

Berner  
Universitätsschriften

Iole Fagnoli  
Stefan Rebenich  
Herausgeber

# Das Vermächtnis der Römer

Römisches Recht und Europa





# Das Vermächtnis der Römer

Römisches Recht und Europa

Referate einer Vorlesungsreihe  
des Collegium generale der Universität Bern  
im Frühjahrssemester 2011

Herausgegeben im Auftrag  
des Collegium generale  
von Prof. Dr. Iole Fagnoli  
und Prof. Dr. Stefan Rebenich

Haupt Verlag  
Bern · Stuttgart · Wien

Die Beiträge dieses Bandes gehen auf die interdisziplinäre Vorlesungsreihe des Collegium generale der Universität Bern im Frühjahrssemester 2011 zum Thema «Das Vermächtnis der Römer. Römisches Recht und Europa» zurück. Das Collegium generale hat die Aufgabe, den fächerübergreifenden, interdisziplinären Dialog innerhalb der Universität durch Veranstaltungen für Lehrende und Studierende zu fördern und in Veröffentlichungen und Veranstaltungen wie den Ringvorlesungen für Mitglieder aller Fakultäten und eine breitere Öffentlichkeit exemplarische Beispiele der wissenschaftlichen Arbeit der Universität zu vermitteln.

Bildnachweis Umschlagbild (Ref. 7687995, Atlas Verlag, Kartographie Huber)  
 Bildcollage aus vier Abbildungen: Im Hintergrund ist eine aktuelle Europakarte reproduziert. Im Vergrößerungsglas sind das berühmte Porträt des römischen Kaisers Justinian aus der Kirche San Vitale in Ravenna und die einführenden Zeilen der Digesten Justinians (D. 1.1.1 pr. Ulp. 1 inst. ed. Th. Mommsen) zu erkennen. © Romanistisches Institut, Universität Bern.

1. Auflage: 2012

Bibliografische Information der *Deutschen Nationalbibliothek*

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

ISBN: 978-3-258-07751-2

Alle Rechte vorbehalten.

Copyright © 2012 by Haupt Berne

Jede Art der Vervielfältigung ohne Genehmigung des Verlages ist unzulässig.

Gestaltung Umschlag und Inhalt: René Tschirren

Printed in Germany

[www.haupt.ch](http://www.haupt.ch)

## Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	7
<i>Iole Fargnoli, Stefan Rebenich</i>	
<b>Die Schweiz und das Römische Recht</b> .....	21
Ein Bild in groben Zügen	
<i>Pascal Pichonnaz</i>	
<b>Römisches Recht und europäische Kultur</b> .....	47
<i>Reinhard Zimmermann</i>	
<b>Der europäische Jurist</b> .....	95
Römisches Recht und drittes Millennium	
<i>Francesco Milazzo</i>	
<b>Römisches Recht auf hoher See</b> .....	111
Die Kunst des Guten und Gerechten	
<i>Christoph Krampe</i>	
<b>Umweltschutz und Römisches Recht?</b> .....	151
<i>Iole Fargnoli</i>	
<b>Roman law in the post-roman west</b> .....	177
A case study in the Burgundian kingdom	
<i>Peter Heather</i>	
<b>Römisches Recht</b> .....	233
Rezeption und literarische Repräsentation in der englischen Kultur und Literatur	
<i>Uwe Baumann</i>	

<b>Römisches Recht und Freiheit</b> .....	275
<i>Wilfried Nippel</i>	
<b>Der Prozess Jesu im Spiegel des Römischen Rechts</b> .....	303
<i>Heike Omerzu</i>	
<b>Die Christen im Römischen Reich</b> .....	321
Römisches Recht und Neues Testament am Beispiel des römischen Adoptionsrechtes und neutestamentlicher Christologie	
<i>Peter-Ben Smit</i>	
<b>Towards a globalization of law?</b> .....	345
Developments in Europe from the medieval to the contemporary age	
<i>Antonio Padoa-Schioppa</i>	
<b>Autorinnen und Autoren, Herausgeberin und Herausgeber</b> .....	381

## Einleitung

*Iole Fargnoli, Stefan Rebenich*

### I.

«Die Lage des Studiums des römischen Rechts ist heute zweifellos sehr ernst, wenn man von ihm wie früher fordert, dass es ein lebendiges Glied der juristischen Bildung sein soll. Prophezeiungen lehne ich ab. Der Leser möge sich selbst sein Urteil bilden. [...] Hierbei soll dieses Buch helfen.» So notierte der bedeutende Rechtshistoriker Paul Koschaker 1947 im Vorwort der ersten Auflage seines Buches «Europa und das römische Recht» (S. XI). Obwohl seitdem mehr als sechzig Jahre vergangen sind, sind seine Ausführungen heute – angesichts der Versuche der politischen und rechtlichen Konsolidierung Europas – aktueller denn je, was die Flut von einschlägigen Beiträgen in den letzten Jahren eindrücklich bestätigt.<sup>1</sup> Dabei wurde auch die Frage immer dringlicher, ob das Römische Privatrecht als Grundlage für ein gemeinsames europäisches Privatrecht wird dienen und somit eine neue Rolle einnehmen können.

Von dieser Beobachtung liess sich die interdisziplinäre Vorlesungsreihe des Collegium generale der Universität Bern inspirieren, die im Frühjahrssemester 2011 unter dem Titel «Das Vermächtnis der Römer – Römisches Recht und Europa» gehalten wurde. Es referierten Spezialisten des Römischen Rechts oder dessen Geschichte und Nachwirkung, aber auch Historiker, Theologen, Sprachwissenschaftler sowie Vertreter anderer Disziplinen;

<sup>1</sup> Siehe vor allem Stein, 1996; Zimmermann, 1991, 1992, 1993, 1995, 1996a, 1996b, 2000, 2001, 2002, 2007, 2009; Cannata, 1991, 1995, 1999; Knütel, 1994a, 1994b, 1997, 2006, 2008, 2009; Labruna, 1999, 2000; Capogrossi, 2000, 2002, 2006; Giaro, 2001; Solidoro Maruotti, 2001, 2003; Cerami/Di Chiara /Miceli, 2002; Hamza, 2002; Vari, 2002; Lamberti, 2004; Garofalo, 2004, 2005; vgl. aber auch Caroni, 1994; Bretone, 1997; Mazzacane, 2001; Mantello, 2002; Amarelli, 2008; Santucci, 2011.

die unterschiedliche geographische Herkunft der Vortragenden: Deutschland, Italien, England, Holland, Dänemark und die Schweiz, sorgte für die angemessene «europäische» Vielfalt. Der vorliegende Band versammelt den Grossteil dieser Vorträge zum Teil in unveränderter, zum Teil in überarbeiteter Fassung.

## II.

Dem offenen Blick für die Wirklichkeit des Lebens, für die grundlegenden Werte wie Freiheit der Person, Vertragstreue und Schutz des Eigentums, der angeborenen Begabung für das Konkrete und die Zweckmässigkeit: all dem verdankt die Schöpfung der römischen Juristen ihre Grösse und ihre weltgeschichtliche Sendung (Kaser, 1971, S. 1 ff., S. 177 ff.). Wie die abendländische Philosophie ohne die griechische Philosophie nicht denkbar ist, so ist das abendländische Recht ohne das Römische Recht nicht vorstellbar. Im Gegensatz zu den Griechen widmeten die Römer jedoch theoretischen Problemen nicht allzu viel Aufmerksamkeit; sie beschäftigten sich nicht mit der Frage, ob das in diesem Moment individuell Erlebte eine tatsächliche Wirklichkeit darstelle oder ob der Mensch eine unsterbliche Seele besitze. Die Römer interessierten vielmehr die Normen, welche das Privateigentum regeln und festlegen, und die bestimmen, was der eine gerechterweise gegenüber dem anderen auf dem Klagewege erzwingen kann. Auf diesem Umstand beruht einer der Grundwerte der römischen Zivilisation und Kultur: die Herrschaft des Rechts.

Dank der Römer ist das Recht auch heute noch die Grundlage unseres Privatlebens und die Herrschaft des Rechts noch immer ein Grundwert der europäischen Kultur. Es gibt nahezu nichts, was wir im Alltag unternehmen können, ohne dem Recht zu begegnen; unsere Gesellschaft ist nicht denkbar ohne die inspirierende Rationalität des Rechts (für eine auf Normen basierende Gesellschaft als Grundlage aller soziologischen Analysen siehe bereits Durkheim [1893]).

Die interdisziplinäre Vorlesungsreihe sollte die herausragende Bedeutung des Römischen Rechts von der römischen Antike bis in unsere Gegenwart hinein darstellen und zugleich die Einflüsse aufzeigen, die das Recht auf andere gesellschaftliche Bereiche ausgeübt hat. Scheint der Begriff «römisches Erbe» im Sinne einer Gesamt(rechts)nachfolge sicher nicht angebracht, so ist der Begriff des «Vermächtnisses», der als Titel der Vorlesungsreihe gewählt wurde, unserer Meinung nach geeignet: Obwohl in heutiger Zeit das Römische Recht weder in seiner ursprünglichen Form noch in seiner Ausprägung als gemeines Recht Anspruch auf Geltung erhebt, sind zahlreiche Spuren des Römischen Rechts auf juristischem wie nichtjuristischem Terrain unleugbar vorhanden.

## III.

Die Geschichte lehrt, dass im Wandel der Zeit Rechtsordnungen sich gründlich verändern (Mantovani, 2011, S. 137). Und das Römische Reich existiert seit anderthalb Millennien nicht mehr. Trotzdem ist das Römische Recht immer noch die Grundlage nationaler Rechte sowie der ihnen inhärenten ethischen Normen, da es das nachfolgende Recht Europas wesentlich geprägt hat. Die heutigen Privatrechtsordnungen der Länder des europäischen Kontinents und der von ihnen beeinflussten überseeischen Gebiete beruhen auf dem Römischen Recht. Dass heute in der Volksrepublik China eine chinesische Übersetzung der Digesten in Angriff genommen wird, belegt eindrucksvoll das Interesse, das man dem römischen Fundament der abendländischen Rechtskultur auch im Fernen Osten entgegenbringt (Manthe, 2003, S. 8).

Den nach wie vor kontroversen Fragen, ob das Römische Recht gar als Vorbild zur Vereinheitlichung der Rechtssysteme der europäischen Länder dienen und ob es auch bei aktuellen Fragen noch eine wichtige Rolle spielen kann, sind die ersten fünf Beiträge des Bandes gewidmet.

In seinem Beitrag über die Schweiz und das Römische Recht zeigt *Pascal Pichonnaz*, dass die eidgenössische Identität sich aus drei Quellen speist: dem

Römisches Recht, dem Christentum und der Aufklärung. Nicht die unzeitgemässe Nachahmung, sondern der konstruktive Dialog mit dem Römischen Recht vermag dazu beizutragen, eine europäische Rechtsordnung zu schaffen, die einer gemeinsamen römischen Tradition entspringt. Um die europäische Kodifikation im Allgemeinen und die Entwicklung eines Vertragsrechts auf europäischer Ebene im Besonderen voranzutreiben, empfiehlt Pichonnaz eine Renaissance des Römischen Rechts. Er gebraucht die Metapher eines Baumes des Rechts, der dank seiner Wurzeln fest mit dem Boden verbunden ist und daher in die Höhe wachsen kann; so hat sich das geltende Recht aus dem Römischen Recht entwickelt und so kann es sich auch fortan weiterentwickeln. Das historische Fundament des Rechts lässt uns dessen gegenwärtige Bedeutung besser verstehen. Pichonnaz folgert: «Es ist also eine Chance, dass dieses Fach [sc. das Römische Recht] heute in der Schweiz von Lehrstuhlinhabern vertreten wird, die sowohl Römisches Recht wie geltendes Recht unterrichten und erforschen. Es ermöglicht nämlich, historische Forschung zu betreiben anhand von aktuellen Fragen» (Pichonnaz, 2012, S. 40).

Die Vereinheitlichung des europäischen Rechts hat *Reinhard Zimmermann* in zahlreichen Monographien und Aufsätzen behandelt; sein Beitrag im vorliegenden Band ist ebenfalls diesem Thema gewidmet. Unter steter Reflexion wirkungsgeschichtlich relevanter Beispiele arbeitet Zimmermann charakteristische Merkmale des Römischen Rechts heraus und untersucht die Überlieferung und die Wandlung der Wahrnehmung des Römischen Rechts im Laufe der Jahrhunderte. Zimmermann beschreibt, wie die europäische Rechtstradition ihre spezifische Prägung durch das *ius commune* erhielt, welches wiederum auf dem Römischen Recht fusste. Das schweizerische Zivilgesetzbuch etwa wurde zwar stark von den besonderen Verhältnissen in der Schweiz und den Traditionen des hiesigen Rechtslebens beeinflusst; gleichwohl lässt es sich aber nicht bestreiten, dass alle Rechtsordnungen des romanischen und deutschen Rechtskreises, und mithin auch die der Schweiz, eine besondere römischrechtliche Prägung erfahren haben, die es rechtfertigt, sie zu einer in wesentlichen Punkten einheitlichen Tradition zusammenzufassen. Da das Römische Recht dem Rechtsdenken

Europas etliche Rechtsfiguren, Maximen und Terminologien vermittelt hat, sind die entsprechenden Erkenntnisse und Erfahrungen aus dem Römischen Recht auch für das Verständnis des modernen Rechts unentbehrlich. Mehr noch: Sowohl in rechts- wie in bildungsgeschichtlicher Perspektive ist das Römische Recht die tragfähige Grundlage für die rationale Begründung einer umfassenden europäischen Rechtskultur.

Die Frage, wie sich das Römische Recht im Lauf der Jahrhunderte in unterschiedlichen Rezeptionskontexten veränderte, wird in zwei sich gegenseitig ergänzenden Beiträgen thematisiert. *Francesco Milazzo* betont die Besonderheit der römischrechtlichen Erfahrung, die infolge ihrer Dauer, Nachwirkung und Vielgestaltigkeit einzigartig ist. Er schildert das Schicksal des Gesetzeswerkes Justinians, das unter den Glossatoren von Bologna zu neuem Leben erwachte und sodann über acht Jahrhunderte hinweg Praxis und Theorie der wichtigsten europäischen Rechte beeinflusste, wenn auch nicht immer ohne methodisch oder inhaltlich motivierte Widerstände. So verglich Goethe, nach einer Krise des Römischen Rechts zwischen dem 17. und 18. Jh., dieses mit einer Ente: Die Ente tauche manchmal ab, verschwinde kurzzeitig unter Wasser, aber früher oder später tauche sie mit Sicherheit wieder auf. Auch in unserer Zeit, die durch die Bestrebungen einer Rechtsvereinheitlichung in Europa geprägt ist, könnte, so formuliert Milazzo pointiert, «die römischrechtliche Ente» wieder im Auftauchen begriffen sein.

Die Kontinuität zwischen dem römischen und verschiedenen modernen Privatrechtssystemen tritt besonders anschaulich im Seerecht hervor. *Christoph Krampe* referiert daher über die *Lex Rhodia*. Dieses antike Seegesetz sah vor, dass der Verlust bei einem Seewurf von Frachtgütern, um das Schiff zu retten, zum gemeinsam zu tragenden Schaden auch derer wurde, deren Frachtgüter durch diese Aktion gerettet wurden. Krampe legt dar, wie diese ursprünglich griechische Regelung von den Römern übernommen und weiterentwickelt wurde und auch in die modernen Seeschiffrechtsrechte Eingang gefunden hat: Noch heute gilt als eine Art Reminiszenz an die juristische Praxis des griechischen und römischen Altertums die anteilige Ausgleichspflicht aller Beteiligten gegenüber dem geschädigten Eigentümer des Transportguts oder Schiffes.

*Iole Fagnoli* fahndet in den überlieferten Quellen nach Regelungen des modernen Problems Umweltschutz. Um die Frage zu beantworten, ob die Römer die Umweltverschmutzung aus juristischer Perspektive wahrgenommen haben, konzentriert sie sich auf römischrechtliche Texte aus drei Bereichen: Wasserverschmutzung, Abwasserbeseitigung und Immissionschutz. In ihrer Betrachtung analysiert sie verschiedene prätorische Rechtsmittel, die individuell und sporadisch auf den Schutz der Umwelt zielten. Mit der Erweiterung der Aktivlegitimation solcher Rechtsmittel durch den Prätor oder durch die Interpretation der Juristen erfuhr das allgemeine Interesse und somit indirekt die Umwelt rechtlichen Schutz. Fagnoli kann zeigen, dass die grosse Leistung der Römer in der Entwicklung und steten Fortentwicklung eines Rechtssystems bestand, das zwar in sich geschlossen, aber für neue Funktionen und Zielsetzungen offen war. Obwohl Sensibilität und Sorge um begrenzte Ressourcen für die römische Epoche sicher nicht nachweisbar sind, ermöglichte das Römische Recht durchaus einen flexiblen individuellen und ansatzweise auch kollektiven Schutz der Umwelt.

#### IV.

Mit der breiten Wirkungsgeschichte des Römischen Rechts befassen sich mehrere Beiträge, die den Einfluss des Römischen Rechtes in ganz unterschiedlichen nichtjuristischen Bereichen und zu ganz verschiedenen Zeiten beleuchten.

*Peter Heather* zeigt anhand des *Liber constitutionum* (auch *Lex Burgundionum* oder *Lex Gundobada* genannt) und der *Lex Romana Burgundionum*, dass römischrechtliche Muster und Institutionen im Recht des burgundischen Königreichs im späten 5. und frühen 6. Jh. n. Chr. erhalten blieben. Dabei widmet er sich auch zwei grundlegenden und strittigen Fragen: Wer waren die Adressaten dieser Rechtstexte? Und welche *ratio legis* steckte hinter diesen Erlassen? Heather fokussiert die Übernahme von römischen Rechtsgrundsätzen in einem germanischen Nachfolgestaat des *Imperium Romanum* und zugleich die Weiterentwicklung und Neubegründung eigen-

ner rechtlicher Ansätze in einer diversifizierten Rechtssetzung von geschriebenem und ungeschriebenem Recht. Teile des Römischen Rechts wurden dabei aus ihrer ursprünglichen Ordnung herausgenommen und gewinnbringend in ein neues germanisches (Rechts-)System eingefügt.

*Uwe Baumann* befasst sich mit der Rezeption und Repräsentation des Römischen Rechts in der englischen Kultur und Literatur. Er skizziert die Rolle des Römischen Rechts an den englischen Universitäten, speziell in der späten Tudor- und frühen Stuartzeit, und seine Bedeutung für das Staats- und Verfassungsdenken sowie die rechtliche Stellung der Frau und der Familie im zeitgenössischen Diskurs. Er kann auf der Grundlage einer Fülle von Zeugnissen die Ubiquität römischrechtlicher Elemente, Zitate, Motive, Vorstellungen und Anspielungen in der englischen Literatur von der Renaissance bis in die Gegenwart überzeugend aufzeigen.

*Wilfried Nippel* beschäftigt sich mit einem der Grundwerte der römischen Gesellschaft und seiner Nachwirkung: der Freiheit. Zum einen behandelt Nippel die Vorstellungen, welche die Römer in der Republik und frühen Kaiserzeit mit *libertas* verbanden, und fragt, wie der zunehmende Gebrauch von *libertas* in der politischen Rhetorik der späten Republik und im frühen Prinzipat historisch zu bewerten ist. Zum anderen diskutiert Nippel das Problem, inwiefern in der römischen Rechtsordnung Strukturen und Verfahren existierten, die unter modernen Gesichtspunkten als Garantie von Freiheitsrechten gelten können, ohne dass sie von den Römern selbst mit *libertas* identifiziert worden wären; dazu zählt Nippel die Autonomie des Privatrechts, die namentlich im 19. Jh. als vorbildlich für eine freie Bürgergesellschaft betrachtet wurde, sowie grundsätzliche strafprozessuale Schutzrechte, die in der Moderne in den Rang fundamentaler Bürgerrechte erhoben wurden.

Zwei Beiträge befassen sich mit dem Verhältnis von Römischen Recht und christlicher Religion in der Alten Kirche. *Heike Omerzu* setzt sich mit dem Prozess Jesu auseinander und akzentuiert die methodischen Schwierigkeiten, auf der Grundlage der neutestamentlichen Überlieferung und in Kenntnis des römischen Verfahrensrechtes den Verlauf des Prozesses genau zu rekonstruieren. Sie betont, dass die Hauptzeugen, die vier Evangelien,



nicht als (rechts-)historische Quelle, sondern vielmehr als theologische gelesen werden müssen. Zugleich verweist sie auf die verhängnisvolle Wirkungsgeschichte des Prozesses, in deren Verlaufe «die Juden» kollektiv von christlicher Seite des Gottesmordes geziehen wurden.

*Peter-Ben Smit* sieht in dem römischen Adoptionsrecht die Grundlage für die adoptianistische Vorstellung, dass Jesus Christus von Gott als Sohn adoptiert worden sei. Erst unter Rückgriff auf römischrechtliche Vorstellungen von Adoption, Erbschaft und Verwandtschaft hätten die christlichen Theologen die Adoption Jesu durch Gott als verbindlich und gültig auffassen können.

## V.

Den umgekehrten Weg vom Ausserrechtlichen zum Rechtlichen beschreitet schliesslich *Antonio Padoa-Schioppa*. Er geht vom zeitgenössischen Phänomen der Globalisierung aus und wendet sich sodann deren spezifisch rechtlichen Dimensionen zu. Er argumentiert, dass auf der einen Seite faktisch eine Verbreitung und Assimilierung des Rechts verschiedener Rechtsordnungen durch moderne Kommunikationsmittel erfolge; auf der anderen Seite erleben wir eine rechtliche Globalisierung, die durch internationales Recht herbeigeführt werde, indem alle Staaten, die Mitglieder der UNO sind, zu einer Rechtsharmonisierung angehalten würden. In diesem Zusammenhang, so Padoa Schioppa, träten die aktuellen Besonderheiten und Herausforderungen auf dem Gebiet des Rechts am deutlichsten zutage. In der heutigen Übergangszeit stünden die Juristen vor der Herausforderung, nicht nur neue Rechtsordnungen zu interpretieren, sondern auch gänzlich neue zu kreieren, genauso wie es in entsprechenden Phasen der antiken, mittelalterlichen und modernen (Rechts-)Geschichte bereits geschehen sei. Gerade die Universität, «die europäische Institution par excellence» (Rüegg, 1993, S. 13), sei der Ort, wo die jungen Juristen – fern von wirtschaftlichen und machtpolitischen Einflüssen – auf diese anspruchsvolle Aufgabe vorbereitet werden müssten, insbesondere auch durch das Studium der Rechtsgeschichte.

