

V&R

Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen
Neue Folge

Band 13

Herausgegeben von

Udo Di Fabio, Urs Kindhäuser und Wulf-Henning Roth

Jocelyne Leblois-Happe /
Carl-Friedrich Stuckenberg (Hg.)

**Was wird aus der Hauptverhandlung?
*Quel avenir pour l'audience de
jugement?***

4. Deutsch-französische Strafrechtstagung /
4èmes Rencontres du droit pénal franco-allemandes

V&R unipress

Bonn University Press



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8471-0311-0

ISBN 978-3-8470-0311-3 (E-Book)

**Veröffentlichungen der Bonn University Press
erscheinen im Verlag V&R unipress GmbH.**

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Fritz Thyssen-Stiftung für Wissenschaftsförderung.

© 2014, V&R unipress in Göttingen / www.vr-unipress.de

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Printed in Germany.

Druck und Bindung: ⊕ Hubert & Co, Göttingen

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhalt

Vorwort / <i>Avant-propos</i>	7
Abkürzungsverzeichnis / <i>Liste des abbréviations</i>	9
I. Das Kollegialprinzip / <i>Le principe de collégialité</i>	
Mathias Schmoeckel Kollegialgericht oder Einzelrichter? Kurze Einblicke in eine lange Entwicklung	17
Julien Walther Le principe de collégialité – un fondement discuté et bousculé du procès pénal en droit français et allemand	45
II. Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme / <i>L'immédiateté de l'administration de la preuve</i>	
Helmut Frister Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme	65
Jocelyne Leblois-Happe L'«immédiateté» de l'administration de la preuve	83
III. Beweisverbote und <i>nullité</i>	
Stefanie Bock Beweisverbote aus deutscher Sicht im Lichte der Rechtsprechung des EGMR	99
Juliette Lelieur La sanction de la preuve pénale irrégulière: comparaison structurelle des dispositifs français et allemand	117

IV. Die Bedeutung des Hauptverhandlungsprotokolls und seine Reform / *Le rôle du procès-verbal des débats*

Carl-Friedrich Stuckenberg

Die Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls – ein mißlungener Import aus Frankreich? 135

Egon Müller

Die Bedeutung des Hauptverhandlungsprotokolls und seine Reform . . . 145

Christine Moreau

Le rôle du procès-verbal des débats 151

V. Das Fernsehen in der Hauptverhandlung / *Diffusion audiovisuelle des débats*

Heike Jung

(Fernseh)Bilder der Justiz oder wieviel Öffentlichkeit verträgt die Hauptverhandlung? 167

Xavier Pin

La Diffusion audiovisuelle des débats devant les juridictions pénales françaises 179

VI. Verständigung / *Le «plaider coupable»*

Thomas Weigend

Neues zur Verständigung im deutschen Strafverfahren? 199

Akila Taleb

Le «plaider coupable» français: quel avenir pour l'audience de jugement? 221

VII. Die Rolle der Laienrichter / *La participation des citoyens*

Christian Jäger

Die Rolle der Laienrichter 251

Jérôme Ferrand

Citoyens-asseesseurs: chronique d'une mort annoncée 263

Jean Pradel

Rapport de synthèse / *Schlussbetrachtung* 279

Autoren / *Auteurs* 293

Vorwort / *Avant-propos*

Die in diesem Band versammelten Beiträge beruhen auf Vorträgen,¹ die auf der 4. Deutsch-französischen Strafrechtstagung am 22. und 23. März 2013 an der Universität Bonn gehalten wurden. Die Bonner Tagung setzt die Reihe von Treffen französischer und deutscher Strafrechtler aus Universität und Praxis fort,² die alle zwei Jahre stattfinden und der vertieften Kenntnis des jeweils anderen Rechts und seiner aktuellen Entwicklungen sowie dem Vergleich dieser beiden ebenso eng verwandten wie eigenständigen Rechte dienen.

Sowohl die Durchführung der Tagung als auch der Druck dieses Tagungsbandes wurden erst durch die Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung ermöglicht, der Veranstalter und Teilnehmer hierfür herzlich danken.

Le présent volume rassemble les contributions aux 4èmes Rencontres du droit pénal franco-allemandes qui se sont déroulées à Bonn les 22 et 23 mars 2013.³ Le colloque de Bonn s'inscrit dans la tradition désormais bien établie⁴ de ces Rencontres qui permettent, tous les deux ans, aux universitaires et praticiens du droit pénal des deux pays de confronter leurs analyses sur l'évolution de ces droits à la fois si différents et si proches.

La tenue de ces Rencontres et la publication de cet ouvrage ont été rendues possibles grâce au soutien financier de la fondation Fritz Thyssen auxquels les organisateurs et les participants adressent leurs très vifs remerciements.

Jocelyne Leblois-Happe

Carl-Friedrich Stuckenberg

1 Die französischen Zusammenfassungen aller deutschsprachigen Beiträge hat Jocelyne Leblois-Happe erstellt, die deutschen Zusammenfassungen der französischen Beiträge stammen von Heike Jung (Text von Xavier Pin) und Carl-Friedrich Stuckenberg (die übrigen Texte).

2 Die bisher daraus hervorgegangenen Publikationen sind auf der nächsten Seite aufgelistet.

3 Les résumés en français ont été rédigés par Jocelyne Leblois-Happe, les résumés en allemand par Heike Jung (texte de Xavier Pin) et Carl-Friedrich Stuckenberg (autres textes).

4 Chaque édition des Rencontres débouche la publication d'un ouvrage. La liste des ouvrages publiés figure page suivante.

Publikationen der vorherigen Tagungen / Publications des Rencontres précédentes

1. Deutsch-französische Strafrechtstagung (Metz, 2007):

1ères Rencontres du droit pénal franco-allemandes (Metz, 2007):

Tagungsband / Actes:

Jocelyne Leblois-Happe (Hrsg./dir.), *Vers un nouveau procès pénal? Neue Wege des Strafprozesses?*, Société de législation comparée, Colloques, Vol. 9, Paris 2008

2. Deutsch-französische Strafrechtstagung (Saarbrücken, 2009):

2èmes Rencontres du droit pénal franco-allemandes (Sarrebruck, 2009):

Tagungsband / Actes:

Heike Jung/Jocelyne Leblois-Happe/Claude Witz (Hrsg./dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Saarbrücker Studien zum Internationalen Recht, Band 44, Nomos, Baden-Baden 2010.

