen Mannes“ gespeist.

zu 4) Die Carolina nennt zwar ein ganzes Sammelsurium von Richtern. Als Zentralgestalt tritt uns freilich ein „Profi“ entgegen. Ihm wird die Durchführung des entscheidenden Beweisverfahrens, namentlich die Anwendung der „peinlichen Frage“ (Stichwort: Folter) überantwortet. Die Urteiler können nicht in das Beweisverfahren hineinreden. Die Carolina ist, was diesen Richter anbetrifft, durch eine totale Konfusion der Rollen gekennzeichnet: der Richter ist Richter, Ankläger, ja selbst Verteidiger in einer Person.

zu 5) Ausgangspunkt ist für Montesquieu der Gedanke der Freiheitssicherung durch Gewaltenteilung. In diesem Sinne insistiert er auf den drei Gewalten. Allerdings ist seine Haltung zur richterlichen Gewalt ambivalent. Unter machttheoretischen Aspekten favorisiert er eine richterliche Gewalt, die – wie die Jury – nur ad hoc zusammentritt. Noch heute vermeidet man in der französischen Debatte mit Bezug auf Richter den Begriff „pouvoir“ und spricht stattdessen von „autorité“. Die methodischen Konsequenzen sind klar. Es ist die Zeit der Gesetze gekommen. Der Stern der Richter der parlements ist im Sinken begriffen. Daher der Wunsch die Richter nur mehr als „Subsumtionsautomat“ zu verstehen (vgl. auch Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat, 1986).