So kommen wir auf die eingangs gestellte Frage Paul Koschakers zurück, die bislang keineswegs an Aktualität verloren hat: Welchen Stellenwert soll und kann das Römische Recht heute in den Rechtswissenschaften einnehmen? Darüber hinaus ist zu fragen, welche Rolle dem Römischen Recht in den historisch ausgerichteten Disziplinen insgesamt zukommt. Der vorliegende Band hofft den Nachweis erbracht zu haben, dass das Studium des Römischen Rechts sowohl in historischer wie in gegenwärtiger Perspektive von grundlegender Bedeutung bleibt. Es ist besonders für die Bemühungen um eine Vereinheitlichung der Rechtssysteme der europäischen Länder unverzichtbar, und sein Studium ist zugleich die ideale Vorbereitung auf die künftigen Herausforderungen, vor die uns die Zeitläufe noch stellen werden.

## VI.

Die Herausgeberin und der Herausgeber bedanken sich bei Sara Zwahlen, Astrid Habenstein, Dorian Warecki und Barbara Kindler für die Hilfe bei der Organisation der Vorlesungsreihe und der Drucklegung der Beiträge sowie bei Gabriele Rippl, der Präsidentin des Collegium generale, für ihr Interesse und für ihren Einsatz, dass das Thema in das Programm der Vorlesungsreihe aufgenommen wurde.

Bern, im Januar 2012

*Iole Fagnoli*  
*Stefan Rebenich*

## Literaturverzeichnis

- Amarelli, Franco (2008). *Contro tendenza. Riflessioni minime*. In *Studi in onore di Martini*, I, S. 1 ff. Milano.
- Bretone, Mario (1997). La «coscienza ironica» della romanistica. *Labeo*, 43, S. 187 ff.
- Cannata, Carlo Augusto (1991). *Usus Hodiernus Pandectarum, common law, diritto romano olandese e diritto comune europeo*. *Studia et documenta historiae et iuris*, 57, S. 383 ff.

- Cannata, Carlo Augusto (1995). *Materiali per un corso di fondamenti di diritto europeo* (Band I). Torino.
- Cannata, Carlo Augusto (1999). Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo. In *Studi G. Impallomeni* (S. 41 ff.). Milano.
- Cannata, Carlo Augusto (2001). Cuiusque rei potissima pars est. *Diritto romano attuale*, 6, S. 157 ff.
- Capogrossi Colognesi, Luigi (2000). Riflessione su «I fondamenti del diritto europeo»: un'occasione da non sprecare. *Iura*, 51, S. 1 ff.
- Capogrossi Colognesi, Luigi (2002). I fondamenti storici di un diritto comune europeo. In Fernanda Roscetti (Hg.), *Il Classico nella Roma contemporanea. Mito, modelli, memoria. Atti del convegno* (S. 415 ff.). Roma. Sowie *Index*, 30, S. 163 ff.
- Capogrossi Colognesi, Luigi (2006). Dieter Nörr e le sfide poste alla romanistica contemporanea. In Emanuele Stolfi (Hg.), *Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI secolo. Atti del convegno* (S. 93 ff.). Torino.
- Caroni, Pio (1994). Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 16, S. 86 ff.; auch in: Caroni, Pio (2005). *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach* (S. 43 ff.). Basel u. a. und in der bearbeiteten italienischen Übersetzung Caroni, Pio (2009). *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra* (S. 89 ff.). Milano.
- Cerami, Pietro/Di Chiara, Giuseppe/Miceli, Maria (2003). Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea: dall'esperienza romana all'esperienza moderna. Torino.
- Coing, Helmut (1990). Europäisierung der Rechtswissenschaft. *Neue Juristische Wochenschrift*, S. 937 ff.
- Durkheim, Émile (1893). *De la division du travail social: Étude sur l'organisation des sociétés supérieures*. Paris (deutsche Übersetzung 1977).
- Garofalo, Luigi (2004). Scienza giuridica, Europa, stati: una dialettica incessante. *Europa e diritto privato*, S. 907 ff.

- Garofalo, Luigi (2005). *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica*. Padova.
- Giario, Thomas (2001). «Comparemus». Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei. *Rivista critica del diritto privato*, S. 539 ff.
- Hamza G. (2002). *Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage*, Budapest.
- Kaser, Max (1971). *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (2. Aufl.). München.
- Knütel, Rolf (1994a). Römisches Recht und Europa. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 41, S. 186 ff.
- Knütel, Rolf (1994b). Rechtseinheit in Europa und römisches Recht. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2, S. 244 ff.
- Knütel, Rolf (1997). Diritto romano e ius commune davanti a Corti dell'Unione europea. In *Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo* (Band 3) (S. 538 ff.). Napoli.
- Knütel, Rolf (2006). I compiti della romanistica del nostro tempo. In Emanuele Stolfi (Hg.), *Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI secolo. Atti del convegno* (S. 141 ff.). Torino.
- Knütel, Rolf (2008). Diritto romano, diritto comune, diritto comunitario oppure Ius civile ed Europa comune. *Index*, 36, S. 41–46.
- Knütel, Rolf (2009). Diritto romano e unificazione del diritto delle obbligazioni. Roma e America. *Diritto Romano Comune*, 27, S. 17–33.
- Koschaker, Paul (1947). *Europa und das römische Recht*. München/Berlin.
- Labruna, Luigi (1999). *Matrici romanistiche del diritto attuale*, Napoli.
- Labruna, Luigi (2000). Ius europaeum commune. In *Quaestiones iuris. Festschrift J. G. Wolf* (S. 157 ff.). Berlin.
- Lamberti, Francesca (2004). Giusromanistica e formazione del diritto europeo. In Miletto, Marco/Rizzelli, Giunio/Troiano, Onofrio (Hg.), *Harmonisation involves History? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Milano, S. 74 ff.; sowie *Labeo*, 50, S. 183 ff.
- Manthe, Ulrich (2003). *Geschichte des römischen Rechts* (2. Aufl.). München.
- Mantello, Antonio (2002). Ancora sulle smanie «romanistiche», *Labeo*, 48, S. 16 ff.

- Mantovani, Dario (2011). *Le materie storiche: il diritto romano*. In Giulio Vesperini, *Studiare a giurisprudenza*, Bologna.
- Mazzacane, Aldo (2001). «Il leone fuggito dal circo»: pandettistica e diritto comune europeo. *Index*, 29, S. 97 ff.
- Padoa-Schioppa, Antonio (1996). Il diritto comune in Europa: riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello. *Foro italiano*, 5, S. 14 ff.
- Rüegg, Walter (1993). Vorwort. In Walter Rüegg (Hg.), *Geschichte der Universität in Europa* (Band I). München.
- Santucci, Gianni (2011). Alterità e identità («apparenti», «tralatizie», «vere») tra diritto romano e diritti moderni, In Thomasz Giaro (Hg.), *Roman Law and Legal Knowledge. Studies in Memory of Henryk Kupiszewski* (S. 103 ff.). Warszawa.
- Solidoro Maruotti, Laura (2001). *La tradizione romanistica nel diritto europeo* (Band I). Torino.
- Solidoro Maruotti, Laura (2003). *La tradizione romanistica nel diritto europeo* (Band II). Torino.
- Stein, Peter (1995). *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*. Milano.
- Stein, Peter (1996). *Römisches Recht und Europa. Die Geschichte einer Rechtskultur*. Frankfurt am Main (englische Übersetzung 1999; italienische Übersetzung 2001).
- Vari, Massimo (2002). Diritto romano «ius commune» europeo? *Index*, 30, S. 183 ff.
- Zimmermann, Reinhard (1990). *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Capetown.
- Zimmermann, Reinhard (1991). Usus Hodiernus Pandectarum. In *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung* (S. 61 ff.). Berlin.
- Zimmermann, Reinhard (1992). Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit. *Juristenzeitung*, S. 8 ff.
- Zimmermann, Reinhard (1993). Römisches Recht und europäische Rechtseinheit. In Walther Ludwig (Hg.), *Die Antike in der europäischen Gegenwart* (S. 168 ff.). Göttingen.

- Zimmermann, Reinhard (1995). Roman and Comparative Law: The European Perspective. *Journal of Legal History*, S. 21 ff.
- Zimmermann, Reinhard (1996a). Diritto romano e unità giuridica europea. In *Studi di storia del diritto* (Band I) (S. 1 ff.). Milano.
- Zimmermann, Reinhard (1996b). Savigny's Legacy: Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science. *Law Quarterly Review*, 112, S. 576 ff.
- Zimmermann, Reinhard (2000). Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht: Die Geschichte einer Emanzipation durch «Auseinanderdenken». In Reinhard Zimmermann/Rolf Knütel/Peter Meincke (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (S. 1 ff.). Heidelberg.
- Zimmermann, Reinhard (2001). *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*. Oxford.
- Zimmermann, Reinhard (2002). Europa und das römische Recht. *Archiv für die civilistische Praxis*, 202, S. 243 ff.
- Zimmermann, Reinhard (2007). Römisches Recht und europäische Kultur. *Juristenzeitung*, S. 1 ff.

# Die Schweiz und das Römische Recht

## Ein Bild in groben Zügen

*Pascal Pichonnaz*

Das römische Kaisertum des Westens ging im Jahre 476 n. Chr. unter, als der germanische König Odoaker den letzten weströmischen Kaiser Romulus Augustulus absetzte (Meder, 2008, S. 90 f.; Stein, 2003, S. 34 ff.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 150 ff.). Das römische Kaisertum dauerte im Osten fort, mit Konstantinopel (heute Istanbul) als Hauptstadt, bis zu seinem Niedergang im Jahre 1453 n. Chr. Die Schweiz liegt im Westen, existiert aber erst seit 1291 n. Chr. Man könnte also denken, dass das Thema dieses Aufsatzes eigentlich kein Thema sei, da das römische Kaisertum im Westen Jahrhunderte vor der Entstehung der Schweiz niederging. Sollte man sich also diese Zeit nicht ersparen?

Wenn man aber das Generalthema des Buches «Das Vermächtnis der Römer» in Betracht zieht, wird das Ganze viel klarer. Ich werde mir hier Gedanken über die Nach- oder sogar die Fortwirkung des Römischen Rechts machen, da das (Römische) Recht das wichtigste Vermächtnis der Römer für unsere Zeit darstellt. Man sagt oft, dass die europäische Identität, Kultur und somit auch die schweizerische Identität sich aus drei Merkmalen herauskristallisiert hat: die Christlichkeit, die Aufklärung und das Römische Recht (Cannata, S. 3 ff.). Ich werde mich aber nur um den letzten Punkt dieser Trias kümmern: das Römische Recht.

Ich werde zuerst einige allgemeine Gedanken über das Recht der Römer präsentieren (I.) und mich dann vor allem mit dem Weiterleben des Römischen Rechts in der Schweiz während des Mittelalters und der Neuzeit beschäftigen (II.). Schliesslich werde ich einige römischrechtliche Aspekte im gegenwärtigen schweizerischen Recht aufzeigen (III.).

## I. Einige Gedanken über das Recht der Römer

*Ubi societas, ibi ius.* «Wo es eine Gesellschaft gibt, da ist auch Recht.» Und in der Tat glaubt man noch heute, dass es schon in der römischen Königszeit, d. h. von der Gründung Roms bis 509 v. Chr., einige Gesetze (*leges regiae*) gab (Pomp., D. 1,2,2,2). Das Recht jener Zeit war vor allem durch zwei Merkmale geprägt: einerseits von religiösem Recht (*fas*), denn das Recht lag in den Händen der Priester, bei jeder Entscheidung war die Beziehung mit den Göttern mindestens so wichtig wie die Lösung zwischen den Privaten; andererseits war es die Zeit der Dominanz des Mündlichen, zentral waren vorwiegend die Aussagen der Priester und das Gewohnheitsrecht (Gaudemet, 1967, S. 224; Fögen, 2002, S. 33; Capogrossi Colognesi, 2004, S. 26).

Mit der Entstehung der römischen Republik ab 509 v. Chr. wandelte sich die Gesellschaft allmählich. Die Plebejer wurden unruhig und verlangten mehr Rechte gegenüber den Patriziern und vor allem das Recht, ihre Rechte zu kennen; dies gab Anlass zu einem ersten wichtigen Gesetz, nämlich zum Zwölftafelgesetz der Jahre 451–450 v. Chr. Die Plebejer hatten als Garantien ihrer Freiheit Rechtsklarheit und Rechtsicherheit verlangt (was heute noch von den Rechtsadressaten gewünscht wird): Alle Gesetze sollten öffentlich bekannt sowie zugänglich gemacht werden und zugleich für alle Bürger verbindlich sein. Das Zwölftafelgesetz ist uns nur indirekt überliefert; die Juristen haben sich aber oft daran orientiert, so dass es die Entwicklung des Römischen Rechts stark geprägt hat. Das Zwölftafelgesetz war auch der Beginn einer Befreiung von der religiösen Bindung des Rechts und somit der Anfang seiner Verweltlichung, wie sie heute noch unserem abendländischen Verständnis zugrunde liegt (Pichonnaz, 2008a, Rz. 79 f.).

Das so genannte klassische Römische Recht beginnt sich gegen Ende der römischen Republik zu entfalten (um 100 v. Chr.), erlebt seine Blütezeit während des Kaisertums und dauert fort bis zum Ausbruch der grossen Zivilkriege in der Mitte des 3. Jh. n. Chr. Während dieser Zeit (die etwa 350 Jahre währt) vollbrachten Juristen eine bis dahin unübertroffene und unglaubliche Entwicklung und Verfeinerung des Rechts. Zentral war dabei die Sprache: auf dem Forum, vor dem römischen Prätor und vor dem

Richter wurden die Streitfälle hauptsächlich mündlich abgewickelt, obwohl die Prozessformel (*formula*), die einem Zugang zum Richter verschaffte, schriftlich abgefasst war. Daneben aber haben berühmte Juristen auch (fiktive und reale) Fälle zusammengetragen (*Regulae, Digesta, Responsa*) und diese schriftlich festgehalten, und zwar so, dass sie eigentliche kasuistische Regeln formulierten (Cannata, 1989, S. 109 ff.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 224 ff.). Heute haben wir Bestimmungen in Gesetzbüchern, damals hatten die Römer Fallregeln in Sammelbüchern.

Diese klassische Epoche war auch die Zeit der grossen Juristen, die wir heute noch kennen, Pomponius, Gaius, Papinianus, Ulpianus oder Paulus, um nur die wichtigsten zu erwähnen. Laut Cannata gab es aber insgesamt eine geringe Zahl von etwa 90 Juristen zwischen 200 v. Chr. und 250 n. Chr. (Cannata, 1989, S. 126).

Nach einer 50-jährigen Zeit der Unruhe folgte eine weitere Epoche des Römischen Rechts mit der so genannten nachklassischen Zeit, die von 284 n. Chr. bis 565 n. Chr. dauerte. Während dieser zweiten, kaiserlichen Zeit (von Domitian bis Justinian) hat sich das Recht verschriftlicht. Die hohe juristische Präzision und Fachlichkeit der Juristerei der klassischen Epoche entwickelte sich in pragmatischer Art weiter, was auch damit zusammenhing, dass die Kaiser dieser Zeit ihre Macht viel autoritärer ausübten. Da die damaligen Juristen die Feinheiten der Überlegungen ihrer klassischen Vorgänger nicht mehr verstehen konnten, kam es vor den Richtern zum Vorlesen von Meinungen der klassischen Juristen in einer sehr strukturierten, vielleicht gar starren Art und Weise (Cannata, 1989, S. 159; Pichonnaz, 2008a, Rz. 121 ff.). Im Mittelpunkt stand weniger die Überzeugungskraft der Argumente, sondern vielmehr die Anzahl wichtiger klassischer Juristen, die für eine Argumentation zitiert werden konnten. Deshalb brauchte man mehr Bücher aus der klassischen Zeit, welche aber schwierig zu beschaffen waren. Ausserdem benötigte man vor allem auch solche Bücher, die Sondermeinungen vertraten, so dass immer auch Fälschungen auf dem Markt angeboten wurden (Pichonnaz, 2008a, Rz. 123).

Kaiser Konstantin erliess in den Jahren 321 und 327 n. Chr. zwei so genannte Zitiergesetze (kaiserliche Konstitutionen), die den Gebrauch der

klassischen Schriften regelten (CTh. 1,4,1, eine Konstitution vom Kaiser Constantin aus dem Jahre 321 n. Chr. ; CTh. 1,4,2, eine weitere Konstitution von Constantin aus dem Jahre 327 n. Chr. [Capogrossi Colognesi, 2009, S. 461 f.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 126]). Und Theodosian II. erliess ein ähnliches Zitiergesetz im Jahre 426 n. Chr, dessen Text wie folgt lautet (CTh. 1,4,3):

Imp. Theod. et Valentin. AA. ad Sen Urbis Rom. Post alia. Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententias proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus. et cetera. Dat. VII Id. Novemb. Ravenna DD.NN. THEOD(OSIO) XII ET VALENT(INIANO) II AA. CONSS.

Die Kaiser Theodosius II. und Valentinianus III., die Erhabenen, an den Senat der Stadt Rom. Nach Anderem. Wir bekräftigen die gesamten Schriften von Papinian, Paulus, Gaius, Ulpianus und Modestinus dergestalt, dass Gaius dieselbe Geltung wie Paulus, Ulpian und die übrigen besitzt und Stellen aus seinem gesamten Werk vorgetragen werden können. Auch die Auffassungen derer, deren Abhandlungen und Meinungen alle soeben Genannten in ihren Werken anführen, erklären wir für gültig, wie diejenigen des Scaevola, des Sabinus, des Iulianus und des Marcellus und aller, die jene zitieren, wenn nur ihre Bücher wegen der altersbedingten Unsicherheit durch einen Vergleich von Handschriften bestätigt werden. Wo aber verschiedene Meinungen vorgetragen werden, dort soll die Mehrheit der Autoren siegen, oder, wenn die Anzahl gleich ist, soll diejenige Seite vorgehen, auf der der scharfsinnige Papinian hervorragt, der, wie er Einzelne besiegt, so Zweien weichen muss. Auch ordnen wir an, dass die Anmerkungen von Paulus und Ulpian zu dem Gesamtwerk Papinians, wie es bereits früher festgesetzt wurde, ungültig sind. Wo sich aber gleichviel Meinungen solcher Juristen gegenüberstehen, deren Ansehen als gleich anzusehen ist, soll der Richter nach seinem Ermessen entscheiden, welcher er folgen will. Wir ordnen auch an, dass die «*Sententiae*» des Paulus stets gültig sein sollen. Und das Übrige.

Ein solches Zitiergesetz findet sich in der *Lex Romana Curiensis* wieder, auf die ich noch zurückkommen werde (Soliva 1986, S. 189 ff.; Meyer-Marthaler [1968]).

Um das geltende Recht festzulegen, kam es somit unter Kaiser Theodosian dem Zweiten (408–450 n. Chr.) etappenweise zu einer Kodifikation der kaiserlichen Erlasse, den so genannten *Constitutiones*. Der hieraus entstehende *Codex Theodosianus* wurde für beide Teile des römischen Reichs im Jahre 439 n. Chr. in Kraft gesetzt (Meder, 2008, S. 86; Pichonnaz, 2008a, Rz. 139; für eine neue Analyse, vgl. Sirks, [2007]). Wenige Jahre darauf ging das römische Reich im Westen aber unter.

Als der grosse Kaiser Justinian 527 n. Chr. kaiserliche Würden erlangte, wollte er zuerst die Gebiete der Barbaren im Westen zurückerobern und das römische Reich im Westen wiederaufleben lassen, was ihm für einige Jahre gelang (darum kann man heute noch die wunderbaren Mosaike in Ravenna in Italien besichtigen). Dafür brauchte er aber auch klares Recht. Wie Theodosius II. hat er also 529 n. Chr. eine erste Kodifikation in Kraft gesetzt, die alle noch gültigen kaiserlichen Erlasse umfasste. Hiermit war jedoch noch nicht das ganze geltende Recht gesammelt. Er entschloss sich darum 530 n. Chr., eine Kompilation aller wichtigen Fallsammlungen der klassischen Zeit zu erarbeiten. Eine Kommission von elf Mitgliedern wurde ernannt, die im Dezember 533 n. Chr. eine Sammlung dieser Fälle in 50 Büchern publizierte, die so genannten *Digesta*, *Digesten*, oder *Pandectae* (aus dem Griechischen). Gleichzeitig wurde auch ein kleines Lehrbuch erarbeitet (*Institutiones*), um den Umgang mit den *Digesten* zu erleichtern. Ein Jahr später publizierte Justinian zudem eine neue, umfassendere Auflage seiner Konstitutionenkompilation, den *Codex Iustiniani* (534 n. Chr.) (Capogrossi Colognesi, 2009, S. 464 f.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 157). Diese drei Teile, *Institutionen* (das Lehrbuch), *Digesten* (die Fällesammlungen) und *Codex* (die Konstitutionensammlungen) wurden dann später, im Mittelalter (1583), als *Codex iuris civilis* bezeichnet seit deren Gesamtausgabe des französischen Humanisten Dionysius Gothofredus von 1583 (siehe Hausmanninger/Selb, 2001, S. 56).

Neben dieser Kompilation durch die Römer fanden auch römische Entscheidungen und kaiserliche Erlasse ihren Weg in die Gesetze der Barbaren. Einerseits deshalb, um die Probleme zwischen Barbaren und Römern mit angepassten Bestimmungen zu regeln, andererseits aber auch, um gute Lösungen in das barbarische Recht aufzunehmen. Die *Lex Romana Visigothorum* (506 n. Chr.), die *Lex Romana Burgundionum* (Ende des 5. Jh.) und weitere Gesetze der verschiedenen Sippen haben auf diese Weise gewirkt. Man kennt z. B. eine *Lex Romana Curiensis*, die eine Bearbeitung und Vereinfachung der *Lex Romana Visigothorum* darstellte (Soliva, 1986, S. 194) und in Graubünden, in der Nähe von Chur, in der 1. Hälfte des 8. Jh. angewendet wurde (zu diesem Gesetz vgl. u. a. Meyer-Marthaler, 1968, S. 7 ff.; Soliva, 1986, S. 189–206 [mit Bibliographie]). Nach neueren Kenntnissen war dieses «Gesetz» wahrscheinlich nie geltendes Recht, sondern vielmehr ein künstliches Konstrukt, eine literarische Rezeption weströmischen Vulgarrechts (Soliva, 1986, S. 201 f.; *contra* noch Gaudemet, 1965, S. 50), welches den Vorrang des geltenden, ebenfalls römisch geprägten Gewohnheitsrechts nicht antastete, sondern durch Letzteres vielmehr verfremdet wurde (Arquint, 1998–2010; Soliva, 1986, S. 203 ff., besonders S. 205).