Tagungsbericht / Compte-rendu:

Carl-Friedrich Stuckenberg, GA 2009, 429 – 438

3. Deutsch-französische Strafrechtstagung (Strasbourg, 2011):

3èmes Rencontres du droit pénal franco-allemandes (Strasbourg, 2011):

Tagungsband / Actes:

Jocelyne Leblois-Happe (Hrsg./dir.), *Les investigations policières – Die polizeilichen Ermittlungen*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

Tagungsbericht / Compte-rendu:

Heike Jung, Stephanie Kopf und Carl-Friedrich Stuckenberg, GA 2011, 531 – 536

4. Deutsch-französische Strafrechtstagung (Bonn, 2013):

4èmes Rencontres du droit pénal franco-allemandes (Bonn, 2013):

Tagungsbericht / Compte-rendu:

Stephanie Hamdan, Heike Jung und Carl-Friedrich Stuckenberg, GA 2013, 711 – 717

Abkürzungsverzeichnis / *Liste des abbréviations*

a. A.	anderer Ansicht
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AE	Alternativ-Entwurf
aff.	affaire
AG	Amtsgericht
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJPén, AJ Pénal	Actualité juridique pénale
al.	alinéa
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Arch. pol. crim.	Archive de politique criminelle
art., Art.	article, Artikel
art. préc.	article précité
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
bearb.	bearbeitet
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung Strafsachen; herausgegeben von Richtern des Bundesgerichtshofs
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache

Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
BZR	Bundeszentralregister
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
bzw.	beziehungsweise
c., c/	contre
C. com.	Code de commerce
C. constit.	Conseil constitutionnel
C. just. adm.	Code de justice administrative
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass.crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
CC	Conseil constitutionnel
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des Droits de l'homme
Cf.	confère
chron.	chronique
CIC	Code d'instruction criminelle
circ.	circulaire
COJ	Code de l'organisation judiciaire
comm.	commentaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne des Droits de l'homme
COPJ	convocation par Officier de Police Judiciaire
Cour EDH	Cour européenne des Droits de l'homme
CP, C.p., C.pén.	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPP, C.p.p., C.proc.pén.	Code de procédure pénale
CRPC	comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité
D.	Digesten
D.	Recueil Dalloz
DC	décision du Conseil constitutionnel
déc.	décision
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
dir.	directeur
Dr. pén., Dr. pénal	Revue Droit pénal

éd., éds.	édition, éditions
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ep.	epistula
et al.	et alii
et s.	et sequentes, et (pages) suivantes
f., ff.	und folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen
fasc.	fascicule
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
fol.	folio
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
gl.	glossa
GS	Gedächtnisschrift
GS, GSSt	Großer Senat, Großer Senat für Strafsachen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
HRRS	Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
HStR	Handbuch des Staatsrechts
ibid.	ibidem
i. d. R.	in der Regel
i. V. m.	in Verbindung mit
JAP	juge de l'application des peines
JCP	La semaine juridique. Juris-classeur périodique
JCP éd. G	La semaine juridique. Juris-classeur périodique, édition Générale
JO	Journal Officiel
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung

JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KK, KK-StPO	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung
KMR	Kleinknecht/Müller/Reitberger, Kommentar zur StPO und zum GVG
LG	Landgericht
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Lit.	Literatur
lit.	littera
loc. cit.	loco citato
LPA	Les Petites Affiches
LR	Löwe/Rosenberg, Kommentar zur Strafprozessordnung
m. Anm.	mit Anmerkung
m. w. N., m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NB	nota bene
ND	Neudruck
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
no., n°	numéro
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht, Rechtsprechungs-Report
o.	oben
obs.	observations
OLG	Oberlandesgericht
op. cit.	opere citato, opus citatum
p.	page(s)
par ex.	par exemple
préc.	précité
PrObTrib	Preußisches Ober-Tribunal
QPC	question préalable de constitutionnalité
RD publ.	Revue de droit public et des sciences politiques en France et à l'étranger
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
Rec.	Recueil
Rép. Pén. Dalloz	Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit pénal et de procédure pénale
Rev. dr. pén.	Revue droit pénal
Rev. int. dr. pén.	Revue internationale de droit pénal
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

RFAP	Revue française d'administration publique
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDP	Revue internationale de droit pénal
Rn.	Randnummer
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RStPO	Reichsstrafprozeßordnung
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Seite
s.	siehe
s.a.	siehe auch
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SK-StPO	Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung
sog.	so genannt
somm.	sommaire
Sp.	Spalte
spéc.	spécialement
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StRÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
TGI	Tribunal de grande instance
u. U.	unter Umständen
Urt.	Urteil
v.	versus
v.	vom
V., v.	voir
v. a.	vor allem
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
vol.	volume, volumen
Vorbem.	Vorbemerkungen
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung

z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG GA	Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZRG KA	Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung
ZRG RA	Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

I. Das Kollegialprinzip /
Le principe de collégialité

Kollegialgericht oder Einzelrichter? Kurze Einblicke in eine lange Entwicklung

Collégialité ou juge unique? Brèves observations sur une longue évolution

*La composition, collégiale ou non, des juridictions est le produit d'une longue évolution à laquelle peu de travaux ont jusqu'à présent été consacrés, du moins sous l'angle qui nous intéresse. Trois modèles procéduraux existaient sous l'Antiquité. Le premier était le système romain des magistrats qui disposaient de conseillers ne participant pas formellement à la décision, de sorte que l'on ne peut parler de collégialité au sens propre. A la même époque pourtant, dans les *quaestiones perpetuae* par ex., la décision appartenait à une pluralité de personnes formant le *consilium*. Le deuxième modèle était l'*episcopalis audientia* de l'évêque, composée du plus grand nombre possible de membres de la communauté décidant ensemble. Deux raisons expliquaient ce fonctionnement collégial: d'un côté, la participation de membres de la communauté facilitait le maintien de la paix au sein de celle-ci; de l'autre, l'évêque représentant Dieu, la solution adoptée devait être la meilleure possible, ce qui requérait la contribution du plus grand nombre. Le troisième modèle était celui du droit germanique. Selon les lois barbares, tous les hommes aptes à porter les armes participaient au jugement, jusqu'à ce que la réforme judiciaire de Charlemagne introduise l'échevinage. Les échevins étaient des notables locaux représentant le peuple; le juge ne faisait que diriger le procès et recueillir la décision prise par ceux-ci. La mise en place de l'échevinage reposait sur la volonté de conférer une légitimité aux décisions de justice et d'en garantir l'exécution effective.*

L'histoire du droit du 19ème siècle voyait dans ces trois traditions des systèmes distincts ayant coexisté durant plusieurs siècles. En réalité, dès le Haut Moyen Age, des éléments de ces différentes procédures se recoupaient et se mêlaient entre eux. Ainsi par ex. en droit canon, les affaires civiles étaient souvent jugées à juge unique, tandis qu'en matière pénale la décision était prise par un collège de juges dont le nombre augmentait avec le statut social de la personne concernée. La collégialité de principe de la Rota romaine reculait en raison de l'autonomie croissante des auditeurs qui la composaient. Une évolution analogue a pu être observée au sein du Parlement de Paris et du Reichskammergericht.

*La doctrine du *ius commune* était donc accoutumée à une grande variété de*

systèmes d'organisation judiciaire. Abordant les choses de manière positiviste et pragmatique, elle ne portait pas d'intérêt particulier à la composition des juridictions – d'où l'absence de développements théoriques sur ce nous appelons aujourd'hui le «principe de collégialité».

I. Einleitung

In der Geschichte des Prozessrechts, insbesondere des Strafprozessrechts, wurde die Dogmengeschichte des Spruchkörpers und seiner Zusammensetzung bisher nur ausschnitthaft behandelt. Einzelne Aspekte wie die Wiederentdeckung der Jury im 18. und 19. Jahrhundert wurden ausführlich thematisiert. Auch die Volksgerichtsbarkeit der Leges oder die Schöffengerichtsbarkeit seit Karl dem Großen sind altbekannte Fragestellungen der Rechtsgeschichte. Doch abseits dieser großen Themen wurde bisher kaum geforscht. Insbesondere fehlen solche Untersuchungen zum römisch-kanonischen Prozessrecht. Dadurch wurden bislang die zugrunde liegenden Diskussionslinien von der Antike zur Neuzeit nicht untersucht.