Nach dem sozusagen zweiten Niedergang des Römischen Rechts im Westen hätte man gedacht, dass das Römische Recht nur noch in einer geänderten Form, nämlich in den Gesetzen der so genannten Barbaren, weiterleben wird. Das war zum Teil so. Es kam aber bald darauf zu einer Wiedergeburt, die ein echtes Fortleben und gleichzeitig eine Weiterentwicklung des Römischen Rechts bewirkte.

## II. Das Weiterleben des Römischen Rechts in der Schweiz, während des Mittelalters und in der Neuzeit

Die Wiederentdeckung eines Manuskripts der Justinianischen Digesten (dieser Fallsammlung aus dem 6. Jh.) in Italien gegen Ende des 11. Jh. hat das Schicksal des Rechts im Westen völlig verändert. Dieses Manuskript

wurde in der Folge systematisch bearbeitet. Es war unter anderem Anlass für die Gründung von Universitäten und juristischen Fakultäten nicht nur in Italien, sondern später auch in ganz Europa. Von Bologna aus (1088 n. Chr.) erreichte die Welle der Fakultätsgründungen sogar den Norden von England und somit natürlich auch die Schweiz (Basel im Jahre 1460). Überall hat man an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten dasselbe studiert: die Digesten und den *Codex Justinians*. Das älteste uns bekannte Manuskript der Justinianischen Digesten (der *Codex Florentinus*), stammt aus dem 6. Jh. Es befindet sich in der Bibliothek Medicea Laurenziana in Florenz (*Justiniani augusti pandectarum codex florentinus*, vol. I, S. 11 ff.).

Eine ganze Reihe von Schweizer Juristen ging nach Bologna, um dort zu studieren. In ihrem 1960 erschienenen Buch «Les juristes suisses à Bologne» haben Susan und Sven Stelling-Michaud 225 Schweizer Studenten in Bologna zwischen 1265 und 1300 registrieren können und weitere 85 zwischen 1300 und 1330. Man weiss also heute von etwa 310 Schweizer Studenten in Bologna in diesen 65 Jahren. Aber vor allem seit Beginn des 14. Jh. gingen Schweizer Studenten häufiger nach Frankreich, an die rechtswissenschaftlichen Fakultäten von Orléans (gegründet 1230), Montpellier (gegründet 1260), Perpignan (gegründet 1349) oder Bourges (gegründet 1464), weil der Glanz von Bologna verblasste (Stelling-Michaud, 1960, S. 277 ff.). Obwohl sich die Denkweise zwischen den italienischen und den neuen französischen Universitäten unterschied (man spricht von *mos [docendi] italicus* und *mos [docendi] gallicus*), wurde immer mit denselben Büchern gearbeitet, d. h. mit den Justinianischen Digesten und dem *Codex*. Diese Texte wurden glossiert, d. h. mit Randanmerkungen bereichert, und später kommentiert, sprich in Bruchstücken erklärt. Man stritt über die Bedeutung, die Zusammenhänge oder Gegensätze von speziellen Fällen. Das Ganze entwickelte die juristische Argumentation. Eines blieb aber immer identisch: Bis ins 16. Jh. hinein blieb der eigentliche Text der Digesten und des *Codex* unversehrt. Es war wie eine zweite Heilige Schrift nach der Bibel. Man betrachtete den Text als vollständig, widerspruchlos und unabänderbar; genau gleich wie die Bibel. Das erinnert an den Spruch des römischen Juristen Ulpian (3. Jh. n. Ch.), der meinte: «Mit Grund kann man

uns Priester der Gerechtigkeit nennen. Denn wir dienen der Gerechtigkeit und lehren das Wissen vom Guten und Gerechten, indem wir Recht von Unrecht trennen, Erlaubtes von Unerlaubtem scheidend und danach streben, die Menschen nicht nur durch Furcht vor Strafe, sondern auch durch Verheissen von Belohnung zum Guten zu führen. [...]» (Ulp. D. 1.1.1 [1 inst.]: «*Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*»).

Für die Schweiz bedeutete dies, dass die meisten Universitätsjuristen des 15. und 16. Jh. dasselbe gelernt hatten – dieselben Techniken, dieselbe Methodologie (Schröder, 2001, S. 23 ff.; Vogenauer, 2001, S. 430–662) und dasselbe (gelehrte) Recht. Das Recht der schweizerischen Täler unterschied sich tatsächlich stark, da das Gewohnheitsrecht und die Spiegel des Rechts («coutumiers») unterschiedlich waren (Huber, 1893, § 108, S. 18 ff., sowie § 112, S. 99 für die Landbücher und Thalrecht; auch Poudret, [1996–2006]). Bei der Anwendung aber, d. h. bei der Auslegung und vor allem bei der Lückenfüllung dieser mündlichen oder schriftlichen Gewohnheitsrechte, wendeten die gebildeten Juristen dasselbe Instrumentarium an. Die Erarbeitung der Quellen in einer wissenschaftlichen Art hat seit den Glossatoren den Juristen die Möglichkeit gegeben, die Reproduzierbarkeit des Rechts durch wissenschaftliche Methoden zu gewährleisten (Samuel, 1995, S. 109, S. 149 ff.; Caroni, 2011, S. 62). Es ist also zuerst eine Sache der Methode, der Wissenschaft, dann aber auch des Inhaltes (Samuel, 2007, S. 216 ff.; Caroni, 2011, S. 62). In der Tat gab es in den Landrechten auch Lücken, so dass das «gelehrte» Römische Recht allmählich diese verschiedenen Rechte beeinflussen konnte. Es bildete sich in diesen Zeiten ein sogenanntes *ius commune*, ein Gemeines Recht, in ganz Europa und somit auch in gewisser Weise in der Schweiz heraus. D. h. nicht, dass überall genau dasselbe Recht angewendet wurde, aber man verwendete dieselbe Denkweise, dieselbe Sekundärliteratur und dieselbe Art von Lückenfüllung. Recht wurde schon damals auf dem Kontinent als eine Wissenschaft betrachtet.

Wie Ferdinand Elsener (1975, S. 20 ff.) und andere Autoren (Caroni, 2011, S. 56 f.; Bühler, 2003, S. 1 ff., insbesondere auch S. 60: «Die Rechtsentwicklung in der Schweiz ist somit keine andere als in Süddeutschland, Italien und Frankreich»; zurückhaltend Pahud de Mortanges, 2007, S. 134 ff.; und im allgemeinen Zimmermann, 2002, S. 13 ff., S. 98 ff.; Pichonnaz, 2011a, S. 58 ff.) gezeigt haben, meinen wir, dass E. Huber diesen Aspekt zu wenig gewichtet hat, wenn er in seinem «System und Geschichte des Schweizerischen Rechts» 1893 schreibt: «doch bedeutet das nur eine kleine Ingredienz, nicht viel bedeutsamer, als das besondere Recht, unter welchem die Juden und teilweise auch die italienischen Kaufleute, die sogenannten Laparten, lebten» (Huber, 1975, S. 115). Das bedeutet aber nicht, dass das Römische Recht eine starke formelle Rolle gespielt hat; vielmehr ist es nicht auszuschliessen, dass es in der Schweiz im 17.–18. Jh. keine eigentliche Rechtswissenschaft gab (Caroni, 2011, S. 76). Vielleicht kann man eine solche noch für Städte annehmen, wie man es zum Beispiel bei der Gründung einer rechtswissenschaftlichen Akademie im Jahre 1763 in Fribourg sehen kann: Römische Recht und Naturrecht sind die beiden Fächer, die unterrichtet wurden und nicht die Gewohnheitsrechte (De Raemy/Corpataux, 1922, S. 13 ff.; Elsener, 1975, S. 346).

Mit dem Humanismus des 16. Jh. und seinem neuen Wissenschaftsprogramm (Hattenhauer, 2004, Rz. 1173; Stein, 2003, S. 90 ff.; Coing, 1985, S. 67 ff.; Senn, 2003, S. 172 ff., S. 179 ff.; Basedow/Hopt/Zimmermann, 2009, S. 833 ff.) und dann vor allem mit der Zeit des Naturrechts im 17./18. Jh. (Hattenhauer, 2004, Rz. 1225 ff.; Stein, 2003, S. 117 ff.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 292 ff.; Meder, 2008, S. 240 ff.; Basedow/Hopt/Zimmermann, 2009, S. 1099 ff.; Coing, 1985, S. 72 ff.; Wieacker, 1967, S. 249 ff., S. 599 ff.) begann das *Corpus iuris civilis* eine andere Rolle zu spielen. Es wurde nicht mehr als das Kompendium des einzigen unantastbaren Rechts betrachtet, sondern eher als eine *ratio scripta*, eine schriftliche Vernunft, eine mögliche Konkretisierung des Naturrechts. Das Werk *De iure belli ac pacis* von Hugo Grotius aus dem Jahre 1625 war u. a. das Buch, das diese Wende herbeiführte.

Das Römische Recht blieb weiterhin zentral, um die juristischen Prinzipien, die man in der Natur lesen und finden konnte, zu veranschaulichen;



es war aber nicht mehr die einzige Quelle. Im Jahre 1689 schrieb z. B. der französische Jurist Jean Domat (1625–1696) ein Kompendium von Texten und Fällen unter dem Titel: *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. Das Buch enthielt in hohem Grade Römisches Recht, was die Einführung bestätigt:

«Il paroît bien étrange que les Loix Civiles, dont l'usage est si necessaire, soient si peu connus, & que n'étant presque toutes que des regles de l'équité, dont la connoissance nous est naturelle, l'étude qui devoit en être également facile & agreable, soit si difficile et si épineuse. Cependant il faut reconnoître que de la manière dont ces Loix sont recueillies dans les Livres du Droit Romain, qui en sont l'unique dépôt, il n'est pas aisé de les bien apprendre. Et c'est ce qui fait que parmi ceux que leur profession oblige à les sçavoir, plusieurs les ignorent, et que personne n'y devient habile que par une longue et penible étude. [...]» (Domat, 1723, «préface»).

Etwa hundert Jahre später entschloss sich der Franzose Robert-Joseph Pothier (1699–1772), die Texte der Digesten und des *Codex Iustinians* zu reorganisieren, um gleichartige Themen, die in beiden Sammlungen abgehandelt wurden, zusammenzustellen. Das dreibändige Werk *Pandectae* wurde dann 1748–1752 publiziert (siehe Pothier, [1818]).

Auf der Basis dieses Werks, das von der fast schon unheimlichen Beherrschung des Römischen Rechts zeugt, schrieb Pothier daraufhin einen «*Traité des Obligations*» (Traktat der Obligationen) (1. Aufl. 1761; siehe Pothier, [1824]). Dieses Buch wurde, was den obligationenrechtlichen Teil angeht, vom französischen Gesetzgeber gegen Ende des 18. Jh. fast wörtlich übernommen. Der *Code civil français* von 1804 hält sich somit in vielen Teilen sehr nahe an die Ausführungen Pothiers (und zum Teil Domats; siehe Halpérin, 1992, S. 21, S. 121), die sich beide auf das Römische Recht des Mittelalters und die Digesten stützten. Nachstehend die Ausführungen von Halpérin:

«A proprement parler, le droit décrit par Pothier ne s'appliquait nulle part en France, mais il avait vocation à inspirer et à convaincre, par sa clarté, les juristes de toute la France.» (Halpérin, 1992, S. 21, S. 121)

Der Einfluss von Pothier war aber schon im ersten Entwurf Cambacérés (9. August 1793) spürbar, da fast alle Bestimmungen über die allgemeine Theorie der Obligationen und der besonderen Verträge aus dem Traktat von Pothier stammten (Halpérin, 1992, S. 21, S. 121).

Ein ähnliches Phänomen fand in Preussen statt. Friedrich der Zweite wünschte eine Gesetzgebung im Stil des Jahrhunderts der Aufklärung («*siècle des Lumières*»). Die Kompilation stützte sich auch wieder sehr stark auf die römischen Fälle, ihre langjährige Bearbeitung durch die Juristen des Mittelalters und auch auf die Idee, dass das Römische Recht als *ratio scripta* des Naturrechts gelte. Somit ist das 1794 in Kraft getretene Allgemeine Landrecht der Preussischen Staaten (ALR) voll von römischrechtlichen Lösungen und Denkweisen.

In Österreich fand etwas Ähnliches statt. Carl Anton von Martini war auch vom Naturrecht beeinflusst, insbesondere von Wolffs Rechtsdenken (Senn, 2003, S. 268). Der zweite Redaktor, Franz von Zeiller, stand noch unter naturrechtlichem Einfluss, aber eher von Seiten Kants (Senn, 2003, S. 268). Beide lehnten den Gesetzestext des österreichischen ABGB ebenfalls stark an das Römische Recht an. Man könnte Hunderte von Beispielen nennen; ich werde nur ein einziges Beispiel geben, die juristische Definition der Sache im ABGB:

«§ 285. Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt.

§ 291. Die Sachen werden nach dem Unterschiede ihrer Beschaffenheit eingeteilt: in körperliche und unkörperliche; in bewegliche und unbewegliche; in verbrauchbare und unverbrauchbare; in schätzbare und unschätzbare.»

Diese Definition stimmt überein mit derjenigen von Gaius, einem Rechtsprofessor des 2. Jh. n. Chr., der im Jahre 160 n. Chr. ein berühmtes Lehrbuch (*Institutiones*) verfasst hat.

Gai. 1,8: «Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones» und dann Gai. 2,12: «Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales».

Bevor ich spezifischer über den damaligen Einfluss des Römischen Rechts auf die Schweiz sprechen kann, muss ich noch einiges über die Situation in Deutschland zu jener Zeit erklären. Auf die Naturrechtswelle folgte ein neues Rechtsverständnis, die so genannte Historische Rechtsschule, die von Gustav Hugo (1764–1844) und Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) gegründet wurde. Ihre Ideen können folgendermassen zusammengefasst werden: Um eine Gesetzgebung für Deutschland auszuarbeiten, muss man zuerst den Volksgeist historisch erörtern. Diesen Volksgeist sah Savigny (im Gegensatz z. B. zu Otto von Gierke) nicht im germanischen Recht, sondern im Römischen Recht. «*Back to the origins*» könnte das Motto geheissen haben. Savigny erblickte die Ursprünge im klassischen Römischen Recht, also in der Fallsammlung der Digesten. Die Bearbeitung der Materie war aber besonders. Die (kelsianische) Idee, dass das Recht ein System darstelle, brachte Savigny dazu, das Römische Recht so aufzuarbeiten, dass das System an sich im Vordergrund stand. Er versuchte prinzipiell, diese Idee des hochabstrakten und systematischen Rechts auf die römischen Quellen zu stützen. So kam es zu seinem weltberühmten achtbändigen Werk von 1840, «Das System des heutigen Römischen Rechts». Dieses Buch, wie auch weitere Bücher, etwa das Pandektenrecht von Bernhard Windscheid und weitere Werke der Historischen Rechtsschule, wirkten auf die deutsche Gesetzgebung ein. Eine Detailschilderung dieser Einflüsse ist hier in aller Kürze nicht möglich und auch nicht nötig.

Die Schweiz wurde mehrfach von diesen Entwicklungen erfasst, und ich spreche hier vor allem über das Privatrecht, wo sich diese am anschaulichsten darbietet. Wie Caroni mit überzeugenden Argumenten kürzlich gezeigt hat, war die Praxis in einigen Kantonen stark vom deutschen Gewohnheitsrecht geprägt (Caroni, 2011, S. 74 ff., und die Zitate aus Briefen von Keller und Bluntschli, S. 76, S. 78). Die Geschichte verläuft aber nicht linear, so dass das Römische Recht nicht nur an der Universität unterrichtet wurde, sondern auch in Akademien auf dem Land, wie man es in Freiburg beispielsweise sieht (De Raemy/Corpataux, 1922, S. 1 ff.). Dazu kamen auch Einflüsse auf die schweizerische Kodifikation, welche wiederum aus Gesetzbüchern anderer Länder stammten, die selbst aus dem Römischen Recht beeinflusst wurden.

Nach dem Scheitern eines gemeinsamen Zivilgesetzbuches (*Code civil unifique*), welches von Napoléon für die Schweiz in Anlehnung an den französischen *Code civil* vorangetrieben wurde, mussten die Schweizer Kantone ihren eigenen Weg finden (siehe Pahud de Mortanges, 2007, S. 197 ff., S. 208 ff.). Die meisten haben sich für ein Gesetzbuch, also für eine Kodifikation entschlossen. Praktisch alle kantonalen Gesetzbücher der Westschweiz und der Südschweiz stellten mehr oder weniger Bearbeitungen bzw. Übersetzungen des französischen *Code civil* von 1804 dar (so in Genf, Waadt [1803/1819], Wallis [1853/1855], Neuenburg und z. T. in Freiburg [1849] oder sogar im Tessin [1837]) (Pichonnaz, 2011b, S. 126). Wir haben gesehen, wie sehr der französische *Code civil* römischrechtlich geprägt war (und immer noch ist). Es handelt sich dabei aber nicht um das klassische Römische Recht, sondern um das Römische Recht, wie es sich durch die tiefgreifende Arbeit des Mittelalters entwickelt hatte. Zum Beispiel hatten die Überlegungen des niederländischen Juristen Hugo Grotius im 17. Jh. einen Einfluss auf Domat (man weiss z. B., dass er ihn gelesen hat; siehe Gazzaniga, 1992, S. 144 und Arnaud, [1964], der Ähnlichkeit in der Disposition findet) und auch auf Pothier (mindestens durch Barbeyrac [1674–1744]; zu Jean Barbeyrac siehe u. a. Meylan, [1937]) und Pufendorf (zum Einfluss von Pufendorf auf Pothier siehe Gazzaniga, 1992, S. 172 und Arnaud, 1964, S. 208). Grotius entnahm den römischen Quellen z. B. die Möglichkeit der Eigentumsübertragung durch reinen Konsens, in Anlehnung an die Besitz- und somit Eigentumsübertragung *animus solo* (Schmidlin, 2011, S. 68 f.).

Einige Kodifikationen wurden vom österreichischen ABGB von 1811 stark beeinflusst. Das war in Bern und daraufhin in Luzern, Solothurn und Aargau der Fall (Pichonnaz, 2011b, S. 126). Die Verwurzelung in der naturrechtlichen Kodifikation, und somit in einer gewissen Weise im Römischen Recht, war deshalb sehr präsent.

Dazu kommt noch Johann Caspar Bluntschli (siehe Meili, 1908, S. 1 ff.), ein Zürcher Jurist, der um 1827 ein Schüler von Savigny in Berlin war (Bluntschli, 1884, S. 62 f., über seine Korrespondenz mit ihm siehe auch S. 248). Als er beauftragt wurde, ein Gesetzesbuch für den Kanton Zürich zu verfassen, versuchte er das pandektistische Verständnis darin umzuset-

zen. Das Zürcher PGB stellt eine Synthese zwischen überliefertem Zürcher Recht, gelehrtem pandektistischem Recht und modernem Handelsrecht dar. Man halte sich nur das Beispiel der Eigentumsübertragung kurz vor Augen. In § 646 PGB heisst es: «Das Eigenthum an einer beweglichen Sache wird von dem Eigenthümer auf seinen Nachfolger übertragen durch die Uebergabe des Besitzes in Folge eines auf Übergang des Eigenthums gerichteten Rechtsgeschäftes, z. B. Kauf, Tausch, Schenkung» (siehe Bluntschli, 1855, S. 167). Diese Besitzübertragung (auf Lateinisch *traditio*) und ein dazu berechtigender Grund (*iusta causa traditionis*) waren die eigentlichen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung im Römischen Recht, wie man es z. B. bei Paulus lesen kann (D. 41,1,31 pr): «*Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut alia iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*» («Niemals überträgt die blosser Übergabe das Eigentum, sondern nur, wenn ein Verkauf oder ein anderer rechtfertigender Grund vorangegangen ist, aufgrund dessen die Übergabe erfolgt ist»); Übersetzung bei Rainer/Filip-Fröschl, 1998, S. 46).

Das zürcherische Zivilgesetzbuch übte dann einen erheblichen Einfluss auf die Kodifikationstätigkeiten der Ost- und Zentralschweiz aus (Schaffhausen, Zug, Thurgau, Nidwalden, Glarus und z. T. Graubünden).

Man sieht somit, dass, auch wenn die Praxis im Mittelalter in der Ostschweiz vor allem germanisches Recht angewandt hatte, die Gesetzbücher des 19. Jh. vom Römischen Recht stark geprägt wurden und somit insgesamt auch die Schweiz beeinflusst haben.

### III. Die schweizerische Kodifikation und das Römische Recht

Grundlage der ersten Arbeiten für ein schweizerisches Obligationenrechtsgesetzbuch war selbstverständlich nicht die Idee einer Kodifikation des Römischen Rechts als solche. Die anderen europäischen Kodifikationen waren aber wichtig im Entwurf von Munzinger (1869–1873; zu Munzinger siehe Fasel, [2003a]; Fasel, 2003b, S. 345–352; Pichonnaz, 2011b, S. 126 f.;

Honsell, 2011, S. 9 f.). Die Schwierigkeit und Eigenart des schweizerischen Rechts lag aber darin, den verschiedenen juristischen Traditionen irgendwie Rechnung zu tragen und trotzdem ein verständliches und sinnvolles Gesetz auszuarbeiten. Wie Meili in seiner Abhandlung von 1901 es auch betont hat, «was das Privatrecht anbetrifft, so muss in der Schweiz namentlich darnach gestrebt werden, eine Versöhnung der romanischen und deutsch-schweizerischen Anschauungen herbeizuführen.» (Meili, 1901, S. 12).

Alle diese gesetzgeberischen Traditionen waren vom Römischen Recht beeinflusst; man könnte also denken, dass dieses Vorhaben letztlich einfach war. Dies war aber nicht der Fall, weil die Grundphilosophie der verschiedenen Traditionen sehr unterschiedlich war. In seinem Referat vor der Versammlung des Schweizerischen Juristenvereins in Chur, betont Carrard 1873 mit Nachdruck, dass es nicht möglich sei, das Zürcher Privatgesetzbuch für die ganze Schweiz anzunehmen, weil man darin die Eigenschaften des Zürcher Gewohnheitsrechts noch zu stark findet, was nicht unbedingt für die ganze Schweiz passen würde (Carrard, 1873, S. 15: «*[Le code zurichois] a conservé avec soin les particularités du droit zurichois. Ce qui fait son mérite pour le canton de Zurich, et peut-être pour le territoire occupé par l'ancien Gau alémanique de la Thur serait un défaut capital dès qu'il s'agirait de l'imposer à la Suisse entière.*»).

Dies kann man durch zwei Beispiele veranschaulichen. Es gäbe aber noch weitere!

Was ist ein Vertrag? Die Definition des Vertragskonzepts («*contractus*») war bereits dem Römischen Recht bekannt. Als er über die «*conventio*» sprach, sagte z. B. Ulpian, dass es, gemäss den eleganten Worten von Pedius, keinen Vertrag gäbe, keine Verpflichtung, die nicht eine *conventio* in sich habe (Ulp. D. 2,14,1,3: «*Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*»).

Diesem Verständnis folgend, setzt ein Vertrag voraus, dass man eine Vereinbarung trifft, in welcher die Parteiwillen zusammenkommen («*cum-*

*venire*). Der Vertrag betont also die Wichtigkeit der Übereinkunft der Vertragsparteien. Dies steht sehr nahe beim pandektistischen Verständnis des Vertrags, wo der Wille das zentrale Element des Rechtsgeschäfts bildet. Die übliche Definition des Rechtsgeschäfts zeigt es deutlich: «Rechtsgeschäft ist eine private (nicht hoheitliche) Willenserklärung, die darauf gerichtet ist, – allein oder mit anderen Tatbestandselementen – eine dem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge eintreten zu lassen.» (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, 2008, Rz. 119).

Eine weitere Definition des Vertrages (*contractus*; siehe Nelson/Manthe, 1999, S. 446 ff.) findet man bei Labeo (gestorben 10/11 n. Chr.). Für ihn ist ein Vertrag eine «*obligatio ultro citroque*», d. h. eine gegenseitige Verpflichtung; ein Synallagma, wie es die Griechen nennen («[...] *contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνόλλογμα vocant* [...]»); Ulp. D. 50,16,19). Diese Definition hat vor allem Grotius benutzt, um die Idee zu verwirklichen, dass ein Vertrag ein Austausch von Versprechen sei. Er schreibt in seinem *De iure belli ac pacis* (lib. II, cap. XII, § VII [1993, S. 344]): «*Omnes autem actus aliis utiles extra mere beneficos contractuum nomine appellantur*» («In der Tat, alle Geschäfte die an anderen ein Nutzen erteilen, ausser die nur aus *bienfaisance* sind, sollen *Vertrag* benannt werden»; siehe u. a. Schmidlin, 1999, S. 187 ff., vor allem S. 190 f.).

Deswegen versteht sich der Vertrag vor allem als gegenseitige Verpflichtung (Grotius, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XII, § V siehe [1993, S. 343 f.]). Die Idee eines Vertrages nicht als «*conventio*», als Zusammenkunft von Willen, sondern als Austausch von Versprechen, findet man im französischen *Code civil*, in dem Sinne, dass der Vertrag nur gültig erzwungen werden kann, wenn es eine *causa* gibt, d. h. wenn ein Versprechen seinen Grund im Gegenversprechen hat. In dieser Hinsicht übernimmt das französische Recht die römischen Vorstellungen (Ulp./Lab. D. 17,1,8 pr): «*Si procuratorem dedero nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam.*» («Wenn ich einen Prozessvertreter bestelle und dieser mir die für den Rechtsstreit überlassenen Urkunden

nicht zurückgibt – mit welcher Klage haftet er mir dann? Labeo meint, er hafte mit der Auftragsklage und die Ansicht derjenigen sei nicht billigenwert, die annehmen, wegen dieses Rechtsverhältnisses könne mit der Klage aus Verwahrung geklagt werden. Es sei nämlich bei jedem Vertrag auf den Anfang und den rechtlichen Grund abzustellen.» Übersetzung von R. Knütel, in: *Corpus Iuris Civilis*, Text und Übersetzung, III, Dig. 11–20, 1999, S. 360).

Sollte man also den Vertrag «nur» auf den Willen der Vertragsparteien abstützen, wie im Zürcher Gesetzbuch (Bluntschli, 1855, III, § 903, S. 1), oder sollte man ihn als Ergebnis gegenseitigen Versprechens mit einer gültigen *causa* bezeichnen, wie in den welschen Gesetzbüchern? Bluntschli und dann der Text des Art. 1 des Obligationenrechtsgesetzbuch von 1881 haben sich für die modernere Fassung entschieden, also für eine Übereinstimmung des Willens: «Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich». Das steht im Einklang mit dem berühmten Text von Ulpian (D. 2,14,7), wonach es eben keine besondere *causa* braucht, wenn es sich um einen Nominalvertrag handelt.

Die Lösung ist immer dieselbe, auch im heutigen Obligationenrecht. Beide Traditionen haben ihre Grundlage im Römischen Recht, aber der Entscheid, eher die eine Lösung auszuwählen als die andere, hat immer tiefgreifende Konsequenzen.

Nun widme ich mich der Eigentumsübertragung und dem Gefahrübergang beim Kauf: Im französischen Recht gilt die Grundidee, die aus den vernunftrechtlichen Überlegungen stammt, dass der Vertragsabschluss das Eigentum überträgt (CCfr. 711 i.V.m. CCfr. 1583). Der Ursprung der Idee kann hier auch wieder auf einige Quellen des Römischen Rechts, vor allem aber wiederum auf Grotius zurückgeführt werden, der sagt: «*quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii*» («Jedes perfekte Versprechen hat eine ähnliche Wirkung wie die Übertragung des Eigentums» [Grotius, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI, § IV, 1993, S. 329]; siehe auch Schmidlin, 2011, S. 62).

Diese Lösung war auch diejenige der französisch-sprechenden Westkantone. Die vom Zürcher Gesetzbuch beeinflussten Kantone kannten

hingegen die Eigentumsübertragung, die auf der Besitzübergabe beruhte. Nachdem in Vorentwürfen verschiedene Lösungen vorgeschlagen worden waren, entschied sich der eidgenössische Gesetzgeber von 1881 schliesslich für die Option der Eigentumsübertragung durch Besitzübergabe, wobei allerdings die Besitzübergabe durch Besitzkonstitut und *brevi manu traditio* sehr stark erleichtert wurde (Egli, 1926, S. 67). Art. 199 aOR wurde also wie folgt verabschiedet: «Soll in Folge eines Vertrages Eigentum an beweglichen Sachen übertragen werden, so ist Besitzübergabe erforderlich.» Die welschen Kantone hatten also «verloren». Die Debatte wurde aber immer noch intensiv im Parlament geführt.

Da die Widerstände in den parlamentarischen Kommissionen weiter bestanden, wurde bei der Schlussberatung des Gesetzesentwurfs im Parlament ein Kompromiss vorgeschlagen, nämlich die Einführung eines Art. 204 aOR (siehe vor allem Egli, 1926, S. 65–70; darauf aufbauend Cortesi, 1996, S. 11 ff.; Bucher, 1970, S. 288 f.; Cavin, 1977, S. 29; Pichonnaz, 2008b, S. 190). Sein Inhalt war ein Nachgeben gegenüber der französisch-sprechenden Minderheit des schweizerischen Parlaments von 1881 (Bucher, 1970, S. 288 f.; Egli, 1926, S. 65 ff.; Pichonnaz, 2008b, S. 190). Diese hatte sich zum Anwalt des Gefahrübergangs beim Kauf schon bei Vertragsabschluss gemacht, weil sie damit den praktisch wichtigsten Punkt der ihr vertrauten Regelung beim Kauf noch retten wollte. Mit anderen Worten, bei Vertragsabschluss sollte der Käufer die finanziellen Folgen des zufälligen Untergangs der Kaufsache tragen, indem er trotz Untergangs der Sache den Preis weiterhin bezahlen musste. Dies gilt auch, wenn sich die Sache immer noch beim Verkäufer befindet und deshalb das Eigentum noch nicht auf den Käufer übergegangen ist. Dieser «glückliche» Kompromiss ist das auffälligste Beispiel des Kollidierens von zwei juristischen Traditionen (Egli, 1926, S. 68; Pichonnaz, 2008b, S. 190). Es ist aber bemerkenswert, dass diese «*periculum emptoris*»-Kompromiss-Lösung und die Eigentumsübertragung durch Besitzübergabe die Lösung des klassischen Römischen Rechts widerspiegelt. Diese findet man aber auch noch in Chile (Chile Zivilgesetzbuch, Art. 1820; für Südafrika siehe Bauer, 1998, S. 182 ff. und Zimmermann, 1996, S. 292)! Dieser salomonische Entscheid wurde 1907 bei der Revision des

alten Obligationenrechts abermals in Zweifel gezogen, aber letztlich nicht mehr geändert (Pichonnaz, 2011b, S. 133). Die Angst, den Streit wieder von vorne zu beginnen, führte dazu, dass sämtliche Änderungsvorschläge zurückgewiesen wurden. Art. 185 OR über die Gefahrtragung beim Kauf ist somit seinem Vorgänger sehr ähnlich.

Obwohl diese Lösung nicht direkt aus dem Römischen Recht stammt, hat ihre Ähnlichkeit mit diesem das Bundesgericht veranlasst, in einem Entscheid von 2002 über die Auslegung des Art. 185 OR eine historische Analyse vorzunehmen. Damit wollte es die Grenzen des Prinzips des *periculum emptoris* erörtern (BGE 128/2002 III 370 [12.3.2002, 4C.336/2000]; siehe auch Pichonnaz, 2008b, S. 183 ff.; Pfeiffer, 2003, S. 884 ff.). Das war ein Zeichen, dass das Römische Recht irgendwie noch unter uns weilt, wenn auch manchmal inkognito. Das Bundesgericht zitiert im Entscheid selbst nicht nur Justinian (den Kaiser aus dem 6. Jh.), sondern auch mittelalterliche Juristen wie Cuiacius (16. Jh.) oder Pothier. Dies ist doch sehr eigenartig für ein oberstes Gericht auf dem Kontinent. Das Römische Recht wurde somit als historische Argumentation benutzt, nicht um die römischrechtliche Lösung auf die gegenwärtigen Probleme zu übertragen, aber um die Hintergründe, die Struktur der Lösung besser zu erklären.

#### IV. Schluss: Die dritte Geburt des Römischen Rechts

Die Kodifikationen haben den Eindruck erweckt, Lösungen seien versteinert. Dies ist aber bekanntlich nicht der Fall, da die richterliche «Anwendung des Gesetzes» jeden Tag neue Probleme aufzeigt. Die Lösungen stehen nicht einfach «im» Gesetz, sie müssen vielmehr neu gefunden werden. Das Römische Recht «spukt» noch im Obligationenrecht und zum Teil im Zivilgesetzbuch – diese sind «*hantés*», wie Derrida sagen könnte. Diese Erkenntnis ist umso wichtiger, als man damit die Herkunft unseres Rechts besser verstehen und dieses zugleich zukunftsgerecht (weiter)entwickeln kann.

Das Römische Recht spielt also – manchmal direkt, oftmals aber indirekt – eine wichtige Rolle für den Schweizer Juristen, selbstverständlich

nicht unbedingt in Alltagsgeschäften eines Richters oder eines Anwalts, aber sicher bei «schwierigen» Fällen. Das Bundesgericht hat es zum Beispiel im vorher erwähnten Fall gezeigt, aber auch in weiteren Entscheidungen, z. B. im berühmten Papageienfall, BGE 133/2006 III 257 (besprochen u. a. von Pichonnaz, 2011a, S. 63 ff.; Pichonnaz, 2011c, S. 407 ff.; Werro, 2009, S. 5 ff.; Honsell, 2007, S. 154 ff.; Keller, 2007, S. 780 ff.; Zellweger-Gutknecht, 2007, S. 769; Coendet, 2008, S. 15 ff.; Tercier, 2008, S. 295 f.; Brunner/Vischer, 2008, Rz. 13 ff.; Koller, 2008, S. 9 ff.; Vischer, 2009, S. 129; Schmid, 2010, S. 600).

Es ist also eine Chance, dass dieses Fach heute in der Schweiz von Lehrstuhlinhabern vertreten wird, die sowohl Römisches Recht wie geltendes Recht unterrichten und erforschen. Es ermöglicht nämlich, historische Forschung zu betreiben anhand von aktuellen Fragen. Diese dynamische Entwicklung zeigt sich in einigen bemerkenswerten Dissertationen der letzten Jahrzehnte.

Die so genannte «dritte Geburt» des Römischen Rechts sollte aber im Hinblick auf die Entwicklung eines Vertragsrechts auf europäischer Ebene stattfinden (siehe Caroni, 2011, S. 74, der von «Wiederbelebung» spricht). Es ist nicht im Sinn historischer Untersuchungen, römischrechtliche Lösungen im geltenden Recht anzuwenden; die sozio-ökonomischen Verhältnisse haben sich zu stark geändert. Die Untersuchung des Römischen Rechts soll uns aber dabei helfen, die richtigen Fragen zu stellen, die verschiedenen europäischen Lösungen zu dekonstruieren, um dann die dahinter stehenden Werte zu identifizieren, damit die neuen Regelungen nicht nur das Ergebnis eines Verhandels zwischen nationalen Systemen sind, sondern eine durchdachte Lösung anbieten. Das wird aber das Thema der nächsten Veranstaltung sein.

«Die Schweiz und das Römische Recht». Ein auf den ersten Blick überraschendes Paar. Ich hoffe aber, gezeigt zu haben, dass das Römische Recht immer noch die Wurzel des geltenden Rechts darstellt. Ein Baum wächst dank seiner Wurzeln, wie sich das geltende Recht aus dem Römischen Recht entwickelt; die Wurzeln des Rechts erklären seine Funktion, können diese aber nicht ersetzen. Im dogmatisch-historischen Hinblick auf das geltende

Recht erfüllt das Römische Recht eine wichtige Rolle, nicht nur für eine sinnvolle Entwicklung der Juristen, sondern auch als Überlegungsinstrument. Die Lösungen müssen aber nach den sozialen und ökonomischen Gegebenheiten neu erfunden werden; es geht also immer noch über das Römische Recht hinaus, aber dank dem Römischen Recht.

## Literaturverzeichnis

- Arquint, Jon-Peider (1998–2010). *Lex romana Curiensis, Historisches Lexikon der Schweiz* [Online im Internet]. Verfügbar im Internet: <http://hls-dhs-dss.ch/textes/d/D8943.php?PHPSESSID=6706f18e6677b72323bc0f97f7be7ee6a> [2011-19-10].
- Arnaud, André-Jean (1964). *Les origines doctrinales du code civil français*. Paris.
- Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hg.) (2009). *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (2 Bände). Tübingen.
- Bauer, Martin (1998). *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*. Berlin.
- Bluntschli, Johann Caspar (1884). *Denkwürdiges aus meinem Leben*, Vol. I, Nördlingen.
- Bluntschli, Johann Caspar (1855). *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton*. Zürich.
- Brunner, Christoph/Vischer, Markus (2008). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007. *Jusletter*, 13. Oktober 2008. Verfügbar im Internet: [http://jusletter.weblaw.ch/article/de/\\_6802?lang=fr#titel\\_2\\_32](http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_6802?lang=fr#titel_2_32) [2011-19-10].
- Bucher, Eugen (1970). Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer). *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, n. F. 89 I, S. 281–294.
- Bühler, Theodor (2003). Die Methoden der Rezeption des römisch-gemeinen Rechts in die Erbrechte der Schweiz, *SZ-RA*, 120, S. 1 ff.
- Capogrossi Colognesi, Luigi (2004). *Lezioni di storia del diritto romano*. Neapel.

- Caroni, Pio (2011). *Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo?* In Paola Guglielmotti, Isabella Lazzarini und Gian Maria Varanini (Hg.), *Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini* (S. 55–79). Florenz.
- Cavin, Pierre (1977). Kauf, Tausch, Schenkung. In Frank Vischer (Hg.), *Schweizerisches Privatrecht* (Bd. VII/1), *Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse*. Basel/Stuttgart.
- Coendet, Thomas (2008). Schadenszurechnung im Kaufrecht. *Recht*, S. 15–26.
- Coing, Helmut (1985). *Europäisches Privatrecht* (Bd I.), *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*. München.
- Corbino, Alessandro/Santalucia, Bernardo (Hg.) (1988). *Justiniani augusti pandectarum codex florentinus*, Vol. I. Florenz.
- Cortesi, Oreste (1996). *Die Kaufpreisgefahr*. Zürich.
- Domat, Jean (1723). *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*. Nouvelle édition, Tome I. Paris.
- Egli, Walter (1926). *Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag*. Affoltern.
- Fasel, Urs (2003a). *Bahnbrecher Munzinger*. Bern.
- Fasel, Urs (2003b). Walther Munzinger. Vorreiter der Schweizer Rechtseinheit. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, S. 345–352.
- Fögen, Marie-Theres (2002). *Römische Rechtsgeschichten*. Göttingen.
- Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan (2008). *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (2 Bände) (9. Aufl.). Zürich/Basel/Genf.
- Gaudemet, Jean (1967). *Institutions de l'Antiquité*. Paris.
- Gaudemet, Jean (1965). Le bréviaire d'Alaric et les épitomes. *Ius Romanum Medii Aevi* (Pars I, 2 b, aa, b) (S. 1–57). Mailand.
- Gazzaniga, Jean-Louis (1992). *Introduction historique au droit des obligations*. Paris.
- Halpérin, Jean-Louis (1992). *L'impossible Code civil*. Paris.
- Hattenhauer, Hans (2004). *Europäische Rechtsgeschichte* (4. Aufl.). Heidelberg.
- Hausmanninger, Herbert/Selb, Walter (2001). *Römisches Privatrecht* (9. Aufl.). Wien.

- Honsell, Heinrich (2007). Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – Papageienfall des Bundesgerichts. *Recht*, S. 154–158.
- Honsell, Heinrich (2011). 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, II, S. 5–115.
- Huber, Eugen (1893). *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes* (Bd IV). Basel.
- Keller, Roland (2007). Bemerkungen zum 4C.180/2005 (BGE 133 III 257). *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, S. 780–783.
- Koller, Alfred (2008). *Leistungsstörungen: Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen*. St. Gallen.
- Meder, Stephan (2008). *Rechtsgeschichte* (3. Aufl.). Köln/Weimar/Wien.
- Meili, Friedrich (1901). *Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts*. Zürich.
- Meili, Friedrich (1908). *Johann Caspar Bluntschli und seine Bedeutung für die moderne Rechtswissenschaft. Erinnerungsblatt zum Hundertsten Geburtstag (7. März 1908)*. Zürich.
- Meyer-Marthaler, Elisabeth (1968). *Römisches Recht in Rätien im frühen und hohen Mittelalter*. Zürich.
- Meylan, Philippe (1937). *Jean Barbeyrac (1674–1744) et les débuts de l'enseignement du droit dans l'ancienne académie de Lausanne, contribution à l'histoire du droit naturel*. Lausanne.
- Nelson, Hein L. W./Manthe, Ulrich (1999). *Gai Institutiones III 88–181*. Berlin.
- Pahud de Mortanges, René (2007). *Schweizerische Rechtsgeschichte. Ein Grundriss*. Zürich/St. Gallen.
- Pfeiffer, Guido (2003). «Periculum est emptoris» – Gefahrtragung bei Sukzessivlieferung von Aktien, Entscheidung der Schweizerischen Ire Cour Civile vom 12. März 2002. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, S. 884–894.
- Pichonnaz, Pascal (2008a). *Les fondements romains du droit privé*. Genf/Zürich/Basel.
- Pichonnaz, Pascal (2008b). Periculum emptoris und das schweizerische Recht: Ein Fall des Rückgriffs auf Römisches Recht durch das Schwei-

- zerische Bundesgericht. In Wolfgang Ernst/Eva Jakab (Hg.), *Kaufen nach Römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen* (S. 183–201). Berlin/Heidelberg.
- Pichonnaz, Pascal (2011a). Droit romain: enseignement, méthode et contribution à la réflexion du juge. *Index*, 39, S. 58 ff.
- Pichonnaz, Pascal (2011b). Le Centenaire du Code des obligations. Un code toujours plus hors du code. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, II, S. 117–227.
- Pichonnaz, Pascal (2011c). L'obligation de réparer issue du contrat: réflexions diachroniques à propos de l'art. 208 CO. In Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey (Hg.), *L'homme et son droit, Mélanges Marco Borghi* (S. 399–414). Genf/Basel/Zürich.
- Pothier, Robert-Joseph (1818). *Pandectae Justinianae in novum ordinem redactae* (4. Aufl.). Paris.
- Pothier, Robert-Joseph (1824). *Traité des obligations*. In André Dupin / Jacques Marie-Jean (Hg.), *Œuvres de Pothier* (Band I). Paris.
- Poudret, Jean-François (1998–2006). *Coutumes et coutumiers. Histoire comparative des droits des pays romands du XIIIe à la fin du XVIIe siècle* (6 Bände). Bern.
- De Raemy, Tobie/Corpataux Georges (1922). Les origines de l'école de droit de Fribourg [Neudruck aus: *Annales fribourgeoises* (1922) 10, S. 193–207; (1923) 11, S. 248–257; (1925) 13, S. 53–66 und S. 104–123, S. 1–56]. Fribourg.
- Rainer, Michael/Filip-Fröschl, Johanna (1998). *Texte zum Römischen Recht*. Wien/New York.
- Samuel, Geoffrey (2007). Taking Methods Seriously (Part Two). *Journal of Comparative Law*, S. 210–237.
- Samuel, Geoffrey (2005). *Epistemology and Method in Law*. Aldershot.
- Schmid, Jörg (2010). Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006 und 2007, Obligationenrecht. *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 146, S. 554–631.
- Schmidlin, Bruno (1999). Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung

- und das pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärung. In Reinhard Zimmerman (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (S. 187–205). Heidelberg.
- Schmidlin, Bruno (2011). *Der Vertrag im europäischen Zivilrecht/Le contrat en droit civil européen*. Genf/Zürich/Basel.
- Schröder, Jan (2001). *Recht als Wissenschaft, Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1850)*. München.
- Senn, Marcel (2003). *Rechtsgeschichte* (3. Aufl.). Zürich/Basel/Genf.
- Sirks, Adriaan Johan Boudewijn (2007). *The Theodosian Code. A Study*. Friedrichsdorf.
- Soliva, Claudio (1986). Römisches Recht in Churrätien. *Jahrbuch der Historisch-antiquarischen Gesellschaft von Graubünden*, 116, S. 189–206.
- Stein, Peter (2003). *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*. Genf/Basel/München.
- Stelling-Michaud, Sven (1960). *Les juristes suisses à Bologne (1255–1330). Notices biographiques et Regestes des actes bolonais*. Genf.
- Tercier, Pierre (2008). Le point sur la Partie spéciale du droit des obligations/ Entwicklung im Obligationenrecht, Besonderer Teil. *Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)*, 104, S. 294–298.
- Vischer, Markus (2009). Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf. *Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)*, 105, S. 129–140.
- Vogenauer, Stefan (2001). *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* (Bd I). Tübingen.
- Werro, Franz (2009). La vente dans la jurisprudence récente. In Pascal Pichonnaz/Franz Werro (Hg.), *La pratique contractuelle: actualité et perspectives, Symposium en droit des contrats* (S. 1–9), Genf/Zürich/Basel.
- Wieacker, Franz (1967). *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl.). Göttingen.
- Zellweger-Gutknecht, Corinne (2007). Gewährleistung, Mangelfolgeschäden und Verjährung. *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 143, S. 763–784.