Die Gefahr solcher Inseln des Wissens ist, dass man ihnen eine viel größere Bedeutung bzw. Signifikanz zumisst, als ihnen tatsächlich zukommt. Schaut man in die Geschichte des Gemeinen Rechts, wird man sehen, dass die Diskussion um die Vorzüge von Einzelrichter oder Spruchkollegium älter sind. Auch die Differenz zwischen Ius Commune und einem „deutschen“ Prozessrecht des Mittelalters lässt sich durch eine solche Untersuchung näher bestimmen. Es lohnt sich daher, die Entwicklung des Gemeinen Rechts zu thematisieren, um so wichtige Modelle in ihren Unterschieden identifizieren zu können und deren Zusammenhänge erfassen zu können.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sollen im Folgenden die Modelle erfasst werden, die der Entwicklung des Ius Commune zugrunde lagen. Besonders klar lassen sich für die Antike die Vorstellungen des klassischen römischen Rechts vom Verfahren vor der *episcopalis audientia* oder den Gerichten der Volksrechte abgrenzen (dazu II.1, 2 und 3). Diese Modelle sind hinlänglich bekannt und müssen hier nur zum Zweck der Einleitung vorgestellt werden. Die weitere Entwicklung baut auf diesen drei Grundtypen auf. Der Schwerpunkt wird hier daher darauf liegen, die Entwicklung des Ius Commune in dieser Frage zu beschreiben und zu erklären (dazu III.1). Dabei ist sowohl auf die Kanonistik als auch auf die Legistik einzugehen. Dazu gehört ebenso ein Blick in die *ordines iudicarii*. Damit ist die gemeinrechtliche Theorie abgedeckt. Es ist allerdings erforderlich, jedenfalls einige ausgewählte Gerichte anzusprechen, um bruchstückweise die Theorie mit der Praxis vergleichen zu können (dazu III.2). Nur so lassen sich einige noch offene Fragen erklären.

Neben den gemeinrechtlich gebildeten Gerichten blieb die Tradition der Schöffengerichte in Zentraleuropa bestehen, bis die sogenannte „Rezeption“ zur Angleichung der Gerichtstypen führte. Erst im Hinblick auf das englische Vorbild der Jury entstand im 18. Jahrhundert eine breite gesellschaftliche Diskussion um die Vorteile eines Kollegialgerichts. Über die Französische Revolution wurde diese auch in die einzelnen Staaten, so auch in die deutschen Staaten getragen.¹ Auf die neuzeitliche Kritik am gelehrten Einzelrichter soll ausblickhaft am Ende kurz hingewiesen werden (dazu IV.)

II. Antike

1. Römisches Recht

Zum Zweck der Einleitung und Erarbeitung eines Modells sollen eingangs gewisse Erkenntnisse allgemeiner Art zum römischen Recht zusammengetragen werden. Sie können dabei allenfalls grobe Umrisszeichnungen dieser Rechtsmaterie liefern. Es kann hier nicht unternommen werden, diese Periode in den verästelten Regelungsdetails oder ihrer langen Entwicklung nachzuzeichnen. Notwendig sind diese Grundkenntnisse jedoch zum Verständnis der nachklassischen Entwicklung.

Entscheidungen über Rechtsfragen wurden grundsätzlich vom *praetor* getroffen. Dieser wurde zunächst vom Volk gewählt, später vom Senat bzw. Kaiser ernannt. Es war ein höheres Amt im Laufe der üblichen Laufbahn, des *cursus honorum*. Zum einen klärte der Prätor allein bei Gerichtsstreitigkeiten vorab die Rechtsfrage. Er gab dabei bis 128 n. Chr. vor seiner Amtsführung im prätorischen Edikt die Rechtssätze bekannt, nach denen er sich richten wollte. Hatte er die Rechtsfrage entschieden, bestimmte er den Richter (*iudex*), der nach Maßgabe der prätorischen Rechtsentscheidung die Fakten klärte und das Endurteil sprach.²

Zum anderen saß der Prätor in bestimmten Strafsachen einem Spruchkörper vor. So bestimmte 149 v. Chr. die Lex Calpurnia, dass gegen käufliche oder erpresserische (*quaestio de repetundis*) Statthalter ein *consilium* gebildet wurde, das über den Fall entschied und dem der Prätor vorsah. Dieser Spruchkörper wurde nicht eigens neu für den Fall gebildet, sondern war zunächst als Beson-

1 Dazu Peter Landau, Schwurgericht und Schöffengericht in Deutschland im 19. Jahrhundert bis 1870, in: A. Padoa Schioppa (Hrsg.), The Trial Jury in England, France, Germany 1700–1900, Berlin 1987, S. 241–304.

2 Wolfgang Kunkel/Roland Wittmann, Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik, 2. Abschnitt: Die Magistratur (Handbuch der Altertumswissenschaft/Rechtsgeschichte des Altertums, III.2), München 1995, S. 52 ff., 141 ff., 323 ff.

derheit auf unbestimmte Dauer (*quaestio perpetua*) angelegt. Auf diese Art gab es mehrere dauernde Spruchkörper für die wichtigsten Delikte.³ So gab es Fälle, in denen kein Einzelrichter, sondern ein Spruchkollegium die Entscheidung fällte. Dies galt auch im Fall der Rekuperatoren, die für Schadensersatzfälle eingesetzt waren.

Die Regel war, dass sowohl der *praetor* als auch der *iudex* allein kraft Amtes entscheiden konnte. Sie vertraten insoweit das Volk. Die Entscheidungsmacht der Magistrate (*imperium*) legitimierte ihre Entscheidung in hinreichender Weise, so dass ein Kollegialorgan hier weder für notwendig angesehen wurde noch Platz greifen konnte, weil nur der speziell Ermächtigte das Recht, die Entscheidung bzw. das Urteil zu sprechen, hatte. Über die Delegation des Prätors partizipierte auch der Richter von dieser Autorität. Selbst Geisteskrankheit konnte daher nicht vom Richteramt entbinden, solange der Richter noch eine Entscheidung fällen konnte (Paulus D. 5.1.46).

Bei der Bestimmung des *iudex* wurde den Parteien dabei sogar ein Mitspracherecht eingeräumt. Es gab Listen möglicher Richter (*album iudicum selectorum*), aus denen man sich den Geeigneten aussuchen konnte. Konnten sich die Parteien nicht auf einen *iudex* einigen, konnte es ein Losverfahren geben.⁴ Damit sollte sichergestellt werden, dass keine persönlichen Vorbehalte des Richters seine Entscheidungsfindung beeinflussen konnten.