Zimmermann, Reinhard (1996). *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford.

Zimmermann, Reinhard (2002). *Roman Law, Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition Today*. Oxford.

## Römisches Recht und europäische Kultur

Reinhard Zimmermann<sup>1</sup>

### I. Europäische Kultur

Das Thema des Vortrages, um den mich die Veranstalter dieser Tagung gebeten haben, lautet: Römisches Recht und Europäische Kultur. Alle in dieser Themenformulierung verwandten Begriffe und stillschweigend vorausgesetzten Beziehungen sind umstritten, problematisch oder jedenfalls erklärungsbedürftig. «Kultur» ist ein ausgesprochen schillernder, besonders aus der anthropologischen und soziologischen Literatur bekannter Ausdruck, mit dem die Eigenart einer bestimmten Gesellschaft erfasst werden soll. Dabei geht es im Grunde um Abgrenzung, nicht selten bis hin zur Ausgrenzung oder Abwehr, so wenn man im späteren 18. und 19. Jahrhundert gegenüber dem universalistischen Pathos französischer Provenienz *diesseits* des Rheins zur Bewahrung deutscher Kultur aufrief.<sup>2</sup> Eine nähere Bestimmung des Begriffs Kultur erscheint so gut wie unmöglich. Allein in dem Zeitraum von 1920–1950 sind mehr als 150 verschiedene Definitionsvorschläge unterbreitet worden.<sup>3</sup>

Auch «Europa» ist kaum eindeutig fixierbar, jedenfalls wenn wir den Ausdruck, wie seit Herodot üblich,<sup>4</sup> in einem politisch-kulturellen statt

<sup>1</sup> Dieser Beitrag ist zuerst erschienen in Horst Dreier/Eric Hilgendorf (Hg.) (2008). Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft Nr. 113, S. 29 ff. Er bildete die Grundlage für meinen Eröffnungsvortrag der interdisziplinären Vorlesungsreihe des Collegium generale in Bern und wird auf Wunsch der Herausgeber dieses Bandes hier noch einmal abgedruckt.

<sup>2</sup> Glenn, 2004a, S. 7 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Kuper, 1999, S. 56 f. (unter Hinweis auf Kroeber/Kluckhohn [1952]). Neuerdings etwa Di Fabio, 2005, S. 1 ff., 18 ff., der als Kultur «das grundlegende soziale Zeichen- und Orientierungssystem einer Gemeinschaft» versteht, die erst «durch den gleichsinnigen Gebrauch eines solchen Sinnsystems zur Gemeinschaft» werde.

<sup>4</sup> «Asien nämlich und die dort wohnenden nichtgriechischen Volksstämme beanspruchen die Perser für sich, Europa und das Griechentum betrachten sie als etwas davon Getrenntes»: Herodot, Hist. I (in der Übersetzung von Christine Ley-Hutton, 2002, S. 4).

lediglich geographischen Sinne verwenden. Vor allem die Grenze nach Osten war seit jeher so offen und so vielen Wandlungen unterworfen, dass sie mit einer Meeresküste verglichen worden ist, die dem Wechsel der Gezeiten unterliegt («tidal Europe»).<sup>5</sup> Heute wird mit Europa vielfach der in der Europäischen Union zusammengeschlossene Staatenbund assoziiert. Doch auch die Schweiz und Norwegen gehören mit Sicherheit zu Europa. Viele Engländer verstehen unter «Europa» das kontinentaleuropäische Europa. Und doch ist das Vereinigte Königreich Teil der Europäischen Union (wenngleich nicht der Währungsunion). Seit mehr als 500 Jahren wird darüber diskutiert, ob Russland ein europäischer Staat ist, neuerdings, ob auch die Türkei zu Europa gehört. Sowohl die Russische Föderation, als auch die Türkei sind Mitglieder des Europarates, die Türkei bereits seit 1949. Dazu gehören auch eine ganze Reihe weiterer Staaten, einschließlich Georgien und Aserbaidschan.

Damit wird klar, dass die Bedeutung der zusammengesetzten Wendung «europäische Kultur» jedenfalls nicht einfacher zu bestimmen sein kann als ihre Bestandteile. Weithin wird als ein Spezifikum europäischer Kultur ihre christliche Prägung angesehen;<sup>6</sup> in diesem Sinne hat man lange vom christlichen Abendland, oder der *res publica Christiana*, statt von Europa gesprochen. Doch lebten die Christen stets in der Spannung von Einheitsanspruch und Teilungserfahrung. Sie mussten sich mit den Angehörigen der beiden anderen monotheistischen Religionen auseinandersetzen und entwickelten dabei ein Bewusstsein von Differenz und Vielfalt.<sup>7</sup> Und auch unter den Christen selbst herrschte so gut wie ständig Streit: von den Kontroversen um Arianismus, Pelagianismus und Monophysitismus über die Trennung in lateinisch-römische und griechisch-orthodoxe Kirche im Schisma von 1054 bis zur Kirchenspaltung als Folge der Reformation. Als ein weiteres Charakteristikum europäischer Kultur wird vielfach ihre spezifische Ratio-

nalität genannt.<sup>8</sup> Sie entstammt im Wesentlichen der griechisch-römischen Antike<sup>9</sup> und führte in eine ständige Spannung zwischen *ratio* und *fides*. Beide wurden, jedenfalls im Mittelalter, nicht als Gegensätze verstanden.<sup>10</sup> Vielmehr bot bereits die Bibel selbst mit ihrem Gegensatz von Altem und Neuem Testament und dem Nebeneinander von vier Evangelien genügend Ansatzpunkte für historische Kritik und für die Grundlegung einer wissenschaftlichen Theologie. Zudem hat der christliche Glaube neben der eschatologischen auch eine dezidiert auf die diesseitige Welt bezogene Perspektive. Daraus ergab sich der universale Herrschaftsanspruch der Päpste (der wiederum mit demjenigen des Kaisers kollidierte), daraus ergab sich aber auch das Bemühen um intellektuelle Beherrschung und Durchdringung der Welt. Leitmotiv der europäischen Philosophie im Mittelalter war insoweit «*intellige ut credas, crede ut intelligas*». Damit bestand eine Grundlage für die Anerkennung und praktische Assimilation der geistigen Grundlagen und kulturellen Errungenschaften der Antike: eine erste wesentliche Antikerezeption, der noch viele weitere folgen sollten.<sup>11</sup> So erschienen etwa die griechischen und römischen Philosophen in ihrer Erkenntnis des Wahren und Guten bereits von göttlichem *logos* beseelt; es handelte sich gewissermaßen um Christen *avant la lettre*. Durch die christliche Offenbarung wurde die Weisheit des Altertums nunmehr überhöht und zu ihrem Ziel geführt.<sup>12</sup> Man kann insofern als konstitutiv für Europa geradezu das «Prinzip der Dialogik» betrachten, das befruchtende Aufeinandertreffen von Unterschieden, Antagonismen, Konkurrenzen und

5 Vgl. Davies, 1996, S. 7 ff. Auch Häberle, 1997, S. 13 ff. Er versteht Europa als «offenen Begriff»; ebenso Beck/Grande, 2004, S. 19. Zur Frage «Wo liegen die Grenzen Europas» auch Muschg, 2005, S. 67 ff.

6 Dazu, was das heute bedeuten könnte, vgl. Weiler (2004).

7 Dazu Borgolte, 2002, S. 242 ff., und 2005, S. 144 ff. Dies ist im Grunde auch das Thema von Muschg, 2005, S. 37 ff.

8 Dazu Schluchter, 2005, S. 237 ff.

9 Dazu Meier, 2005, S. 93 ff.

10 Aus heutiger Sicht vgl. die Enzyklika *Fides et Ratio* von Papst Johannes Paul II vom 14. September 1998, beginnend mit den Worten: «Glaube und Vernunft... sind wie die beiden Flügel, mit denen sich der menschliche Geist zur Betrachtung der Wahrheit erhebt»; dazu auch Ratzinger, 2006, S. 7 ff.).

11 Zum Thema Antike und Christentum, zu dem seit Franz Josef Dölger (1879–1940) eine enorm umfangreiche Literatur erschienen ist, vgl. zusammenfassend etwa Betz, 1998, S. 3 ff. Zur Antikerezeption in Europa allgemein vgl. etwa Walther (Hg.) (1993); sowie nunmehr umfassend Landfester/Cancik/Schneider (Hg.) (1999–2003).

12 Besonders deutlich wird dies in dem ikonographischen Programm der Stanza della Segnatura, der von Raffael ausgemalten Privatbibliothek von Papst Julius II. im Vatikan; vgl. Marcia (Hg.) (1997).

Komplementaritäten:<sup>13</sup> *fides* und *ratio*, Papst und Kaiser, Reich und Territorien, Rom und Byzanz, griechisch-römische Antike, jüdisch-christliche Tradition, der wiederholte muslimische Ansturm als Geburtshelfer europäischer Identität,<sup>14</sup> die Rolle von Revolutionen in der Herausbildung, aber auch Bewahrung dieser Identität,<sup>15</sup> Freiheit und Bindung, Innerlichkeit und Tätigkeit,<sup>16</sup> der eine Gott als trinitarischer Gott, Christus als wahrer Mensch und wahrer Gott, der Christ, der der Welt entsagt und sie doch annimmt: der nämlich, weil ihm etwas anderes wichtiger ist als diese Welt, auch diese Welt mehr liebt als derjenige, der nur auf sie fixiert ist. In geschichtlicher Perspektive sind Europa und europäische Kultur gedachte Einheiten, die sich aus spannungsreicher Vielfalt konstituieren.<sup>17</sup> Aus diesem Gegensatz von Einheit und Vielfalt erklärt sich die eigentümliche Dynamik und Entwicklungsfähigkeit der europäischen Kultur.<sup>18</sup>

## II. Recht und Kultur

Zurück zum Titel dieses Vortrages! Dass «Römisches Recht» jedenfalls ein erklärungsbedürftiger Begriff ist, und zwar schon deshalb, weil es «das» Römische Recht nicht gibt, wird im Folgenden noch deutlich werden. Schließlich gibt selbst das «und» Anlass zu Fragen. Gemeint ist vermutlich: der Beitrag des römischen Rechts zur europäischen Kultur. Vorausgesetzt ist hier, dass Recht überhaupt eine Kulturerscheinung im Sinne eines kon-

13 Borgolte, 2005, S. 129, unter Berufung auf Morin (1991).

14 Cardini, 2000, S. 13.

15 Dies ist das große Thema von Rosenstock-Huessy (1931) und (1938) und, daran anschließend, Berman (1983) und (2003); vgl. auch Moore, 2000, c. 970–1215.

16 Dazu, im Anschluss an Lukas 10, 38–42 (die Geschichte der Schwestern Martha und Maria) Flasch, 2005, S. 219 ff.

17 Dies ist eine Art *cantus firmus* der modernen Europa-Literatur; vgl. etwa Davies, 1996, S. 16; Borgolte, 2002, S. 356 ff.; Joas, 2005, S. 11 ff.; Le Goff, 1996, S. 53; Häberle, 1997, S. 26 ff.; Beck/Grande, 2004, S. 29; sehr pointiert auch Schieffer, 2005, S. 7. Vgl. ferner Muschg, 2005, S. 57 mit der These, dass die Integration Europas «nur zu einer in jedem Sinne *geteilten* Einheit» führen könne.

18 In ähnlichem Sinne Muschg, 2005, S. 56 f.: Die europäische Geschichte war «eine Geschichte kritischer Teilungen, und in jeder von ihnen steckte ein integratives Moment, das ... zu einer neuen höheren Einheit führte».

stitutiven Elements oder einer Manifestation einer spezifischen Kultur ist.<sup>19</sup> Das könnte bezweifeln, wer als Rechtsvergleicher einem extrem funktionalistischen Ansatz folgt. Denn wer davon ausgeht, dass jede Gesellschaft ihrem Recht im Wesentlichen dieselben Probleme aufgibt und dass es deshalb letztlich darum geht, für diese Probleme die funktional beste Lösung zu ermitteln,<sup>20</sup> der, so wird bisweilen behauptet, könne kulturell bedingte Alterität des Rechts kaum mehr zur Kenntnis nehmen; jedenfalls müsse er sie marginalisieren oder transzendieren.<sup>21</sup> Aber auch wer die These vertritt, die Entwicklung des Rechts beruhe im Wesentlichen auf einer Abfolge von Rezeptionen und folge damit einer autonomen intellektuellen Dynamik,<sup>22</sup> stellt neben der ökonomischen Fundierung auch die kulturelle Verankerung des Rechts in Frage. Doch anerkennt natürlich auch eine am Funktionalitätsprinzip ausgerichtete Rechtsvergleichung, dass die verschiedenen Rechtsordnungen die Probleme, selbst wenn am Ende die Ergebnisse vielfach gleich sind, auf sehr unterschiedliche Weise lösen und dass diese Unterschiede auch kulturell bedingt sein können.<sup>23</sup> Selbst die Beobachtung von Rezeptionsvorgängen, und insbesondere interkulturellen Rechtstransfers (etwa: der Übernahme deutschen Rechts in Japan oder schweizerischen Rechts in der Türkei), kann hier zu keinem anderen Ergebnis führen; denn zum einen wandelt sich infolge der Rezeption die Rechtskultur des Nehmerlandes, zum anderen lässt diese aber auch das rezipierte Recht nicht unverändert.<sup>24</sup> Eine Wechselwirkung von Recht und Kultur ist demnach jedenfalls plausibel. Doch lässt sie sich zum einen vielfach nur schwer konkret demonstrieren; der Schritt vom Recht hin zur allgemeinen Kultur ist

19 Vgl. bereits Kohler (1885); heute zur kulturellen Prägung des Rechts insbesondere Grossfeld, 1984, S. 80 ff.; zur kulturprägenden Bedeutung des Rechts Coing, 1984, 1 ff. Dass das Römische Recht ein Exponent der europäischen Kultur sei, ist der Grundgedanke des mit leidenschaftlichem Schwung geschriebenen Werkes von Koschaker (1966). Inwieweit sich das Römische Recht in der europäischen Kultur widerspiegelt, untersucht Blaho, 2005, S. 13 ff.

20 Vgl. etwa Zweigert/Kötz, 1996, S. 33.

21 Legrand, 2005, S. 639 ff.

22 Watson, 1991, S. 97 ff., und 1996, S. 335 ff.

23 Zur funktionalen Methode der Rechtsvergleichung eingehend Michaels, 2006, S. 339 ff.

24 Vgl. für Japan Kitagawa (1970); Coing (Hg.) (1990); Rahn (1990); für die Türkei Hirsch, 1954, S. 337 ff., und 1976, S. 223 ff.; Pritsch, 1957, S. 123 ff. Zum Phänomen der Rechtsrezeption allgemein Graziadei, 2006, S. 441 ff.

vergleichsweise weit. Zum anderen ist der Bezugspunkt für den kulturellen Ansatz zweifelhaft: Liegt er in einer europäischen Kultur oder den vielen nationalen Kulturen in Europa? Gerade Vertreter eines dezidiert kulturellen Rechtsverständnisses argumentieren kurioserweise gelegentlich vor dem Hintergrund des modernen Nationalstaates und seiner besonderen Kultur, die es vor Europäisierungsbestrebungen zu bewahren gelte.<sup>25</sup>

Hier ist der Bezugspunkt demgegenüber europäisch. Dabei soll freilich die Themenstellung insoweit etwas variiert werden, als der Schwerpunkt dieses Vortrages auf der römischen Prägung einer *Tradition* liegt, deren Charakteristika spezifisch europäisch sind und die deshalb auch als Ausdruck und Bestandteil einer europäischen Kultur gelten kann. Es wird somit also der Begriff der «Rechtstradition» zwischen die im Titel des Vortrages genannten Begriffe «Recht» und «Kultur» eingeschaltet. Andere hätten an diese Stelle vermutlich den Begriff der «Rechtskultur» gesetzt, der seit einiger Zeit gebräuchlich ist, um hervorzuheben, dass es jedenfalls im Rahmen der Rechtsvergleichung um mehr gehen muss als um einen bloßen Vergleich von Regeln.<sup>26</sup> Das bringt der Begriff «Rechtstradition» ebensogut zum Ausdruck. Darüber hinaus betont er von vornherein den Charakter von Recht und Rechtskultur als etwas historisch Gewachsenem, von der Vergangenheit Geprägtem.<sup>27</sup> Zudem vermeidet er die latent konfrontative Konnotation des Kulturbegriffes.<sup>28</sup>

25 Dazu Basedow, 1996, S. 379 ff.; Roos, 2004, S. 210 ff.

26 Dazu etwa die Beiträge in Nelken (Hg.) (1997); Mohnhaupt, 2000, S. 657 ff., sowie jüngst Cotterrell, 2006, S. 709 ff.

27 Dazu auch Koschaker, 1966, S. 4; Häberle, 1997, S. 21 f.; Mohnhaupt, 2000, S. 657 ff.; Alföldy, 1999, S. 7; Wagner, 2005, S. 498 f.

28 Glenn, 2006, S. 421 ff.; 2004a, S. 7 ff.; 2004b, S. 1 ff. Zu einer feststehenden Formel ist der «Kampf der Kulturen» seit Samuel P. Huntingtons (1996) berühmtem Buch geworden (so die deutsche Übersetzung des englischen Titels *The Clash of Civilizations*); vgl. auch etwa Hondrich, 2006, S. 6; Lehmann, 2006, S. 8.

### III. Römisches Recht in den modernen Kodifikationen

Wenn wir heute von Herausgabeansprüchen reden oder schreiben, unterscheiden wir die Vindikation von der Kondiktion.<sup>29</sup> Bei Vorliegen einer Vindikationslage kann Verwendungsersatz geschuldet werden. Die entsprechenden Ansprüche sind in den §§ 994 ff. BGB geregelt und sind vom römischen Regelungsmodell inspiriert.<sup>30</sup> Der wichtigste Fall der Leistungskondiktion in § 812 I 1, 1. Alt. BGB wird nicht selten als *condictio indebiti* bezeichnet. Ferner finden sich in § 812 I 2 BGB die Kondiktion wegen Wegfalls des rechtlichen Grundes (*condictio ob causam finitam*) und wegen Zweckverfehlung (*condictio causa data causa non secuta*).<sup>31</sup> In § 817, 1 BGB begegnet uns die *condictio ob turpem vel iniustam causam*, die nach dem Grundsatz *in pari turpitudine melior est causa possidentis* ausgeschlossen sein kann (§ 817, 2 BGB).<sup>32</sup> Nicht immer werden wir schon durch die noch heute gängige Terminologie so deutlich auf den römischen Ursprung unseres modernen Privatrechts gestoßen. Der Begriff «Delikt» führt direkt auf das römische *delictum* zurück; aber auch der Ausdruck «Vertrag» (von «sich vertragen») ist in Anlehnung an das lateinische *pactum* (von *pacisci* = sich vertragen) geprägt worden,<sup>33</sup> das wir im Edikt des römischen Prätors finden («*pacta conventa ... servabo*»).<sup>34</sup> Die Generalklausel des § 242 BGB beruht jedenfalls in der Interpretation, die ihr schon unmittelbar nach Inkrafttreten des BGB gegeben wurde, auf der doppelten Wurzel der *exceptio doli* und der *bona fides*, die ihrerseits eine der wichtigsten Antriebskräfte in der

29 Die Begriffe finden sich auch in bewusst knapp gefassten Erläuterungen zum BGB wie denjenigen bei Jauernig (Hg.) (2004) (vgl. § 985, Rdz. 1, wo sogar der lateinische Begriff *rei vindicatio* verwandt wird; Vor §§ 987–993, Rdz. 3: Vindikationslage; § 812, I. Voraussetzungen der Leistungskondiktion, II. Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise).

30 So werden bis heute, nach dem Vorbild des Römischen Rechts notwendige, nützliche und Luxusverwendungen unterschieden (*impensae necessariae, utiles und voluptuariae*): siehe etwa Jauernig, 2004, Vor §§ 994–1003, Rdz. 8 (obwohl das Gesetz selbst nur für die ersten beiden Typen von Verwendungen Regelungen enthält).

31 Auch hier finden sich die lateinischen Begriffe noch in Kurzkommentaren wie Stadler, 2004, § 812, Rdz. 13 und 14.

32 Stadler, 2004, § 817, Rdz. 1 erwähnt nur die erste Wendung, nicht die letztere *Maxime*.

33 Wolff, 1754, § 438; dazu Nanz, 1983, S. 164 ff.

34 Ulp. D. 2, 14, 7, 7.

Entwicklung des römischen Vertragsrechts war.<sup>35</sup> Eine Rechtsausübung ist unzulässig, wenn sich der Berechtigte mit ihr in Widerspruch zu seinem eigenen Vorverhalten setzt (*venire contra factum proprium*), wenn er sich selbst vertragsuntreu verhalten hat (*tu quoque*) oder wenn er etwas verlangt, das er seinem Schuldner alsbald zurückgewähren muss (*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*). Wir lesen diese römischen Rechtsmaximen in den § 242 BGB hinein.<sup>36</sup> In anderen Fällen hat der BGB-Gesetzgeber derartige Maximen unmittelbar in das BGB übernommen, wenngleich nicht in lateinischer Sprache; so bei *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur* (§ 117 BGB) oder bei der *interpretatio contra eum qui clarius loqui debuisse* (oder: *ambiguitas contra stipulatorum*; oder: *contra proferentem*-Regel: § 305 c II BGB).<sup>37</sup> Römisch inspiriert sind systematische Unterscheidungen wie die zwischen Vertrag und Delikt oder zwischen absoluten und relativen Rechten und, damit verbunden, zwischen Sachenrecht und Schuldrecht; Vertragstypen wie Kauf, Tausch und Schenkung, Auftrag, Verwahrung und Bürgschaft, oder auch die Unterscheidung von Leihe und Darlehen; allgemeine Haftungsstandards wie Vorsatz, Fahrlässigkeit und *diligentia quam in suis*<sup>38</sup> oder auch spezielle, verschuldensunabhängige Haftungsregimes wie die des Vermieters nach § 536 a BGB<sup>39</sup> oder des Gastwirts nach § 701 ff. BGB;<sup>40</sup> und schließlich eine unübersehbare Vielzahl von Rechtsinstituten und Einzelregelungen: von der Nichtigkeit sittenwidriger Rechtsgeschäfte (Verträge *contra bonos mores*) über die Sonderregeln für den Schuldnerverzug (*mora debitoris*) und für den Gläubigerverzug (*mora creditoris*), Rücktritt und Minderung im Sachmängelrecht des Kaufs (*actio redhibitoria* und *actio quanti minoris*), bis hin zur Geschäftsführung ohne Auftrag (*negotiorum gestio*) und zur Tierhalterhaftung nach § 833 BGB. Damit sind nur einige

35 Whittaker/Zimmermann, 2000, S. 16 ff.; Schermaier, 2000, S. 63 ff.; Zimmermann, 2001, S. 83 ff. Der einflussreichste Versuch einer Systematisierung der Rechtsprechung zu § 242, Wieacker (1956), ist denn auch deutlich vom Römischen Recht inspiriert.