Deutlich getrennt von den Amtsinhabern war ein Beraterstab, das *consilium*. Für Private, erst recht aber Funktionsträger war es selbstverständlich, sich in juristischen Fragen von Beisitzern (*adsores*) beraten zu lassen. Das verlieh ihren Entscheidungen eine zusätzliche Autorität.⁵ Sie garantierten, dass die Magistrate rechtmäßig vorgingen. Für die Prätores und Ädile gilt die Existenz eines solchen Beraterstabes als selbstverständlich, doch ist er nur spärlich belegt.⁶ Dies verdeutlicht den Unterschied zwischen dem Amtsinhaber und dem im Hintergrund wirkenden Beraterstab. Ganz offensichtlich bewirkte letzterer nicht, dass man von einem Kollegialgericht sprechen konnte.

In den *quaestiones perpetuae* allerdings urteilte das *consilium*, das als Vertreter eines oder später mehrerer Stände beteiligt wurde, wegen der eminenten politischen Qualität des angeklagten Verbrechens. Während der Prätor das Verfahren nur als Vorsitzender zu leiten hatte,⁷ war es die Aufgabe der *iudices*,

3 Vgl. Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899 ND Darmstadt 1961, S. 203.

4 Dazu Max Kaser/Karl Hackl, Das römische Zivilprozessrecht (Handbuch der Altertumswissenschaft, III.4), München 1996, § 23 V, S. 160; § 26 I.2, S. 193; Paul Jörs/Wolfgang Kunkel/Leopold Wenger, Römisches Recht (Enzyklopädie der Rechts und Staatswissenschaft, 4. Aufl., bearb. von H. Honsell/Th. Mayer-Maly/W. Selb, Berlin 1987), S. 526.

5 So Kunkel/Wittmann (Fn. 2), S. 136 f.

6 Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozessrecht (Fn. 4), § 91 I, S. 607.

7 Vgl. Mommsen (Fn. 3), S. 208.

die Entscheidung zu treffen. Sie werden daher in der deutschen Literatur meist als „Geschworene“ bezeichnet. Die Entscheider mussten zunächst Senatoren sein, konnten später allerdings dem Ritterstand angehören. Deutlich wird hieran der ständische Aspekt dieses Kollegialgerichts.⁸ Auch für sie gab es ein *album iudicum*, dem die *iudices* entnommen wurden.⁹ So konnten die Parteien ihnen voreingenommene *iudices* ausschließen.¹⁰ Das Kollegialgericht wurde damit personell für jeden Prozess konkretisiert, auch wenn der Spruchkörper abstrakt ständig vorhanden war (*quaestio perpetua*). Die Einschaltung von mehreren *recuperatores* bei Schadensersatzforderungen, wahrscheinlich erst ab einer bestimmten Höhe,¹¹ diente in gleicher Weise dazu, das öffentliche Interesse an solchen Fällen zu akzentuieren.¹² Die Unangreifbarkeit dieser *recuperatores* aufgrund ihres *imperium* kommt auch darin zum Ausdruck, dass es nicht sicher ist, ob diese überhaupt für ihr Urteil zur Verantwortung gezogen werden konnten.¹³

Von den Spezialfällen im strafrechtlichen Bereich abgesehen wurde also im klassischen römischen Recht grundsätzlich durch einen Einzelrichter entschieden. Zwar kannte man vorwiegend im Strafrecht Kollegialgerichte, doch spielten hier ständische Gesichtspunkte eine entscheidende Rolle. Das *imperium* des Richters reichte damit grundsätzlich vollständig aus, um das Urteil zu legitimieren. Diese Macht stand so sehr im Vordergrund, dass die Abgrenzung zu den bloßen Ratgebern leicht fiel. Diese Rollenverteilung spiegelte sich auch an der Spitze des römischen Reichs, denn auch der Kaiser hatte einen Beraterstab (*consilium*), der sich jedenfalls seit Diocletian deutlich zeigt.¹⁴ Er beriet den Kaiser bei dessen Entscheidungen, so dass es schwer fällt, hier zwischen der Einzelentscheidung des beratenen Kaisers oder dem Urteil des *consilium principis* zu unterscheiden. Am ehesten wird man dem kaiserlichen *consilium* jedoch eine beratende Funktion zuschreiben müssen.¹⁵

8 Vgl. Mommsen (Fn. 3), S. 209.

9 Zu diesen Listen vgl. Mommsen (Fn. 3), S. 211.

10 Zu den Eigenschaften der *iudices* vgl. Mommsen (Fn. 3), S. 212.

11 So Wilhelm Simshäuser, Stadtrömisches Verfahrensrecht im Spiegel der *lex Irnitana*, ZRG RA 109 (1992), 163–208, 175.

12 Kaser/Hackl (Fn. 4), § 26 II.1, S. 197 ff.

13 S. Philipp Grzimek, Studien zur *taxatio*, München 2001, S. 21.

14 Alexander Demandt, Die Spätantike. Römische Geschichte von Diocletian bis Justinian 284–565 n. Chr., 2. Aufl. München 2007, S. 299.

15 So Kaser/Hackl (Fn. 4), § 78 II.3, S. 529.

2. Episcopalis audientia

Umso erstaunlicher ist, dass die frühe Kirche eine grundsätzlich andere Haltung einnahm. Für die frühe Zeit gibt es weniger allgemeine Regeln als Einzelfälle, in denen solche generelle Haltungen zum Ausdruck kommen. Briefe von Ambrosius, Bischof von Mailand, enthalten beispielsweise solche Gesichtspunkte, etwa zwei Briefe, die er an Syagrius, Bischof von Verona, richtete. Bürger von Verona hatten Ambrosius um das Jahr 380¹⁶ von einem laufenden Prozess berichtet, in den Ambrosius mit seinen Briefen eingriff. Zu den zahlreichen Verfahrensfehlern, die Ambrosius aufdeckte, gehört auch der Vorwurf, den Prozess alleine zu führen. So warf Ambrosius Syagrius vor, das Verfahren ohne den Rat irgendeines Bruders (*sine alicujus fratris consilia*) betrieben zu haben. Für sein eigenes Verfahren betonte Ambrosius dagegen, den Prozess zusammen mit Brüdern und Priestern seiner Diözese (*cum fratribus et consacerdotibus nostris*) betrieben zu haben.¹⁷

Teilweise hat man angenommen, dass in der Urkirche das Gericht von der ganzen Gemeinde wahrgenommen wurde, also von Klerikern und Laien. Die ersten christlichen Gemeinden scheinen im großen Umfang ihre Zwistigkeiten in der gesamten Gemeinde ausgetragen zu haben.¹⁸ Die „Statuta ecclesiae antiqua“ des 5. Jahrhunderts, die in c. 23 wiederum ein Kollegialgericht vorschreiben, suggerieren, dass es eine Tradition des Kollegialgerichts gegeben haben könnte.¹⁹ Dafür spricht, dass auch in den Constitutiones Apostolorum die Mitwirkung der Presbyter und Diakone im Bischofsgericht vorgesehen war.²⁰

16 *Ambrosius Mediolensis*, Opera X: Epistulae et Acta, 2, ed. Michaela Zelzer (CSEL, 82.2), ep. 56 (Maur. 5), S. 84–97, und ep. 57 (Maur. 6), S. 98–111; ep. LVI verkürzt auch in: M. Sargentii/R.B. Bruno Siola (Hrsg.), *Materiali per una palingenesi delle Costituzioni tardo-imperiali*, Band 4: *Normativa imperiale e diritto romano negli scritti di S. Ambrogio. Epistulae – De officii – Orationes funebres*, Milano 1991, S. 44 f.

17 Wenn mit den „fratres“ nicht gleichzeitig auch die Presbyter gemeint waren, kann man darin Bischöfe der Umgebung angesprochen sehen, so auch *François Martroye*, *L’affaire Indicia*, in: *Mélanges Paul Fournier*, Paris 1929, S. 503–510, 505; *Vratislav Bušek*, *Der Prozeß der Indicia*, ZRG 60 KA 29 (1940), 447–461, 458 m. w. Nachw. auf die ältere Literatur, die dieser Auffassung folgte. Im Folgenden greife ich auf meine Untersuchung: *Die Jugend der Justitia*, Tübingen 2013, zurück.

18 *Stefan Koch*, *Rechtliche Regelung von Konflikten im frühen Christentum*, Tübingen 2013, S. 199, 208.

19 *Caron*, *I tribunali della chiesa nel diritto del tardo impero*, in: XI Convegno Internazionale in Onore di Felix B.J. Wubbe, Napoli 1997, S. 245–263, 257; *Bušek* (Fn. 17), S. 448; vgl. *Statuta ecclesiae antiqua*, ed. Ch. Munier, Paris 1960, c. 14, 81: „Ut episcopus nullius causam audiat absque praesentia clericorum suorum [...]“. Der Clemens-Brief spricht zwar von den Richtern im Plural, dies könnte sich aber auf die Gesamtheit der Gerichte beziehen. Für eine entsprechende Praxis bei Martin von Tours vgl. *Wilhelm Molitor*, *Ueber kanonisches Gerichtsverfahren*, Mainz 1856, S. 30, der hier aus Sulpitius Severus, *Dialogi*, 2, schöpft.

20 *Constitutiones Apostolorum*, II.47.1, 142 = c. XI, in: Arthur Vööbus, *The Didascalia Apo-*

Das Konzil von Serdika²¹ ging ebenso davon aus.²² Die Beratung mit einem gelehrten Beraterstab, einem „Umstand“,²³ findet sich auch bei Augustinus.²⁴ Das Verfahren vor der *episcopalis audientia* könnte öffentlich mit einer mündlichen Schlussverhandlung durchgeführt worden sein,²⁵ so dass die Autorität des Bischofs durch den Umstand erhöht wurde.

Unklar bleibt jedoch, welche Rolle dieser richterliche Umstand spielen sollte.²⁶ Der Hinweis auf das Richterkollegium betont, dass der Richter den Urteilspruch nicht allein fällen oder jedenfalls in seiner Entscheidungsfindung begleitet werden soll. Ambrosius' Ermahnung steht im Kontext zur Friedenswahrung. Während Syagrius durch seinen Alleingang Streit hervorgerufen habe, trage Ambrosius' Urteil, das mit den Mitbrüdern und Klerikern getroffen wurde, zur Befriedung der Gemeinde bei. Mehr Richter konnten also danach eher ein Urteil erzielen, das Gerechtigkeit und Frieden garantierte.

Ohnehin war der Bischof innerhalb seiner Diözese dafür zuständig, durch die Ausübung seiner Disziplinargewalt Frieden zu garantieren und die rechte Ausübung des Glaubens im Alltag zu lehren.²⁷ Stets ging es darum, den Frieden in der Gemeinschaft herzustellen und den Einzelnen nach seinem Fehlverhalten sobald als möglich wieder in die Gemeinschaft zurückzuführen. Schon aus diesem Grund könnte es notwendig gewesen sein, einen großen Teil der Gemeinde oder jedenfalls ihres Klerus im Gericht zu vereinen.

Zudem wurde der Bischof in seiner richterlichen Funktion als Vertreter Gottes angesehen, das Urteil musste daher im Sinne Gottes ausfallen.²⁸ In dem

stolorum in Syriac, Louvain 1979, S. 119; dazu *Alexander Alan McArthur*, *The Office of Bishop in the Ignatian Epistles and in the Didascalia Apostolorum compared*, *Studia Patristica*, Band 4, Berlin 1961, S. 298–304, 299; ferner dazu *Charles Munier*, *Art. audientia episcopalis*, in: C. Mayer (Hrsg.), *Augustinus-Lexikon*, Band 1, Basel 1986–1994, S. 511–515, 515.

21 Zur Authentizität der Texte von Serdika vgl. *Hamilton Hess*, *The Early Development of Canon Law and the Council of Serdica*, Oxford 2002, S. 114 ff.; *Gregor Ritter von Hankiewicz*, *Die Kanones von Sardika. Ihre Echtheit und ursprüngliche Gestalt*, *ZRG KA 2* (1912), 44–99.

22 Vgl. Konzil von Serdika, „De episcopis depositis“, c. 5.

23 Zum Begriff und der klassischen rechtshistorischen Einordnung vgl. *Jürgen Weitzel*, *Art. Umstand*, *HRG*, Band 5, Berlin 1998, Sp. 437–442.

24 Zum Kollegialgericht bei Augustin s. *Kauko K. Raikas*, *Audientia Episcopalis*, *Augustinianum*, vol. 37 (1997), 459–482, 468; u. U. musste man sich von anderen, z. B. Juristen als Spezialisten, Rat holen, vgl. *Eva-Maria Kuhn*, *Rechtsprechung durch den Bischofsrichter*, in: *Hellebrand, Johannes* (Hrsg.), *Augustinus als Richter*, Würzburg 2009, S. 106–157, 138.

25 Einen solchen „ordo iudiciorum“ macht aus *Franca De Marini Avonzo*, *Dall'Impero Cristiano al Medioevo*, Goldbach 2001, Nr. IX: 137*–174*, 173* (= *La giustizia nelle province agli inizi del basso impero*, I: *I principi generali del processo in un edito di Costantino*, in: *Studi Urbinati*, XXXI, Milano 1965, S. 291–328, 327 = *Syntelesia Arangio Ruiz*, Band 2, Napoli 1964, 1037–1062).

26 So auch *Bušek* (Fn. 17), S. 458.

27 *Constitutiones Apostolorum* (Fn. 20), II.38.2, 124.