36 Sie werden erwähnt bei Mansel, 2004, § 242, Rdz. 39, 47, 48; vgl. auch Rdz. 37 und 44 mit der Unterscheidung von *exceptio doli praesentis* und *exceptio doli praeteriti*.

37 Dazu Zimmermann, 1996, S. 639 ff.; Vogenauer, 2007, §§ 305–310 (III.), Rdz. 13 ff.

38 Dazu Schermaier, 2007, §§ 276–278, passim.

39 Dazu Luig, 1984, S. 121 ff.

40 Dazu Zimmermann, 2007a, S. 271 ff.

wenige Beispiele genannt, die allenfalls einen gewissen Eindruck von der romanistischen Imprägnierung des BGB geben können und die zudem einem einzigen Bereich des Privatrechts, nämlich dem des Schuldrechts, entstammen. Für andere Bereiche (vor allem: Sachenrecht und Erbrecht) lassen sich ähnliche Kataloge aufstellen.<sup>41</sup> Dasselbe gilt auch für die anderen modernen Kodifikationen.<sup>42</sup> Der *Code civil* von 1804 ist in manchem sogar noch römischer als das BGB:<sup>43</sup> so in seiner grundsätzlichen Ablehnung des Vertrages zugunsten Dritter in Art. 1121 (*alteri stipulari nemo potest*); in seinem Insistieren auf der Bestimmtheit des Kaufpreises als Wirksamkeitsvoraussetzung von Kaufverträgen (Art. 1591 *Code civil*; im Römischen Recht: *pretium certum*); in seiner Anordnung, dass die Aufrechnung sich «*de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs*» vollzieht (Art. 1290; im Römischen Recht: *ipso iure*); oder in seiner Beibehaltung der Systemkategorien Vertrag, Quasivertrag, Delikt und Quasidelikt.<sup>44</sup>

## IV. Wie römisch ist das heutige Römische Recht?

### IV.1 Missverständnisse, unterschiedliche Traditionsschichten, Mehrdeutigkeiten

In all diesen und vielen anderen Fällen sind unser modernes Recht und unser modernes Rechtsdenken vom Römischen Recht geprägt. In den wenigsten Fällen (wenn überhaupt je) sind die modernen Regeln jedoch mit dem Römischen Recht (oder auch untereinander!)<sup>45</sup> identisch; gelegentlich ist das römische Vorbild geradezu auf den Kopf gestellt worden. Quasidelikt

41 Eingehend zum Thema römisches Recht und BGB Kaser, 1967, S. 337 ff.; Knütel, 1993, S. 43 ff.; Picker, 1985, S. 289 ff. Vgl. ferner das von Knütel/Goetzmann (2000, S. 679 ff.) zusammengestellte Register der in den Materialien zum BGB zitierten römischen Rechtsquellen.

42 Bis hin zum neuen niederländischen Gesetzbuch; vgl. Ankum, 2000, S. 101 ff.; allgemein zum Thema Beck, 1960, S. 120 ff.; Zimmermann, 1997a, S. 259 ff.; Bürge, 2002, S. 19 ff.

43 Dazu auch Gordley, 1992, S. 459 ff.

44 Vgl. Buch III, Titel IV, Kapitel I und II des *Code civil*. Zur entsprechenden justinianischen Vierteilung der Schuldverhältnisse (Inst. III, 13, 2) vgl. Zimmermann, 1996, S. 14 ff.

45 Dazu anhand des Beispiels der Gesetz- und Sittenwidrigkeit Zimmermann, 1997a, S. 267 f.

war, wie wir heute zu wissen meinen, eine Systemkategorie, in der Fälle einer verschuldensunabhängigen, außervertraglichen Haftung zusammengefasst und von der verschuldensabhängigen Deliktshaftung abgegrenzt wurden.<sup>46</sup> Lange Zeit ging man jedoch davon aus, dass deliktische Haftung auf Vorsatz, quasideliktische Haftung auf Fahrlässigkeit beruht.<sup>47</sup> Dieses Missverständnis, das dadurch verursacht wurde, dass Justinian die Quellen des klassischen Rechts unter ein verallgemeinertes *culpa*-Erfordernis zu zwingen versuchte, prägte auch das Verständnis des französischen Gesetzgebers. Da die Haftung für fahrlässig begangene unerlaubte Handlungen derjenigen für vorsätzliches Handeln gleichgestellt ist, hatte die Unterscheidung zwischen deliktischer und quasideliktischer Haftung damit jedoch jede praktische Relevanz verloren. Zudem fehlte nunmehr ein geeigneter Ort für die systematische Einbettung des praktisch zunehmend wichtigen Phänomens der Gefährdungshaftung in das System des Privatrechts.<sup>48</sup> Auf einem Missverständnis beruht auch die Interpretation der Wendung *ipso iure* im Sinne von *sine facto hominis* (d. h. automatisch eintretend) im Recht der Aufrechnung. Gemeint war damit lediglich, dass es sich hier nicht um eine durch den Richter bewirkte Form der Aufrechnung handelte, sondern dass dem Kläger durch das Recht selbst die Aufrechnung aufgenötigt wird, indem er von vornherein den Betrag der Gegenforderung von seiner eigenen Forderung abzuziehen hat.<sup>49</sup> Zudem bezogen sich die einschlägigen Stellen nur auf einen ganz bestimmten Typ der Aufrechnung, nämlich das *agere cum compensatione* des Bankiers. Anders als das heutige Recht kannte das Römische Recht überhaupt kein einheitliches Institut der Aufrechnung mit standardisierten Tatbestandsvoraussetzungen; vielmehr standen, gemäß dem aktionenrechtlichen Charakter des Römischen Rechts, vier verschiedene Formen der Aufrechnung nebeneinander.<sup>50</sup> So bedurfte es bei den

46 Dazu Zimmermann, 1996, S. 16 ff.

47 Vgl. z. B. Pothier, 1781, n. 116.

48 Dazu Zimmermann, 1996, S. 1126 ff.

49 Pichonnaz, 2001, S. 127 ff.; Zimmermann, 2007b, §§ 387–396, Rdz. 6.

50 Zu den Details vgl. Pichonnaz, 2001, S. 9 ff.; Überblick bei Kaser, 1971, S. 644 ff.; Zimmermann, 2007b, §§ 387–396, Rdz. 5 ff.

*bonae fidei iudicia* einer Geltendmachung der Aufrechnung. Auch Justinian sprach in einer seiner Konstitutionen davon, dass die Aufrechnung erklärt werden müsse,<sup>51</sup> und diese Anordnung führte schließlich zu dem uns bekannten Modell der Aufrechnung nach § 388 BGB.<sup>52</sup>

Wir haben damit hier den Fall zweier ganz unterschiedlicher Lösungen ein- und desselben Problems, die beide auf das Römische Recht zurückreichen. Dieses Phänomen ist keineswegs selten. So wird nicht nur die Konzeption des Gläubigerverzuges, die ihren Weg ins BGB gefunden hat (bloße Obliegenheitsverletzung, kein Verschuldenserfordernis, damit auch kein Schadensersatz) aus dem Römischen Recht abgeleitet, sondern auch das Gegenmodell, wonach der Gläubigerverzug gewissermaßen das Spiegelbild des Schuldnerverzuges darstellt (Pflichtverletzung, Verschulden, Schadensersatz).<sup>53</sup> Ein weiteres berühmtes Beispiel bieten das Abstraktionsprinzip und die Lehre von der *iusta causa traditionis* bei der Eigentumsübertragung.<sup>54</sup> Es kommt sogar vor, dass zwei unterschiedliche Lösungen auf ein- und dieselbe Quellenstelle gestützt werden. So etwa bei Gai. D. 19, 2, 25, 7. Hier wurde ein Transportunternehmer für den Schaden an dem Transportgut verantwortlich gemacht, «*si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa occiderit*». Versteht man das «*que*» in «*eorumque*» disjunktiv,<sup>55</sup> so bietet der Text eine Grundlage für eine strikte, von eigenem Verschulden unabhängige Haftung des Unternehmers für das Verschulden seiner Angestellten. Wir finden diese Lösung heute, für den außervertraglichen Bereich, in Art. 1384 *Code civil*.<sup>56</sup> Im deutschen Pandektenrecht des 19. Jahrhunderts las man hingegen: Haftung bei Schadenszufügung durch eigenes Verschulden *und* das Verschulden derer, deren man sich zur Ausführung der Verrichtung bedient.<sup>57</sup> Der Text entsprach in dieser Interpretation

51 C. 4, 31, 14.

52 Dazu im einzelnen Zimmermann, 2007b, §§ 387–396, Rdz. 11 ff.

53 Dazu Zimmermann, 1996, S. 817 ff.

54 Dazu Ranieri, 2003, S. 383 ff.

55 Das entspricht der Mehrheitsmeinung in der heutigen Romanistik; vgl. Knütel, 1983, S. 419 ff.; Zimmermann, 1996, S. 397 ff.; Wicke, 2000, S. 69 ff.

56 Dazu Watson, 1988, S. 6 ff., 15 ff.; Zweigert/Kötz, 1996, S. 639 ff.

57 Vgl. etwa Windscheid/Kipp, 1906, § 401, 5.

einem der juristischen Axiome jener Zeit, dem das Deliktsrecht beherrschenden Verschuldensprinzip,<sup>58</sup> und trug damit die verschuldensabhängige Verrichtungsgehilfenhaftung,<sup>59</sup> die § 831 BGB bis heute perpetuiert.

#### IV.2 «... magis differat, quam avis a quadrupede»

Dass aufgrund einer formlosen Einigung klagbare Verbindlichkeiten entstehen können, ist eine Errungenschaft des Römischen Rechts. Doch galt dies zunächst nur in bestimmten Fällen; der allgemeine Grundsatz lautete: *nuda pactio obligationem non parit*.<sup>60</sup> Dennoch wurden in der antiken Rechtsentwicklung immer mehr *pacta* klagbar gestellt.<sup>61</sup> Damit war schon im Römischen Recht der Grund gelegt für die Herausbildung des Prinzips *pacta sunt servanda*, das, obwohl in Latein formuliert, als solches unrömisch ist.<sup>62</sup> Auch die Geschichte des Vertrages zugunsten Dritter, des Rechts der Stellvertretung und der Forderungsabtretung lässt sich in ähnlicher Weise schreiben. Zwar stand der Anerkennung aller drei, für uns heute unentbehrlichen, Rechtsinstitute im Römischen Recht lange Zeit die Vorstellung vom Schuldverhältnis als einer strikt persönlichen «juristischen Fessel»<sup>63</sup> zwischen den vertragschließenden Parteien im Wege, doch enthielt schon das *Corpus Juris Civilis* eine Reihe von Ansatzpunkten zur Überwindung dieses restriktiven Verständnisses.<sup>64</sup> Ein einziger unscheinbarer Text im *Codex Justiniani*<sup>65</sup> wurde zum Katalysator der allgemeinen Versionsklage des französischen Rechts,<sup>66</sup> die als solche zweifellos nicht dem Römischen

58 Dazu etwa Benöhr, 1978, S. 1 ff.

59 Zur Entwicklung vgl. Seiler, 1967, S. 525 ff.

60 Ulp. D. 2, 14, 7, 4.

61 Dazu näher Zimmermann, 1996, S. 508 ff.

62 Der Satz «*pacta quantumcunque nuda servanda sunt*» findet sich zum ersten mal im *Corpus Juris Canonici*, der grossen kirchlichen Rechtssammlung des Mittelalters. Vgl. näher Zimmermann, 1996, S. 542 ff.; Landau, 2003, S. 457 ff.

63 Inst. III, 13 pr.: «[O]bligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvenae rei secundum nostrae civitatis iura».

64 Zur Entwicklung Zimmermann, 1996, S. 34 ff., 45 ff., 58 ff.

65 C. 4, 26, 7, 3: «*Alioquin si cum libero rem agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit*».

66 Kupisch, 1965, passim; Zimmermann, 1996, S. 878 ff.

Recht entspricht. Die *condictio indebiti* des modernen deutschen Rechts hat demgegenüber zwar ein Vorbild im Römischen Recht, von dem sie sich jedoch erheblich unterscheidet. So richtet sie sich nur auf die noch vorhandene Bereicherung<sup>67</sup> und setzt auch nicht mehr voraus, dass der Rückforderungsgläubiger *irrtümlich* auf eine Nichtschuld gezahlt hat. Insbesondere die Geschichte des Irrtumserfordernisses zeigt, wie sich Generationen von Juristen an zwei konfligierenden Quellenstellen, die eine von Papinian,<sup>68</sup> die andere den Kaisern Diokletian und Maximian zugeschrieben,<sup>69</sup> zum Problem des Rechtsirrtums abarbeiteten.<sup>70</sup> Die *condictio causa data causa non secuta* hat angesichts der Anerkennung des Prinzips *pacta sunt servanda* ihre Funktion weitgehend eingebüßt, die *condictio ob turpem vel iniustam causam* hat sie vollkommen verloren.<sup>71</sup> Damit ist auch die Anwendung der *in pari turpitudine*-Regel problematisch geworden.<sup>72</sup> Da die römischen Kondiktionen das fragmentarische Vertragsrecht ergänzten,<sup>73</sup> war mit der frühneuzeitlichen Herausbildung des allgemeinen Vertragsbegriffs auch der Weg zu einer generalisierten Bereicherungshaftung vorgezeichnet. Diesen Weg beschritten vor allem Hugo Grotius,<sup>74</sup> die französische *Cour de cassation*<sup>75</sup> und Friedrich Carl von Savigny<sup>76</sup> von jeweils unterschiedlichen Ansatzpunkten aus. Mit der Verallgemeinerung der Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung mussten aber wiederum, beispielsweise, die römischen Regeln über den Impensenersatz ihre ursprüngliche Bedeutung verlieren: Denn wenn einem Besitzer, der auf die Sachen eines anderen Verwendungen gemacht hatte, nunmehr ein Bereicherungsanspruch zur Ver-

67 Anders als die §§ 812 ff. BGB war die römische *condictio* nicht am Gesamtvermögen des Bereicherungsschuldners orientiert. Denn der Empfänger schuldete Rückgabe des empfangenen Gegenstandes, und Inhalt und Schicksal dieser Verbindlichkeit richtete sich nach den allgemeinen Grundsätzen; dazu, und zur weiteren Entwicklung, Ernst, 2003, S. 2 ff.

68 Pap. D. 22, 6, 7: «*Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet*».

69 C. 1, 18, 10: «*Cum quis ius ignorans indebitam pecuniam persolverit, cessat repetitio*».

70 Visser, 1985, S. 66 ff.; Zimmermann, 1996, S. 868 ff.

71 Näher dazu Zimmermann, 1996, S. 857 ff.

72 Zimmermann, 1996, S. 863 ff.

73 Kupisch, 1987, S. 4 ff.; Zimmermann, 1996, S. 841 ff.

74 Dazu Feenstra, 1999, S. 197 ff.; Visser, 1992, S. 369 ff.

75 Dazu Bürge, 2004, S. 3 ff.

76 Dazu zuletzt Jansen, 2003a, S. 106 ff.

fügung stand, bedurfte er keines besonderen Schutzes mehr. Wenn unter diesen Umständen die Verfasser des BGB sich gleichwohl dafür entschieden, die Impensensatzregelung in den §§ 994 ff. beizubehalten, so stellten sie damit gleichzeitig deren *ratio* auf den Kopf.<sup>77</sup> Diese Entscheidung, die römischen Regeln in einem veränderten rechtsdogmatischen Umfeld und unter umgekehrten rechtspolitischen Vorzeichen beizubehalten, erwies sich als ausgesprochen unglücklich.<sup>78</sup> Schritt für Schritt modernisiert und verallgemeinert wurde in der mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Jurisprudenz auch die deliktische Haftung.<sup>79</sup> Dabei konnte man anknüpfen an die Versuche der römischen Juristen, ein eng begrenztes, einigermassen seltsam formuliertes Volksgesetz aus dem dritten vorchristlichen Jahrhundert, die *lex Aquilia*, zu einem zentralen Pfeiler des römischen Deliktsrechts zu machen.<sup>80</sup> Dass man nach wie vor von einer aquilischen Haftung sprach, obwohl sie sich von ihrem römischen Ursprung stärker unterschied als ein Vogel vom Vierfüßler,<sup>81</sup> bewog Christian Thomasius bereits im frühen 18. Jahrhundert, der außervertraglichen Schadensersatzklage die aquilische Maske herunterzureißen.<sup>82</sup> Und doch ist unsere Dogmatik des Deliktsrechts bis heute von Begriffen geprägt (insbesondere: Rechtswidrigkeit und Verschulden), die ihren Ursprung im Römischen Recht haben, die uns aber deshalb Schwierigkeiten bereiten, weil sich die Funktion des Deliktsrechts gegenüber dem Römischen Recht grundlegend geändert hat.<sup>83</sup> Einem von vielen «produktiven Missverständnissen»<sup>84</sup> der römischen Quellen durch die mittelalterliche Jurisprudenz verdankt sich die Erstreckung des römischen Kaufrechts (das nur den Spezieskauf kannte und ganz auf diesen zuge-

77 Dazu im einzelnen Verse (1999); im Überblick auch Zimmermann, 2002, S. 259 ff.

78 Die Probleme werden analysiert bei Verse, 1999, S. 1 ff.

79 Kaufmann (1958); Coing, 1985, S. 509 ff.; Zimmermann, 1996, S. 1017 ff.; Schröder, 1995, S. 142 ff.

80 Dazu im einzelnen Zimmermann, 1996, S. 953 ff.

81 «[A]ctio nostra, qua utimur, ab actione legis Aquiliae magis differat, quam avis a quadrupede»: Thomasius, 2000, § 1.

82 Thomasius (2000).

83 Das zeigt Jansen (2003b).

84 Den Begriff hat jedenfalls für die Rechtsgeschichte H. R. Hoetink geprägt (der ihn seinerseits aus der theologischen Literatur übernommen hat); vgl. Hoetink, 1982a, S. 34 f.; Hoetink, 1982b, S. 266 f.

schnitten war) auf den reinen Gattungskauf.<sup>85</sup> Das war einerseits ein ausgesprochen zukunftsweisender Schritt, überflügelte der Gattungskauf doch den Spezieskauf zunehmend in seiner praktischen Bedeutung. Andererseits passten aber eine Reihe der römischen Rechtsregeln nicht, vor allem nicht die alte Gefahrtragsregel *emptio perfecta periculum est emptoris* und das Haftungsregime für Sachmängel. Das erste dieser Probleme löste der BGB-Gesetzgeber schließlich durch die vom Römischen Recht abweichende Regel des § 446;<sup>86</sup> das zweite blieb trotz der in § 480 BGB (alte Fassung) getroffenen Kompromisslösung virulent.<sup>87</sup>

## V. Prägende Merkmale des antiken Römischen Rechts

Bereits diese wenigen Beispiele verdeutlichen eine Reihe von Eigenarten des Römischen Rechts, die für die weitere Entwicklung von Bedeutung waren. (i) Es handelte sich um eine hoch entwickelte Fachwissenschaft, die von Juristen getragen wurde. Das war für die antike Welt einmalig. (ii) Damit verbunden war eine prinzipielle Abgrenzung (oder, nach einem Ausdruck von Fritz Schulz: Isolierung)<sup>88</sup> von Recht gegenüber Religion, Sitte, Politik und Ökonomie: eine Sonderung des Rechts vom Nichtrecht. (iii) Damit wiederum hing zusammen eine sehr starke Konzentration auf das Privatrecht (und die Durchsetzung des Privatrechts im Zivilprozess); Strafrecht und Staatsverwaltung schienen den römischen Juristen demgegenüber offenbar weitgehend nicht unter spezifisch juristischen Kriterien erfassbar. (iv) Das römische Privatrecht war weithin Juristenrecht; es war in keinem Gesamtgesetz systematisch geordnet, sondern wurde von praktisch erfahrenen und praktisch tätigen Juristen angewandt und fortgebildet.<sup>89</sup> (v) Das erklärt einerseits die große Anschaulichkeit und Lebensnähe des Römischen Rechts. Es erklärt andererseits aber auch die vielen Kontro-

85 Bauer, 1998, S. 98 ff.; Ernst, 2005, S. 612 ff.; Zimmermann, 2005, S. 84 ff.

86 Zimmermann, 1996, S. 291 f.

87 Zimmermann, 2005, S. 87 ff.

88 Schulz, 1934, S. 13 ff.

89 Anschaulich hierzu Bürge, 2002, S. 21 ff.; Bürge, 1999, S. 17 ff.



versen, die sich um die Beurteilung von Rechtsproblemen herumrankten. (vi) Diese Kontroversen waren Ausdruck der inneren Dynamik des Römischen Rechts. Es war in ständiger Fortentwicklung begriffen. Zwischen Publius Mucius Scaevola, den ein Handbuch aus der Mitte des zweiten Jahrhunderts nach Christus zu denen rechnete, «*qui fundaverunt ius civile*»<sup>90</sup> (er war im Jahre 133 v. Chr. Konsul gewesen), und Aemilius Papinianus, Prätorianerpräfekt von 205–212 n. Chr. und überragender Jurist der Spätclassik, liegt ein Zeitraum von mehr als dreihundert Jahren, innerhalb derer Staat und Gesellschaft, römische Rechtskultur und Römisches Recht grundlegenden Veränderungen unterworfen waren. (vii) Die Redeweise von «dem» Römischen Recht ist insofern ungenau. Vielmehr bildete schon das antike Römische Recht eine Tradition, in der die jüngeren Autoren auf der Jurisprudenz der älteren aufbauten und einen generationenübergreifenden Diskussionszusammenhang schufen. Ein Beispiel<sup>91</sup> mag das verdeutlichen. In D. 24, 3, 66 pr. überliefert Justinian ein Fragment des an der Wende der Frühklassik zur Hochklassik stehenden Juristen Javolen.<sup>92</sup> Es stammt aus einer Bearbeitung der nachgelassenen Schriften des Marcus Antistius Labeo (eines Zeitgenossen des Augustus; er gilt als einer der herausragenden römischen Rechtsgelehrten)<sup>93</sup> und enthält einen Rechtssatz, wonach der Ehemann bei den Sachen, die er außer Bargeld als Mitgift hat, für Vorsatz und Fahrlässigkeit einstehen muss. Für diesen Rechtssatz wird der bedeutendste Jurist der vorklassischen Zeit, Servius Sulpicius Rufus, als Autorität zitiert.<sup>94</sup> Servius hatte dabei an die Entscheidung eines konkreten Rechtsstreits durch den bereits erwähnten Publius Mucius<sup>95</sup> angeknüpft. Dieser Rechtsstreit hatte die Mitgiftgegenstände der Licinia, der Ehefrau des Gaius Sempronius Gracchus, betroffen, die in den durch die gracchische Agrargesetzgebung veranlassten Unruhen untergegangen waren. (viii) Das Römische Recht war

90 Pomp. D. 1, 2, 2, 39.

91 Gewählt im Anschluss an Meincke, 2006, S. 299.

92 Zu diesem Kunkel, 1967, S. 138 ff.

93 Waldstein/Rainer, 2005, S. 201; Kunkel, 1967, S. 32 ff.

94 Zu diesem Waldstein/Rainer, 2005, S. 135; Kunkel, 1967, S. 25.

95 Zu Publius Mucius Scaevola siehe Waldstein/Rainer, 2005, S. 133; Kunkel, 1967, S. 12.

damit außerordentlich komplex. Es gründete sich in der Hauptsache auf Fallentscheidungen. Es bildete einen über mehrere Jahrhunderte reichenden Traditionszusammenhang. Es war in einer kaum noch überschaubaren Literatur dokumentiert.<sup>96</sup> Und es beruhte auf zwei unterschiedlichen Geltungsgrundlagen: dem traditionellen Kern der alten Bürgerordnung (*ius civile*) und dem *ius honorarium*, das, wie es bei Papinian heißt, die Prätores im öffentlichen Interesse eingeführt haben, «*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*».<sup>97</sup> (ix) Gleichwohl bildete das Römische Recht kein undurchdringliches Gestrüpp von Einzelheiten. Vielmehr entwickelten die römischen Juristen eine Vielzahl von Rechtsfiguren, Rechtsbegriffen und Rechtsregeln, die sie im Sinne innerer Widerspruchsfreiheit aufeinander abzustimmen suchten. Damit entstand eine Art von offenem System, das gedankliche Stringenz, gleichzeitig aber auch ein großes Maß an Flexibilität bei der Lösung praktischer Probleme gewährleistete.<sup>98</sup> Dabei wurden die römischen Juristen geleitet von einer Reihe grundlegender Werte oder Prinzipien wie etwa der Freiheit der Person, den Geboten der *bona fides* und der *humanitas* oder dem Schutz erworbener Rechte, insbesondere des Eigentums.<sup>99</sup> (x) Eine weitere Eigenheit der römischen Jurisprudenz, die sie ihrerseits zu so einem fruchtbaren Gegenstand rechtswissenschaftlicher Analyse machte, lag darin, dass Begründungen für die Fallentscheidungen vielfach entweder überhaupt nicht gegeben oder nur kurz angedeutet wurden.<sup>100</sup> Die römischen Quellentexte sind damit ausgesprochen voraussetzungslos. Auch hierfür wiederum ein Beispiel. In Marci. D. 18, 1, 44 heißt

96 Der justinianischen Gesetzgebungskommission lagen im sechsten Jahrhundert noch etwa 2000 Bücher vor (C. 1, 17, 2, 1); das klassische Schrifttum wird jedoch ein Vielfaches dieser Zahl ausgemacht haben: Waldstein/Rainer, 2005, S. 199.