28 *Constitutiones Apostolorum* (Fn. 20), II.47.2, 142.

von den Kirchenvätern markierten Ausgangspunkt geht es daher weder um Zivilverfahren noch um Strafrecht, sondern um Buße. Dies gilt sogar bei schweren Verbrechen, in denen die Quellen überwiegend von Strafe (*poena*) handeln. Damit ist die soteriologische Funktion des bischöflichen Gerichts angesprochen. Der Bischof lehrte nicht nur durch seine Rechtsprüche das richtige Leben, sondern konnte auch durch die gerechte Strafe auf Erden eine Bestrafung im Jüngsten Gericht verhindern.²⁹

Als *iudices vice Christi* urteilten die Bischöfe anstelle des allwissenden Gottes. Sie mussten sich daher an einer objektiven Wahrheit messen lassen, die – wenn das überhaupt möglich ist – sich nicht unbedingt im Prozess enthüllt. Die Auffassung, der christliche Richter richte an der Stelle Gottes und Christi,³⁰ veränderte die richterliche Aufgabe in erheblicher Weise. Diese Aufgabe war übermenschlicher Natur und nicht wirklich zu erfüllen. Die bischöflichen Richter litten unter der Last der Prozesse, weil sie vermuten konnten, täglich Fehlurteile zu fällen.³¹ Zugleich blieb der Bischof als Richter auch Seelenhirte und musste ein Urteil fällen, das den einzelnen wieder auf den rechten Weg führte. Strenge aber auch Mitleid und Gnade³² waren die Mittel, den Sünder in die Kirche zurückzuführen.³³

Es wird daher verständlich, dass der Bischof in seiner Prozessführung und Entscheidung Hilfe brauchen konnte. Dabei war es nicht nur ein Zeichen der Bescheidenheit, sich mit den Klerikern, gelegentlich auch Juristen, zu beraten,³⁴ sondern Ausdruck des Bemühens, die eine richtige Entscheidung zu treffen, die den Einzelnen richtig leitete und die Gemeinschaft befriedete. Schon aus diesem Grund war die Beteiligung mehrerer an der Entscheidungsfindung vorteilhaft. Der Bischof repräsentierte das Gericht zwar nach außen, durfte aber in der Sache

29 Zum Verbot doppelter Strafverfolgung s. *Canones Apostolorum*, c. 25 = *Dist. 81 c. 12*; zum hier vorausgesetzten Verbot doppelter Strafverfolgung („*Ne bis in idem*“) s. *Peter Landau*, Ursprünge und Entwicklung des Verbots doppelter Strafverfolgung wegen desselben Verbrechens in der Geschichte des kanonischen Rechts, *ZRG KA* 56 (1970), 124–156.

30 So auch *Cyprianus Carthaginiensis*, Ep. 59.5.1, vgl. *Hasso Jaeger*, *La Preuve judiciaire d'après la tradition rabbinique et patristique*, in: *Recueils de la Société Jean Bodin*, Bd. 16, Brüssel 1963, S. 415–594, 496, zum Phänomen 526.

31 So *Aurelius Augustinus*, Ep. 95.3, ed. A. Goldbacher (CSEL 34.2), S. 508 Z. 19: „Ego in his cotidie peccare me fateor [...]. Quis in his omnibus tremor, mi Pauline, sancte homo dei. Quis tremor, quae tenebrae.“, dazu *Kevin Uhalde*, *Expectations of Justice in the Age of Augustine*, Philadelphia 2007, S. 51 f. Zur Häufigkeit der Urteile im Leben und Werk Augustins s. *Kauko K. Raikas*, Art. *Iudicium*, in: C. Mayer (Hg.), *Augustinus-Lexikon*, Band 3 Fasc. 5/6, Basel 2008, S. 802–803, 802.

32 So auch *Uhalde* (Fn. 31), S. 47.

33 *Constitutiones Apostolorum* (Fn. 20), II.20.4, 72.

34 Vgl. zum „Richter-Spiegel“ bei Augustinus *Kuhn* (Fn. 24), S. 119, 136–138; *Giulio Vismara*, *La giurisdizione civile dei vescovi, secoli I–IX*, Milano 1995, S. 103, 115 zum Richterkollegium. Die Notwendigkeit des Umstands betont auch *Didascalia Apostolorum* (Fn. 20), ed. R. Hugh Connolly, c. 11, 111.

nicht allein entscheiden. Vielmehr ging es um die richtige Entscheidung, die sich innerhalb der Gemeinschaft der Richter herausstellen sollte. Dabei sollte nicht nur Rat eingeholt und die Öffentlichkeit vergrößert werden. Vielmehr wollte man ein möglichst perfektes, den Wertungen des allwissenden Gottes entsprechendes Urteil erhalten. Nicht die Weisheit eines einzelnen reichte hier aus, sondern mit aller verfügbaren Hilfe konnte man nur hoffen, noch eben ein taugliches Urteil treffen zu können.

Die Kirche kannte also nicht nur durch das römische Recht die Beratung, sondern maß ihr einen neuen Wert zu. Im Ergebnis kann man das frühkirchliche Bischofsgericht wohl als Kollegialgericht ansprechen. Der Umstand diente nicht nur der Beratung des bischöflichen Richters. Vielmehr konnte jeder von ihnen „die richtige Entscheidung“ finden, das also dem Urteil des Richters im Jüngsten Gericht möglichst nahe kommen sollte. Die Wahrheit und Gerechtigkeit musste sich nur noch der restlichen Richterschar durch die Vermittlung des Heiligen Geistes offenbaren. In den Bischofswahlen wie in den anderen Kollektiven hoffte die Kirche, dem Wirken des Heiligen Geistes Raum zu bieten.³⁵ Der Bischof hatte vielleicht genügend Macht, um ein Urteil fällen und durchsetzen zu können. Doch statt einer Machtfrage stand hier die Sorge um eine möglichst gerechte Entscheidung. Der bischöfliche Umstand sollte also den Bischof beraten, um im Kollektiv ein Urteil zu erzielen.

3. Vollbort: Vom Volks- zum Schöffengericht

Tacitus berichtet von den „Germanen“, sie würden ihre Angelegenheiten in einer Versammlung aller waffenfähigen Männer klären, also auch ihre Urteile auf diese Weise fällen. Tacitus spricht von einem „concilium“, vor dem die Anklage vorgebracht würde. Im Vordergrund steht bei ihm also die Versammlung. Er berichtet jedoch auch von *principes*, die in den Gauen (*pagos*) Recht sprechen (*iura reddunt*). Je hundert aus dem Volk würden den einzelnen als Begleiter mit Rat (*consilium*) und Autorität beiseite stehen. Auch auf der unteren Ebene agierte der Fürst also nicht allein, sondern nur mit der Unterstützung von Volksvertretern.³⁶ Die Zustimmung des *concilium* sollte dabei in der Regel durch Akklamation erfolgen, indem die Männer mit den Schwertern auf ihre Schilder klopfen.³⁷

Angesichts Tacitus' lediglich indirekter Kenntnisse des germanischen Lebens

35 Den Aspekt des Verfahrens und der Normbildung betont dagegen *Andreas Thier*, Hierarchie und Autonomie. Regelungstraditionen der Bischofsbestellung in der Geschichte des kirchlichen Wahlrechts bis 1140, Frankfurt a.M. 2011, S. 423 ff.

36 S. die *Germania* des Tacitus, ed. R. Much, 3. Aufl. Heidelberg 1967, S. 212–219.

37 *J.B. Rives*, Tacitus. *Germania*, Oxford 1999, S. 172.

ist es vielleicht müßig, hieraus allgemeine Aussagen ableiten zu wollen.³⁸ Dies gilt umso mehr, als heute die Kategorie der „Germanen“ an sich fragwürdig geworden ist.³⁹ Die römische Diktion spielt viel zu auffällig auf römische Verhältnisse an, um daraus verlässliche Aussagen zu einem „germanischen“ Recht gewinnen zu können.⁴⁰ Auffällig ist jedoch, dass auch die verschiedenen Richter des fränkischen Rechts die Urteile von ihrem Umstand erfragten (*demendare*).⁴¹ Hier ist sogar eine Kontinuität der lokalen Hoheitsträger greifbar,⁴² die den Prozess einzuberufen, zu leiten und das Urteil schließlich auszuführen hatten.

Im 8. Jahrhundert bürgerte sich zunehmend der Ausdruck „scabino“ (Schöffe) ein, welche die älteren „Rachinbürgen“ ablösten. Sie stellen im Vergleich zur Vollversammlung waffenfähiger Männer ein kleineres Gremium von Rechen- oder Rechtsbürgen dar, die bei der Urteilsfindung mitwirkten.⁴³ In der Gesetzgebung von Karl dem Großen zwischen 770 und 780 sieht man traditionell eine grundsätzliche Umwandlung der Gerichte, in der bisher alle waffenfähigen Männer beteiligt waren, in ein Schöffengericht. Schöffen, also lokale Honoratioren, vertraten nun die Bevölkerung in der Urteilsfindung, während der Richter (*iudex*) nur das Verfahren leitete und das Urteil, das er von den Schöffen erfragte, mit seiner Autorität umzusetzen hatte.⁴⁴ Jürgen Weitzel betont dabei stärker den Übergangscharakter, so dass Karl wohl nur eine längere Entwicklung begünstigte.⁴⁵

Diese „germanische“ Tradition beteiligte also in größerem Maße das Volk bzw. seine Krieger oder jedenfalls eine größere Zahl von Honoratioren. Grund der Beteiligung war hier weniger die Schwierigkeit der Entscheidung selbst als die Rückbindung der Ordnung auf die Allgemeinheit und die Sorge um die effektive Umsetzung des Urteils. Der Richter war nun sogar nur die ordnende,

38 Zum zugrunde liegenden Problem vgl. Dieter Timpe, *Romano-Germanica*. Gesammelte Studien zur Germania des Tacitus, Stuttgart/Leipzig 1995, S. 145–168, 167 = *ders.*, Zum politischen Charakter der Germanen in der Germania des Tacitus in: P. Kneissl/V. Losemann (Hrsg.), *Alte Geschichte und Wissenschaftsgeschichte*. Festschrift für Karl Christ, Darmstadt 1988, S. 502–525, 524.

39 Walter Pohl, *Die Germanen*, München 2000, S. 10; Rives (Fn. 37), S. 21.

40 So Allan A. Lund, Versuch einer Gesamtinterpretation der Germania des Tacitus, in: Hildgard Temporini/Wolfgang Haase (Hrsg.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, Teil II, Bd. 33.3, Berlin/New York 1991, S. 1858–1988, 1898.

41 Vgl. *Pactus legis salicae*, c. 44, *De reipus*, § 1, ed. K.A. Eckhardt, Weimar 1935, S. 64.

42 Richard Wenzkus, Bemerkungen zum Thunginus der Lex Salica, in: *ders.*, *Ausgewählte Aufsätze*, Sigmaringen 1986, S. 65–84.

43 Detaillierter Justus Wilhelm Planck, *Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter*, Band 1, Braunschweig 1879, S. 98 ff.

44 Friedrich Battenberg, Art. Schöffen, Schöffengericht, HRG Band 4, Berlin 1990, Sp. 1463–1469, 1464.

45 Jürgen Weitzel, *Dinggenossenschaft und Recht*. Untersuchungen zum Rechtsverständnis im fränkisch-deutschen Mittelalter, Köln Weimar Wien 1985, S. 777, 898.

verfahrensleitende Autorität, die Entscheidung kam dagegen aus dem Plenum. Damit stand nicht die Sorge um Gerechtigkeit und Weisheit der Entscheidungsfindung im Vordergrund, sondern vielmehr die Machtfrage. Es wäre damit eine zeitfremde Kategorie, hier von demokratischer Partizipation in der Judikative zu sprechen. Die politische Intention kam dem jedoch sehr nahe, insoweit die königlichen Richter nicht selbst die Machtfülle besaßen, um ein Urteil ganz ohne Mitwirkung anderer fällen zu können. Die Partizipation der Krieger, der Schöffen oder *proceres* war ein Mittel, um weitere Teile der Gesellschaft dazu zu bringen, das Urteil zu akzeptieren und umzusetzen.

III. *Ius Commune*

1. Schriften zum Gemeinen Recht

Die Entstehung des römisch-kanonischen Prozessrechts, das Europa bis zum 19. Jahrhundert als dogmatische Grundlage prägte, vollzog sich in mehreren Schritten. Die Bedeutung der karolingischen Reform im 9. Jahrhundert liegt in der Ausrichtung auf die *libertas ecclesiae*, den Ausbau einer auf den Papst ausgerichteten kirchlichen Hierarchie und den Anfängen einer Sammlung des Kirchenrechts. Dabei handelte es sich nicht nur um lokal verbreitete Privatarbeiten. Vor 774 erließ bereits Hadrian IV. eine Sammlung, die auf dem Werk des Mönches Dionysius Exiguus aufbaute.⁴⁶ Diese *Collectio Dionysio-Hadriana* zeigt, dass auch von offizieller Seite das Interesse an einem vereinheitlichten Kirchenrecht bestand.

In den pseudoisidorischen Fälschungen findet sich eine gefälschte Dekretale, wonach jeder Prozess vier Personen erfordert, nämlich den Richter, den Zeugen, den Ankläger und den Beklagten.⁴⁷ Eine ähnliche Stelle findet sich bei Erzbischof Hincmar von Reims, Kanzler des westfränkischen Reichs⁴⁸ und damit einem Kirchenfürsten. Die offizielle Kirche und die Fälscher vertraten also in dieser Frage die gleiche Ansicht. Die genannte Dekretale war daher praktisch und wurde immer wieder zitiert.⁴⁹ Aussagekräftig ist diese Stelle bezüglich der

46 Lotte Kéry, *Canonical Collections of the Early Middle Ages (ca. 400 – 1140)*, A Bibliographical Guide to the Manuscripts and Literature, Washington 1999, S. 13 f.

47 *Decretales pseudo-isidorianae*, ed. P. Hinschius, Leipzig 1863, S. 165: Pseudo-Fabianus, ep. 2, c. 22.

48 Z.B. *Hincmar Rhemensis, De divortio Lotharii regis et Theutbergae reginae*, ed. L. Böhringer, MGH Concl. IV suppl. 1, Hannover 1992, S. 102 Z. 1–2.

49 Z.B. *Rhetorica ecclesiastica* [wohl Hildesheim 1160], in: L. Wahrmund, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, Band 1.4, Innsbruck 1906 ND Aalen 1962, S. 2.

vorliegenden Fragestellung nicht, weil damit offen gelassen wird, wie viele Richter oder Zeugen benötigt werden. Hier kam es auf die Abgrenzung der verschiedenen Funktionen, nicht die konkrete Zahl an.