97 Pap. D. 1, 1, 7, 1. Dazu im Überblick Kaser/Knütel, 2005, S. 22 ff. Kaser/Knütel, 2005, S. 19, betonen die Uneinheitlichkeit des Römischen Rechts, das aus mehreren Rechtsschichten bestand.

98 In diesem Sinne auch etwa Waldstein/Rainer, 2005, S. 196 f. und Kaser/Knütel, 2005, S. 27 knapp die heute herrschende Einschätzung zusammenfassend.

99 Hierzu vor allem Schulz, 1934, S. 95 ff. (Freiheit), S. 128 ff. (Humanität), S. 151 ff. (Treue) und S. 162 ff. (Sicherheit im Sinne der Sicherheit des erworbenen Rechts). Zur Billigkeit im Römischen Recht vgl. Stein, 1988a, S. 19 ff.

100 Wesentlich für ihre Legitimation war die auf Fachwissen und praktische Erfahrung begründete *auctoritas* der Juristen. Zum Gesichtspunkt der Autorität als prägendem Merkmal des Römischen Rechts vgl. Schulz, 1934, S. 112 ff. (zu den Juristen vgl. S. 125 ff.).

es in lapidarer Kürze: «*Si duos quis servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat emptio.*» Verkauft waren zwei Sklaven zu einem Gesamtpreis. Zur Zeit des Vertragsabschlusses lebte jedoch einer der Sklaven nicht mehr. Seine Lieferung konnte deshalb nicht verlangt werden; der Kaufvertrag war insoweit unwirksam. Das wurde im Gemeinen Recht auf die Regel «*impossibilia nulla obligatio*» gestützt.<sup>101</sup> Doch kann der Käufer jedenfalls die Lieferung des zweiten Sklaven verlangen? Damit stellt sich hier das Problem der Teilunwirksamkeit von Rechtsgeschäften. Hierzu wird seit der Glosse die allgemeine Regel «*utile per inutile non vitiatur*» überliefert:<sup>102</sup> das Gültige wird durch das Ungültige nicht in Mitleidenschaft gezogen. Sie stammt aus einem Fragment von Ulpian,<sup>103</sup> war dort jedoch nicht als allgemeine Regel gedacht, sondern bezog sich auf die Lösung eines konkreten Falles. Dass «*utile per inutile non vitiatur*» im klassischen Römischen Recht nicht als allgemeine Regel anerkannt gewesen sein konnte, zeigt die von Marcianus mitgeteilte Entscheidung: Der Vertrag ist unwirksam auch hinsichtlich des zweiten Sklaven. Das wird damit zusammenhängen, dass der Preis für nur einen der beiden Sklaven nicht bestimmt oder auch nur einigermaßen sicher bestimmbar war; es fehlte damit eine der Wirksamkeitsvoraussetzungen eines römischen Kaufvertrages.<sup>104</sup>

## VI. Römische Jurisprudenz und ihre Überlieferung

Die Herausbildung einer Privatrechtswissenschaft mit diesen Charakteristika war sicherlich nicht möglich ohne die Rezeption griechischer Philosophie und Wissenschaftslehre im republikanischen Rom.<sup>105</sup> Von entschei-

101 Sie entstammt D. 50, 17, 185 (Celsus), ist aber bis hin zu § 306 BGB (alte Fassung) ganz überwiegend missverstanden worden; dazu im einzelnen Zimmermann, 1996, S. 686 ff.

102 Dazu Zimmermann, 1996, S. 75 ff.

103 Ulp. D. 45, 1, 1, 5 am Ende: «[...] *neque vitiatur utilis per hanc inutilem.*»

104 Seiler, 1976, S. 130 f. Zum Erfordernis des *pretium certum* vgl. Zimmermann, 1996, S. 253 ff.

105 Vgl. im Überblick Waldstein/Rainer, 2005, S. 134 f.; näher dazu vor allem Schulz, 1946, S. 38 ff.; Wieacker, 1988, passim, etwa S. 351 f. (mit weiteren Querverweisen) und S. 618 ff.; Schermaier,

dender Bedeutung war aber die Rolle des juristischen Fachmannes bei der Anwendung und Fortbildung des Rechts. Daran hatte es beispielsweise in Griechenland selbst gefehlt. Das griechische Recht war, pointiert gesagt, ein Recht ohne Juristen gewesen: wurde dort ein Rechtsstreit doch von einer Anzahl durch Los bestimmter Laien entschieden, die aufgrund einer mündlichen Verhandlung, in der beide Parteien eine genau begrenzte Redezeit hatten, ohne Diskussion und Nachfrage durch geheime Abstimmung und mit einfacher Mehrheit ihr Urteil fällten.<sup>106</sup> Es ist nicht schwer zu sehen, dass dies keine günstige Grundlage für das Entstehen einer privatrechtlichen Fachwissenschaft war.

Für die europäische Wirkung des Römischen Rechts entscheidend war dann freilich etwas, was dem klassischen Römischen Recht selbst ganz fremd gewesen war: ein umfassender Gesetzgebungsakt durch Kaiser Justinian. Dieser ließ im sechsten nachchristlichen Jahrhundert eine gewaltige Sammlung von Auszügen aus den klassischen Juristenschriften (die Digesten) erstellen und zusammen mit einer Sammlung von Kaisergesetzen und einem Einführungslehrbuch als Gesetz verkünden. Gedacht waren die Digesten, wie sich schon aus ihrer griechischen Bezeichnung «Pandekten» ergibt, als allumfassend: Auch dies ein eigentlich unrömischer Gedanke. «[K]ein Rechtsgelehrter wage es in Zukunft», dekretierte Justinian deshalb, «[unserem Werk] Kommentare hinzuzufügen und durch seine Geschwätzigkeit [dessen] Kürze ... zu verderben».<sup>107</sup> Doch dies blieb eine naive Hoffnung. Justinian konnte der Wissenschaft nicht verbieten, ein Werk der Wissenschaft ihrerseits zum Gegenstand der Wissenschaft zu machen. Dies erwies sich als notwendig nicht zuletzt deshalb, weil Justinian noch einen zusätzlichen Grad an Komplexität in das römische Quellencorpus hineingetragen hatte: Er hatte die inzwischen mehrere Jahrhunderte alten Texte überarbeiten und den Verhältnissen seiner Zeit anpassen lassen (die

1992, S. 35 ff.

106 Vgl. etwa Heitsch, 2000, S. 493 ff.; Thür, 2003, S. 211 ff.

107 C. 1, 17, 1, 12; vgl. auch C. 1, 17, 2, 21. Dies wurde ganz überwiegend als ein allgemeines Kommentierverbot verstanden; vgl. Becker, 1978, Sp. 963 ff. Das wird jedoch neuerdings bestritten: Das Verbot habe sich lediglich auf das Schreiben von Kommentaren in die Gesetzbücher selbst bezogen; vgl. Waldstein/Rainer, 2005, S. 252.

sog. Interpolationen); er hatte Texte, die unterschiedlichen Entwicklungsstadien des Römischen Rechts entstammten, mit gleichem Geltungsrang nebeneinander gestellt; und er hatte in seine (in nur drei Jahren entstandene!) Sammlung eine Vielzahl von Texten aufgenommen, die römische Juristenkontroversen widerspiegelten, in einem Gesetzbuch aber zu kaum auflösbaren Widersprüchen führen mussten.

## VII. Wandlungen in der Wahrnehmung des Römischen Rechts

Die Universität gilt als «die europäische Institution *par excellence*».<sup>108</sup> Sie entstammt nicht der Antike, sondern entstand als Ausdruck und Träger der großen abendländischen Bildungsrevolution seit dem ausgehenden 12. Jahrhundert zuerst in Bologna, dann in Paris, Oxford und an einer ständig wachsenden Zahl von Orten in West-, Zentral- und Südeuropa.<sup>109</sup> Die Römische Jurisprudenz hatte den Charakter einer Wissenschaft, ohne aber universitäre Wissenschaft gewesen zu sein. Als das Recht jedoch im hohen Mittelalter von der erwähnten Bildungsrevolution erfasst wurde, war es das Römische Recht, das sich wie keine andere zeitgenössische Rechtsordnung (mit einer Ausnahme, die den kirchlichen Bereich betraf) als Gegenstand scholastisch-analytischer Interpretation und damit der universitären Lehre anbot.<sup>110</sup> So rückten von Anfang an die römischen Quellentexte in das Zentrum des Studiums des weltlichen Rechts. Dies galt für alle nach dem Modell von Bologna in Europa gegründeten Universitäten, und es blieb so bis in das Zeitalter der nationalen Kodifikationen, d. h. in Deutschland bis zum Ende des 19. Jahrhunderts. Doch unterlag die Einstellung gegenüber dem Römi-

<sup>108</sup> Rüegg, 1993, S. 13.

<sup>109</sup> Vgl. etwa Borgolte, 2002, S. 296 ff. (dort auch die Kapitelüberschrift «Die abendländische Bildungsrevolution») sowie das Verzeichnis und die instruktiven Karten bei Verger, 1993, S. 70 ff.

<sup>110</sup> Dasselbe galt bereits für die privaten Rechtsschulen in Bologna der zweiten Hälfte des 11. und dann des 12. Jahrhunderts, vor allem für die des «ersten Erleuchters der Wissenschaft», Irnerius; zu dessen Bedeutung Dorn, 1996, S. 211 ff.

schen Recht erheblichen Wandlungen.<sup>111</sup> Die mittelalterliche Jurisprudenz verstand die Quellen ganz überwiegend als logisch konsistentes Ganzes und bemühte sich um die Herstellung einer *Concordantia discordantium legum*. Das provozierte eine Reaktion durch den juristischen Humanismus der Renaissance. Ihm ging es in erster Linie darum zu ermitteln, was die Texte ursprünglich, das heißt für ihre antiken Autoren, bedeutet hatten. Damit begann im Grunde die Geschichte der Rechtsgeschichte. Da freilich die Humanisten die römischen Texte nicht nur als vorbildlich für die Antike, sondern auch für ihre eigene Zeit betrachteten, standen sie wiederum vor dem Problem, dass manche Quellen widersprüchlich waren, dass sich Fragen stellten, auf die die Quellen keine Antworten boten und dass manche Antworten, die sie boten, auf offensichtlich veralteten Vorstellungen oder Voraussetzungen beruhten. Dieses Problem bewegte die Vertreter des *usus modernus pandectarum*. Da sie gewissermaßen durch die Aufklärung des Humanismus gegangen waren, betrachteten sie jedoch die Texte des *Corpus Juris*, anders als die mittelalterlichen Juristen, nicht mehr als unbedingt verbindlich: man konnte die darin enthaltenen Gedanken verallgemeinern oder weiterentwickeln, man konnte sie kritisieren oder durch Nichtgebrauch außer Kraft setzen.<sup>112</sup> Gleichzeitig wurde eine weitere Schule einflussreich, die ebenfalls anerkannte, dass das Römische Recht lückenhaft sei und die Grundlagen des richtigen Rechts bisweilen nur andeute, die sich aber darum bemühte, die zugrunde liegenden Wahrheiten durch philosophische Analyse der Texte zu gewinnen: das zunächst spätscholastische, später säkulare Naturrecht. Das 19. Jahrhundert wurde in Deutschland von der Historischen Schule dominiert (mit starker Ausstrahlung in weite Teile Europas).<sup>113</sup> Damit wurde ein Ansatz herrschend, der das Römische Recht im Grunde vom Standpunkt der Gegenwart aus bewertete und die historische Erkenntnis in den Dienst am geltenden Recht stellte. Bei der

<sup>111</sup> Dazu eingehend Wieacker, 1967, passim; Koschaker, 1966, S. 55 ff.; im Überblick auch etwa Stein, 1996, S. 68 ff.; besonders prägnant neuerdings Gordley, 2006a, S. 753 ff.

<sup>112</sup> Es entstanden deshalb Bücher wie Bugnyon (1563); van der Made (1649).

<sup>113</sup> Zur Ausstrahlung der Historischen Schule vgl. z. B. Sundell, 1991, S. 237 ff.; Lokin, 1994, S. 125 ff.; Schulze (Hg.) (1990); Bürge (1990); Bürge, 1997, S. 643 ff.; Ogris (1968); Caroni, 1994, S. 243 ff.; Stein, 1988b, S. 238 ff.; Rodger, 1994, S. 563 ff.; Cairns, 1994, S. 91 ff.

Interpretation der Texte dominierten gemeinrechtliche Anwendbarkeitsrücksichten. Von diesen befreite erst das BGB die Romanisten, die sich damit wiederum von Rechtsdogmatikern zu Rechtshistorikern wandelten. Die Folgen waren einerseits enorme Erkenntnisgewinne im Bereich der antiken Rechtsgeschichte und andererseits eine weithin ungeschichtliche Rechtswissenschaft.<sup>114</sup>

### VIII. Römisches Recht und *ius commune*

Dies, in den größten Zügen, ist die wissenschaftliche Wirkungsgeschichte des Römischen Rechts. Es wurde zur Grundlage des *ius commune*. Dieses *ius commune* war ein wissenschaftlich entwickeltes, d. h. gelehrtes Recht; es beruhte auf einheitlichen ethischen Grundlagen; es manifestierte sich in einer einheitlichen, europäischen Literatur; und es beruhte auf einer einheitlichen universitären Ausbildung.<sup>115</sup> Freilich stand es nie allein. Der Dualismus von Reich und Kirche, von Kaiser und Papst, spiegelte sich in einem Dualismus von Römischem Recht und kanonischem Recht, von weltlicher und kirchlicher Gerichtsbarkeit, von Legistik und Kanonistik. Dabei reichte die Zuständigkeit der Kirchengerichte zeitweise weit in Kernmaterien des Zivilrechts hinein.<sup>116</sup> Es gab Jurisdiktionskonflikte und machtpolitisch motivierte Zuständigkeitsverschiebungen. Doch es gab auch weitreichende intellektuelle Verbindungen. Das kanonische Recht war in der römischen Kirche und auf römischrechtlicher Grundlage entstanden, aber es wirkte auch seinerseits auf das weltliche Gemeinrecht zurück.<sup>117</sup> Der allgemeine Grundsatz *pacta sunt servanda* entstammt dem kanonischen Recht<sup>118</sup> ebenso

114 Näher dazu Zimmermann, 2000, S. 1 ff.

115 Dazu näher Coing, 1985, S. 7 ff.; van Caenegem, 2002, S. 22 ff., S. 73 ff.

116 Vor allem: Ehesachen, Testamentsangelegenheiten und eidlich bekräftigte Versprechen. Vgl. im Überblick Trusen, 1973, S. 483 ff.; für England vgl. den Überblick in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1, 1993, S. 21 ff.

117 Allgemein zur Bedeutung des kanonischen Rechts vgl. Landau, 1991, S. 39 ff.; Scholler (Hg.) (1996); Becker, 2000, S. 159 ff.

118 Vgl. oben (Fn. 51).

wie etwa derjenige der Naturalrestitution<sup>119</sup>. Neben dem Römischen und kanonischen Recht gab es das Lehnsrecht, das freilich durch die *Libri feudorum* in das Corpus des Römischen Rechts übernommen worden war.<sup>120</sup> Es gab die Systementwürfe der spanischen Spätscholastik<sup>121</sup> und später des rationalistischen Naturrechts, die einerseits stark vom Römischen Recht geprägt waren, andererseits aber auch auf das *ius commune* einwirkten. Es gab in ihrem Geltungsbereich beschränkte *consuetudines*, die im Rahmen des *ius commune* anerkannt und wissenschaftlich durchdrungen wurden. Es gab die überwiegend ungeschriebenen, teilweise aber auch schriftlich niedergelegten Gebräuche und Regeln, die sich seit dem 12. Jahrhundert im Handelsverkehr an den Messe- und Marktplätzen sowie den Hafenstädten von Mittelmeer, Atlantikküste und Ostsee herausbildeten und für deren Anwendung besondere Kaufmannsgerichte zuständig waren.<sup>122</sup> Auch hier bestanden Wechselwirkungen mit dem römischen und dem römisch geprägten Gemeinrecht. Vor allem aber gab es eine Fülle territorialer und lokaler Rechtsquellen, denen vor den ordentlichen Gerichten stets jedenfalls theoretisch der Anwendungsvorrang zukam. Denn das *ius commune* galt immer nur subsidiär. Praktisch setzte es sich vielfach dennoch durch. Nach der frühneuzeitlichen Literatur sprach für die Anwendung des Gemeinen Rechts sogar eine begründete Vermutung (*fundata intentio*).<sup>123</sup> Auch sie reflektierte aber nicht die Rechtswirklichkeit, die sich vielmehr im Laufe der Zeit wandelte, die regional ganz unterschiedlich sein konnte und die schließlich auch von Rechtsbereich zu Rechtsbereich variierte. Selbst für die Gerichtspraxis im Alten Reich, dem Kerngebiet der Rezeption, lässt sich zusammenfassend nur sagen, dass sie im Zeichen «eines kaum vorstellbaren Rechtspluralismus»

119 Dazu Wolter (1985); Jansen, 2007, §§ 249–253, 255, Rdz. 16 ff.

120 Dazu Coing, 1985, S. 27 ff., 352 ff.; vgl. auch Mitterauer, 2003, S. 109 ff.

121 Dazu vor allem Gordley (1991; 2006b).

122 Zur sogenannten *lex mercatoria* (im Englischen: *law merchant*) Coing, 1985, S. 519 ff.; Berman, 1983, S. 348 ff.; Cordes, 2001, S. 168 ff.; Scherner, 2001, S. 148 ff.; Scherner, 2003, S. 859 ff.; sowie die Beiträge in Piergiorgio (Hg.) (2005); vgl. auch (für England) Zimmermann, 1993a, S. 29 ff.

123 Wiegand, 1975, S. 126 ff.; Coing, 1985, S. 132 ff.; Luig, 1998, Sp. 628 ff. Im Übrigen waren die vom Gemeinen Recht abweichenden Rechtsquellen eng auszulegen: «*statuta sunt stricte interpretanda, ut quam minus laedent ius commune*»; dazu Trusen, 1970, S. 108 ff.; Lange, 1976, S. 646 ff.; Zimmermann, 1997b, S. 315 ff.

stand.<sup>124</sup> Doch es war eine praktische Vielfalt im Rahmen einer intellektuellen Einheit, und diese intellektuelle Einheit wurde vermittelt durch eine überall in Europa am römischen Quellencorpus orientierte Ausbildung. Besonders deutlich wurde diese einigende Wirkung noch einmal im Deutschland des 19. Jahrhunderts. Denn nur teilweise hatte hier das Gemeine Recht unmittelbar gegolten. Im Übrigen gab es jede Menge partikularer Rechtsquellen, darunter vor allem das Preußische Allgemeine Landrecht, das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch Österreichs, den Code civil, das Badische Landrecht, das Bayerische Landrecht und später das Sächsische BGB.<sup>125</sup> Doch bot das Gemeine Recht, das denn auch in der Juristenausbildung ganz im Vordergrund stand, die Grundlage für das Verständnis aller partikularen Rechte in Deutschland;<sup>126</sup> diese wurden vor dem Hintergrund des Gemeinen Rechts ausgelegt und angewandt, sie wurden vom Standpunkt des Gemeinen Rechts aus beurteilt und mit ihm verglichen.<sup>127</sup> Damit schuf (oder bewahrte) der pandektistische Zweig der Historischen Schule eine durch Rechtswissenschaft vermittelte Einheitlichkeit der Rechtskultur, die es Professoren wie Studenten ermöglichte, von Königsberg nach Straßburg, von Gießen nach Wien oder von Heidelberg nach Leipzig zu gehen.<sup>128</sup>

## IX. Römisches Recht und europäische Rechtstradition

Das Spannungsverhältnis zwischen Vielfalt und Einheit ist, wie zuvor erwähnt,<sup>129</sup> charakteristisch für die europäische Kultur. Es ist, wie wir nunmehr sehen, von zentraler Bedeutung gerade auch für die europäische

124 So das Resümee von Oestmann, 2002, S. 681.

125 Vgl. dazu etwa Anlage zur Denkschrift zum BGB (1899) in Mugdan (Hg.), 1899, S. 844 f., sowie die von Diethelm Klippel 1996 neu herausgegebene Allgemeine Deutsche Rechts- und Gerichtskarte (1896).