In Übereinstimmung mit der Tradition hielt die erste Zusammenstellung des Prozessrechts, die prozessrechtsordnungs-gleiche *Collectio Angilramni*, zu Beginn fest: Ein Bischof dürfe nur dann urteilen, wenn er gemäß dem kanonischen Recht ernannt, im Rahmen seiner legitimen Synode agiere, die getreu der apostolischen Autorität zur rechten Zeit zusammengerufen worden sei etc.⁵⁰ Etwas unbestimmter sprach Erzbischof Hinkmar von Reims in seinem berühmten Gutachten zur Trennung der Eheleute Lothar II. von Lotharingen und seiner Frau Theutberga von den Richtern meist in der Mehrzahl.⁵¹ Noch schärfer bestimmt die *Collectio Danieliana*, die wie die *Collectio Angilramni* aus dem Umkreis der pseudoisidorischen Fälschungen stammt, dass ein Metropolit, der ohne sein *concilium* zu entscheiden wagt, zur Strafe sein Amt verlieren soll; seine Entscheidung soll null und nichtig sein.⁵² Die *Capitula Angilramni* betonten dagegen, dass diese höchstrangigen Kirchenfürsten (*primatus*) ihre Stellung nicht der Synode, sondern der Einsetzung durch Christus verdanken (Mt 16.18).⁵³ Auch im Sendgericht agierten die Bischöfe oder ihre Archidiacone nie allein, sondern immer mit den Synodalen.

Deutlich wird hieran, dass sich die Autoren des 9. Jahrhunderts an die Vorgaben der Patristik hielten und gleichzeitig mit den weltlichen Gerichten konform gingen. Wie im römischen Recht verkörperte der Bischof die Autorität des Amtes. Doch die Beteiligung des Klerus der Diözese wahrte die kanonische Form und glich damit nach außen durchaus den Verfahren der volksrechtlichen Tradition. Es ist verständlich, dass Hinschius dies als Übernahme der germanischen Überlieferung auffasste,⁵⁴ was im Hinblick auf die patristische Tradition keineswegs gänzlich überzeugend ist.

Nach der Jahrtausendwende nahmen die Bemühungen um die Festlegung des Kirchenrechts zu, es entstanden immer mehr Sammlungen. Nur gelegentlich wurde hier die Zahl der Richter behandelt, etwa in der „*Collectio canonum trium librorum*“, die zwölf Richter festlegt, welche der Bischof bestimmen müsse.⁵⁵

50 Karl-Georg Schon, *Die Capitula Angilramni. Eine prozessrechtliche Fälschung Pseudoisidors*, Hannover 2006, c. II, 96.

51 *Hincmar Rhemensis* (Fn. 48), S. 102 Z. 24: „saeculi iudices“, S. 145 Z. 35 f.: „sub legitimis iudicibus“, S. 182 Z. 29: „iudicio iustorum iudicum“.

52 *Collectio Danieliana*, in: *Karl-Georg Schon*, *Unbekannte Texte aus der Werkstatt Pseudoisidors: Die Collectio Danieliana*, Hannover 2006, c. 132, 62.

53 *Capitula Angilramni* (Fn. 50), c. II, 98.

54 *Paul Hinschius*, *System des katholischen Kirchenrechts mit besonderer Rücksicht auf Deutschland*, Band 5, Berlin 1893 ND Graz 1959, S. 430.

55 *Collectio canonum trium librorum*, ed. J. Motta, Città del Vaticano 2005, II. 33.6: Zepherinus Rome urbis archiepiscopus omnibus episcopis: „Duodecim iudices quilibet episcopus ac-

Immer unbestimmter jedoch äußerten sich die Schriften zur vorliegenden Frage. Der Abschluss der Bemühungen um die Sammlung des alten Kirchenrechts, das *Decretum Gratiani*, ist zugleich der Beleg für einen frühen kirchenrechtlichen Unterricht, insofern nicht nur Texte kollagiert, sondern auch kommentiert wurden. Hier (C. 2 q. 6 c. 38) wird das Problem nur an einer Stelle eher umgangen als behandelt, indem von einer „*decisio clericorum*“ gesprochen wurde. Damit wurde das Problem der Richterzahl ganz am Rande jedenfalls einmal tangiert. Den Kommentatoren fiel auf, dass hieraus Probleme entstehen könnten. Sie brachten folgende Präzisierungen: Der vorsitzende Richter wurde als *cognitor* bestimmt,⁵⁶ so dass *cognitor* und *iudex* insoweit gleichbedeutend waren.⁵⁷ Der vorsitzende Richter war derjenige, der das Urteil (*sententia*) verkündete. Die übrigen Richter waren dagegen die *assessores*.⁵⁸ Hiermit nahm man einen Begriff des römischen Rechts (D. 1.22) auf. Für den Fall, dass eine Mehrzahl von Richtern entscheiden sollte, war klar, dass die Mehrheit entscheiden sollte.⁵⁹ Dabei sollte nicht zwischen Richtern und Assessoren differenziert werden.

Im Zuge dieses kanonistischen Lehrbetriebs entstanden auch erste Werke, die sich vorwiegend mit dem Prozessrecht beschäftigten. Diese Prozessordnungen sollen hier zunächst ausgewertet werden. Peter Landau hat hierfür nicht nur auf die Bedeutung Kölns für die Begründung einer Prozessrechtswissenschaft und als Ort des ersten beweisrechtlichen Werks verwiesen.⁶⁰ Er hat zudem die einschlägigen Prozessrechtsschriften zeitlich und örtlich zugeordnet und damit eine chronologische Reihenfolge erstellt, die im Folgenden als Grundlage dienen

cusatus, si necesse fuerit, eligat, a quibus eius causa iuste iudicetur“. Diese gefälschte Dekretale (Ps.-Zepherinus, ep. 1.5–6, JK + 80, ed. Hinschius, 132) wurde entnommen 9 L 6.2.4, nach Linda Fowler-Magerl, *Canones*, weiter verbreitet in 20 weiteren Sammlungen, darunter Anselm von Lucca (Fassung A, 3.041) und Polycarp (05.04.03). Der Rechtssatz war damit durchaus verbreitet.

56 *Summa Parisiensis*, zu C. 2 q. 6 c. 38, ed. T. P. McLaughlin CSB, Toronto 1952, S. 111.

57 So *Ordo Tractaturi de iudicii* [Walter von Coutances, Paris 1165/66], ed. K. Groß, *Incerti auctoris ordo iudicarius*, Innsbruck 1870, S. 87–158, 140: c. 17 § 5.

58 *Winfried Trusen*, Die gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche, in H. Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte*, Band 1, München 1973, S. 467–504, 475; *Knut Wolfgang Nörr*, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz ‚in civilibus‘*, Berlin 2012, S. 19. Nörr betont die Uneinheitlichkeit ihrer Stellung, geht jedoch davon aus, dass ihnen im Kirchenrecht nur beratende Funktion, aber keine Entscheidungsgewalt zukam, so dass insoweit kein echtes Kollegialgericht vorlag.

59 *Magister Honorius*, *Summa „De iure Canonico Tractuaturus“*, zu C. 2 q. 6 c. 28, ed. P. Landau/W. Kozur, *Città del Vaticano* 2010, Band 2, S. 54. „cum plurium sigillo signatis credi debeat“.

60 *Peter Landau*, *Die Kölner Kanonistik des 12. Jahrhundert. Ein Höhepunkt der europäischen Rechtswissenschaft*, Badenweiler 2008, S. 25 ff., zum Anteil an der Begründung des Prozessrechts, S. 28 zum Beweisrechtstraktat „*Septennumero in iudiciis*“.