126 Es galt eben in seiner pandektistischen Version nicht nur in den Gebieten des Gemeinen Rechts, sondern stellte auch in denen des kodifizierten Rechts «dessen Theorie»: Koschaker, 1966, S. 292.

127 Nähere Nachweise dazu bei Zimmermann, 2000, S. 2 ff.

128 Friedberg, 1896, S. 7 f.

129 *Supra* (bei Fn. 17).

Rechtstradition.<sup>130</sup> Ihre spezifische Prägung erhielt sie durch das *ius commune*, das wiederum ganz wesentlich auf dem Römischen Recht beruhte. Fragt man nun nach weiteren Merkmalen, die die europäische im Vergleich mit anderen Rechtstraditionen der Welt (also: der chthonischen, talmudischen, islamischen, hinduistischen und [ost-]asiatischen)<sup>131</sup> charakterisieren, dann zeigt sich Punkt für Punkt der Einfluss des Römischen Rechts. Da ist zum einen das Merkmal der Schriftlichkeit.<sup>132</sup> Römisches Recht war nicht zuletzt deshalb im mittelalterlichen Europa so einflussreich, weil es schriftlich niedergelegtes Recht war; es galt als *ratio scripta*. Das zeigt nicht nur der Vorgang der Rezeption selbst, sondern auch das Streben nach schriftlicher Fixierung des mittelalterlichen Gewohnheitsrechts in Europa seit dem Ausgang des 12. Jahrhunderts (Glanvill und Bracton in England, die *coutumes* in Frankreich, die *fueros* in Spanien, Sachsenspiegel und Schwabenspiegel in Deutschland). Den Anstoß für diese Rechtsdokumentationswelle gaben die gelehrten Rechte.<sup>133</sup>

Doch galt das Römische Recht jahrhundertlang eben auch als *ratio scripta*: als Modell eines vernünftigen, das heißt der menschlichen Vernunft gemäßen Rechtes. Römisches Recht war damit gleichzeitig Ausdruck und Grundlage eines Strebens nach Rationalität und Wissenschaftlichkeit des Rechts, nach intellektueller Kohärenz und System.<sup>134</sup> Zugleich verhinderte die Eigenart der römischen Quellen aber, dass es sich bei diesem System um etwas Starres oder Statisches handelte. Vielmehr ist dem europäischen Recht eine spezifische Entwicklungsfähigkeit eigen; oder wie Harold Berman schreibt: «The concept of a ... system of law depended for its vitality on the belief in the ongoing character of law, its capacity for growth over

130 In diesem Sinne auch etwa Berman, 1983, S. 10; Mohnhaupt, 2000, S. 657 ff.

131 So die Aufteilung bei Glenn (2004b). Keines der im Folgenden genannten Merkmale findet sich nur in der europäischen Rechtstradition, doch nur hier finden sich alle von ihnen.

132 Demgegenüber zeichnet sich eine chthonische Tradition durch mündliche Überlieferung aus: Glenn, 2004a, S. 61 ff.

133 Gangnér, 1960, S. 288 ff.

134 Glenn, 2004a, S. 143 ff.; Coing, 1984, S. 7 f.; Wieacker, 1990, S. 25 ff.; Häberle, 1997, S. 22 ff. Chthonisches Recht ist demgegenüber unstrukturiert: Glenn, 2004a, S. 78 ff.; die Rationalität der talmudischen Tradition ist nicht systematischer Natur: Glenn, 2004a, S. 106 ff.; ähnlich für das islamische Recht Glenn, 2004a, S. 190 ff.

generations and centuries – a belief which is uniquely Western. The body of law only survives because it contains a built-in mechanism for organic change.»<sup>135</sup> Europäisches Recht ist stetem Wandel unterworfen; es kann auf neu aufgetretene Bedürfnisse und veränderte Umstände reagieren, und es hat immer wieder eine erstaunliche Integrationsfähigkeit bewiesen. Das Römische Recht des Mittelalters war nicht mehr das Römische Recht der Antike, der *usus modernus pandectarum* entsprach nicht mehr dem *usus medii aevi* und die Pandektendoktrin nicht mehr dem *usus modernus*. Die Entwicklung ging, mit einem berühmten Wort Rudolf von Jherings,<sup>136</sup> durch das Römische Recht über das Römische Recht hinaus. In der Antike hatte sich das Römische Recht von einer bloßen Rechtskunde zu einer Wissenschaft entwickelt. An den mittelalterlichen Universitäten wurde daraus ein gelehrtes Recht, das an der Universität studiert wurde.

Darin liegt ein weiteres, mit dem vorigen eng zusammenhängendes Charakteristikum des europäischen Rechts und wiederum eines, das im Römischen Recht vorgeprägt war. Die Jurisprudenz ist eine gelehrte Profession, und Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung sind Aufgabe des gelehrten Juristen.<sup>137</sup> Damit wiederum verbunden ist die Tatsache, dass die Jurisprudenz in der europäischen Bildungstradition eine eigenständige Fachdisziplin ist und dass Recht dementsprechend als ein von anderen gesellschaftlichen Verhaltensordnungen und Steuerungsmechanismen, insbesondere von der Religion, prinzipiell unabhängiges Normensystem erfasst wird.<sup>138</sup>

135 Berman, 1983, S. 9; vgl. auch Glenn, 2004a, S. 146 ff.; Muschg, 2005, S. 37 («Zeitfeil»). Anders demgegenüber vor allem chthonische Traditionen und die (ost-)asiatische Tradition, die keinen linearen Begriff von Geschichte haben und die damit nicht das europäische Verständnis von Fortschritt und Entwicklung teilen: Glenn, 2004a, S. 74 ff., S. 322 ff.; anders aber auch die talmudische, islamische und hinduistische Tradition: Glenn, 2004a, S. 110 ff., S. 193 ff., S. 287 ff.

136 Von Jhering, 1907, S. 14.

137 Dazu Koschaker, 1966, S. 164 ff. Zur Rechtsfindung in der islamischen Tradition vgl. demgegenüber Glenn, 2004a, S. 176 ff.

138 Coing, 1984, S. 6 f.; Wieacker, 1990, S. 23 ff. Anders demgegenüber die chthonischen Rechte («Cthonic law is... inextricably interwoven with all the beliefs of chthonic people and is inevitably, and profoundly, infused with all those other beliefs»), die talmudische («The Jewish tradition is a normative or legal tradition in much the same measure as it is a religious tradition. The two have become fused in the idea that the divine will express itself best in legal norms, which have sanctions, leaving relatively little outside the reach of the law, or halakhah»), die islamische («[Islamic law] has been described as a «composite science of law and morality», and this must be understood not as a joint administration of the two separate concepts but as a fusion, or

Das entspricht der römischen Isolierung des Rechts vom Nichtrecht.<sup>139</sup> Aus dem Römischen Recht stammt die Dominanz des Privatrechts in der Tradition des *ius commune* mit einem besonderen Akzent auf einem fein ausdifferenzierten Vertragsrecht.<sup>140</sup> Und schließlich gründet sich das Recht in Europa auf bestimmte Werte, die letztlich auf der Zentralität der Person als Subjekt und intellektuellem Bezugspunkt des Rechts beruhen.<sup>141</sup> Eine spezifische Ausformung erhielt diese Idee durch die auf seine Gottesebenbildlichkeit gegründete Würde des Menschen, doch angelegt war sie bereits in dem Prinzip der Freiheit der Person des Römischen Rechts. Auch hier lässt sich damit sagen, dass durch die christliche Offenbarung die Weisheit des Altertums überhöht und zu ihrem Ziel geführt wurde.<sup>142</sup> In ganz ähnlicher Weise harmonierten *aequitas canonica* und römische *fides* miteinander.<sup>143</sup>

## X. Wie europäisch ist die «europäische» Rechtstradition?

Vielfalt und Einheit stehen auch heute in einem spannungsvollen Verhältnis miteinander. So werden etwa die kontinentaleuropäischen Rechtsord-

composition, of (almost all of) both») und die hinduistische Tradition («You may wish to talk about law and morals, but the reason it is law is because of the (religious) morals, which infuse all types of obligation»): Glenn, 2004a, S. 69, S. 102 f., S. 186, S. 282. Allgemein zum Thema Recht(svergleichung) und Religion vgl. jüngst Berman, 2006, S. 739 ff.

139 *Supra* (bei Fn. 97).

140 Coing, 1984, S. 8 ff.; Mohnhaupt, 2000, S. 662. Coing betont in diesem Zusammenhang selbst den Unterschied zu anderen Rechtskulturen.

141 Wieacker, 1990, S. 20 ff.; vgl. auch Borgolte, 2002, S. 346 f. Für Glenn ist dies offenbar das entscheidende Charakteristikum der kontinentaleuropäischen Rechtstradition; der Titel des entsprechenden Kapitels ist deshalb: «A Civil Law Tradition: The Centrality of the Person». Anders demgegenüber vor allem die chthonische, islamische und (ost-)asiatische Tradition: Glenn, 2004a, S. 70 ff., S. 192 f., S. 319 ff. Mit der Zentralität der Person als Subjekt des Rechts hängt die keineswegs selbstverständliche Entwicklung der Vorstellung von subjektiven Rechten zusammen; dazu Coing, 1982, S. 241 ff.; Coing, 1984, S. 8 ff.; Coing, 1985, S. 172 ff.; vgl. ferner Glenn, 2004a, S. 140 ff. gegenüber S. 86 ff. (chthonische Traditionen), S. 108 f., S. 119 ff. (talmudische Tradition), S. 192 f., S. 209 ff. (islamische Tradition), S. 286 f. (hinduistische Tradition), S. 320 f., S. 336 f. (asiatische Tradition).

142 Vgl. allgemein Apostelgeschichte 17, 23 sowie Römer 1, 19; ferner oben (bei Fn. 11).

143 Gordley, 2000, S. 93 ff.

nungen in den romanischen und den deutschen Rechtskreis unterteilt.<sup>144</sup> Ferner gibt es eine Reihe von Rechtsordnungen, die zwischen beiden Rechtskreisen stehen, darunter insbesondere die niederländische und die italienische. Doch auch die Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises weisen zum Teil erhebliche Unterschiede in Stil und Substanz auf. Die österreichische und die deutsche Zivilrechtskodifikation entstammen unterschiedlichen Epochen und sind durch unterschiedliche intellektuelle Strömungen geprägt. Für das Schweizerische Zivilgesetzbuch wird gesagt, dass seine charakteristischen Züge «weitgehend von den besonderen Verhältnissen der Schweiz und den Traditionen ihres Rechtslebens geprägt sind».<sup>145</sup> Gleichwohl lässt sich kaum bestreiten, dass alle Rechtsordnungen des romanischen und deutschen Rechtskreises eine besondere Prägung aufweisen, die es gerechtfertigt erscheinen lässt, sie zu einer in wesentlichen Punkten einheitlichen Tradition zusammenzufassen.<sup>146</sup> Hierfür hat sich im englischen Sprachgebrauch der Begriff «*civil law*» (oder: «*civilian tradition*») eingebürgert, der jedenfalls historisch auf das Römische Recht verweist.<sup>147</sup> Doch können wir wirklich von einer europäischen Tradition sprechen? Für die Staaten des mittleren und östlichen Europa ist diese Frage wohl zu bejahen. Sie haben in der Zeit bis zu den Weltkriegen des 20. Jahrhunderts dem vom Römischen Recht geprägten Kulturraum angehört.<sup>148</sup> In manchen von ihnen (vor allem: Ungarn und Polen) hat der Unterricht des Römischen Rechts auch während der Phase der sozialistischen Herrschaft die Verbindung zur gemeinsamen Tradition mit dem Westen bewahrt.<sup>149</sup> Und seit dem Ende dieser Herrschaft erleben wir einen Prozess der Rein-

144 Zweigert/Kötz, 1996, S. 62 ff.

145 Zweigert/Kötz, 1996, S. 174. Zu Rezeptionsvorgängen in der Schweiz vgl. neuerdings Immenhauser, 2006, S. 1 ff.

146 So etwa Glenn, 2004a, S. 125 ff.

147 Zu den verschiedenen Bedeutungen des Begriffs «*civil law*» siehe Zimmermann, 1997a, S. 262 f. Deutlich wird die Verbindung von *civil law* und Römischem Recht etwa in der Bezeichnung der königlichen Lehrstühle für Römisches Recht in Oxford und Cambridge als *Regius Chairs in Civil Law*.

148 Vgl. im Überblick Zweigert/Kötz, 1996, S. 154; Kühn, 2006, S. 215 ff.

149 Vgl. etwa die sehr persönlichen Worte von Ferenc Mádl (damals Präsident der Republik Ungarn) (Mádl, 2001, vii).

tegration «im Wege rechtsvergleichender Zivilrechtserneuerung».<sup>150</sup> Auch die Juristen des Zarenreichs hatten im 19. Jahrhundert die Dogmatik und Methodik des Römischen Rechts genutzt, um die sozialen und rechtspolitischen Herausforderungen zu bewältigen, denen das überkommene russische Recht nicht gewachsen war. Dabei hatten sie, wie die Juristen in vielen anderen europäischen Ländern, Anschluss an die Rechtsentwicklung in Deutschland gefunden, die von Savigny und der Historischen Rechtsschule geprägt war.<sup>151</sup> Die Türkei rezipierte 1926 das schweizerische Privatrecht und «verließ [damit] endgültig den islamischen Rechtskreis».<sup>152</sup> Auch die nordischen Rechte werden trotz eigenständiger stilprägender Merkmale überwiegend dem Rechtskreis des *civil law* zugerechnet.<sup>153</sup>

Den zentralen Einwand gegen die Existenz einer genuin europäischen Rechtstradition bildet für viele der Hinweis auf das englische *common law*, das sich in «nobler Isolation» von Europa entwickelt habe<sup>154</sup> und fundamental andersartig sei.<sup>155</sup> Doch handelt es sich bei der Vorstellung vom englischen Recht als einer autochthonen nationalen Errungenschaft um einen Mythos. Denn in Wirklichkeit war England von der kontinentalen Rechtskultur niemals völlig abgeschnitten; vielmehr bestand ein ständiger intellektueller Kontakt, der das englische Recht maßgeblich und charakteristisch geprägt hat.<sup>156</sup> Schon in seinem Ursprung handelte es sich um normannisches Feudalrecht nach dem für das mittelalterliche Europa typi-

150 Vékás, 2004, S. 454 ff.

151 Dazu vor allem die Arbeiten von Avenarius (2004a); Avenarius, 1998, S. 893 ff.; Avenarius (2004b, russische Fassung [2005a]); Avenarius, 2005b, S. 51 ff.

152 Schlosser, 2005, S. 214, der darauf hinweist, dass diese Rezeption weder außergewöhnlich noch völlig überraschend war. Vgl. aber auch Zweigert/Kötz, 1996, S. 175 f.

153 Zweigert/Kötz, 1996, S. 271.

154 Baker, 1990, 3. Aufl., S. 35; in der 4. Aufl. (2002) ist das Wort «nobel» gestrichen.

155 Vgl. etwa Schurig, 1999, S. 1102 ff.; Bucher, 2000, S. 409 ff.; besonders pointiert ferner Legrand, 1995, S. 63 ff.; Legrand, 1996, S. 52 ff. Legrand spricht von einem unüberbrückbaren epistemologischen Abgrund. In grotesker Weise personalisiert und zugespitzt ist diese These noch einmal in Legrand, 2006, S. 13 ff.

156 Zum Folgenden näher die Beiträge von Stein, 1988b, S. 151 ff.; Zimmermann, 1993a, S. 4 ff. Ein anderes Thema, das hier aber ebenfalls eine Rolle spielt, ist das der «inneren Verwandtschaft» von (klassischem) Römischem und englischem Recht; vgl. Pringsheim, 1935, S. 347 ff.; Stein, 1992, S. 1591 ff.; Stein, 1988c, S. 37 ff.

schen Muster.<sup>157</sup> Auf Jahrhunderte hinaus blieben Latein und Französisch die Sprachen des englischen Rechts. Die katholische Kirche brachte das kanonische Recht,<sup>158</sup> der internationale Handel die *lex mercatoria*. In Oxford und Cambridge, zwei der ältesten europäischen Universitäten, wurde nach dem in ganz Europa üblichen Muster Römisches Recht gelehrt und studiert. Auch aus Schottland, wo ein besonders reger intellektueller Kontakt vor allem zu Frankreich und den Niederlanden gepflegt wurde,<sup>159</sup> gelangte römisch-rechtliches Gedankengut nach England. Das englische *common law* wurde überlagert durch ein an gemeineuropäischen Gerechtigkeitsvorstellungen (*aequitas*) geprägtes *ius honorarium*: die *Equity*. Den hochmittelalterlichen Vorgang der Verschriftlichung des Rechts finden wir in England ebenso wie auf dem Kontinent. Gleiches gilt für die Verbreitung des Literaturtyps der Institutionenlehrbücher in der frühen Neuzeit. Vermittler des kontinuierlichen Prozesses der Rezeption und Adaptation waren Schriftsteller von Bracton über Blackstone bis Birks und Richter wie Hale, Holt, Mansfield oder Blackburn. Das moderne englische Vertragsrecht ist durch massive Anleihen bei Autoren wie Pothier und Domat, Grotius, Pufendorf, Burlamaqui und Thibaut geprägt worden.<sup>160</sup> Natürlich hat in vielen Fällen der römisch inspirierte Anstoß zu ganz unrömischen Ergebnissen geführt; doch das war im kontinentalen Recht nicht anders. «*The real question in this case*», heißt es etwa in der berühmtesten der sogenannten Krönungszugsentscheidungen, «*is the extent of the application in English law of the principle of the Roman law which has been adopted and acted on in many English decisions.*»<sup>161</sup> Dieses den Ausgangspunkt bildende Prinzip ist die gemeinrechtliche Regel «*debitor speciei liberatur casuali interitu rei*»: Der Schuldner wird durch zufälligen Untergang des zu leistenden Gegenstands

157 Van Caenegem (1988).

158 Helmholz (1987; 1990); Martinez-Torrón (1998).

159 Zur *civilian tradition* in Schottland vgl. die Beiträge in Evans-Jones (Hg.) (1995); Miller/Zimmermann (Hg.) (1997) und Reid/Zimmermann (Hg.) (2000).

160 Dazu vor allem Simpson, 1975, S. 247 ff.; Gordley, 1991, S. 134 ff.; vgl. allgemein auch Ibbetson (1999), der sein Werk mit dem Satz eröffnet, das englische Schuldrecht sei aus der Vermischung einheimischer Ideen und verfeinerter römischer Gelehrsamkeit entstanden.

161 Krell v. Henry. (1903) 2 KB 740 (CA) S. 747 f.

von seiner Leistungspflicht frei.<sup>162</sup> Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts hatten englische Gerichte damit begonnen, diese Regel in die Parteivereinbarung hinein zu interpretieren.<sup>163</sup> Sie bedienten sich dazu eines ebenfalls aus dem Römischen Recht stammenden dogmatischen Kunstgriffs: der Einfügung einer (stillschweigenden) auflösenden Bedingung.<sup>164</sup> Damit waren die Grundlagen der «*doctrine of frustration of contract*» gelegt. Sie entspricht funktional der im kontinentalen *ius commune* auch aus römischen Bausteinen zusammengesetzten, als solche dem Römischen Recht aber ebenfalls unbekanntem Lehre von der *clausula rebus sic stantibus*.<sup>165</sup>

Wer sich nicht auf bestimmte, in den römischen Quellen vorfindliche Lösungen fixiert, sondern die immanente Flexibilität der darauf begründeten Tradition und ihre Fähigkeit zu Weiterentwicklung und produktiver Assimilation berücksichtigt, wird wenig Schwierigkeiten haben, auch das englische *common law* als Ausprägung einer europäischen Rechtstradition zu begreifen.<sup>166</sup> Natürlich hat es im Laufe der Zeit eine Reihe von Besonderheiten entwickelt. Doch ist heute deutlich, dass diese zunehmend abgeschliffen werden, und zwar auf beiden Seiten des Ärmelkanals. Basil Markesinis spricht von einer schrittweisen Konvergenz,<sup>167</sup> James Gordley von einer überholten Unterscheidung (zwischen *civil law* und *common law*).<sup>168</sup> Das gilt sowohl für das materielle Recht selbst, als auch für dessen institutionelle

162 Dazu Dilcher, 1960, S. 185 ff.

163 Taylor v. Caldwell. (1863) 3 B & S 826; dazu etwa Rheinstejn, 1932, S. 173 ff.; Treitel (1991); Schmidt-Kessel, 2003, S. 45 ff.

164 Dazu näher Zimmermann, 1993b, S. 121 ff. Zu *implied terms* im modernen englischen Vertragsrecht Schmidt-Kessel, 1997, S. 101 ff.; Grobecker (1999).

165 Dazu Zimmermann 1993b, S. 134 ff.

166 So insbesondere auch Berman (Fn. 14), der von einer «Western legal tradition» spricht. Auch Glenn, 2004a, S. 166, regt an, «[to] start thinking about the common law and the civil law as representing some of the same ideas, compared with other traditions. We can then talk about a universalizing western law ...». Vgl. ferner die eindrucksvollen Studien von Helmholz (2001; 1999, S. 297 ff.), wo gezeigt wird, dass sogar diese grundlegendste Festlegung des englischen Gewohnheitsrechts und Verfassungsprinzips in wichtigen Punkten die Signatur des *ius commune* trägt.

167 Markesinis (1994); vgl. ferner zuletzt van Caenegem, 2006, S. 33 ff.

168 Gordley, 1998, S. 498 ff.



und methodologische Rahmenbedingungen.<sup>169</sup> Bedenkt man schließlich die weltweite Ausstrahlung des europäischen Rechts,<sup>170</sup> dann gilt bis heute, was Rudolf von Jhering in der Einleitung zu seinem Geist des Römischen Rechts folgendermaßen formuliert hat: «Die welthistorische Bedeutung und Mission Roms in ein Wort zusammengefasst ist die Überwindung des Nationalitätsprinzips durch den Gedanken der Universalität. ... Nicht darin besteht die Bedeutung des Römischen Rechts für die moderne Welt, dass es vorübergehend als Rechtsquelle gegolten ..., sondern darin, dass es eine totale innere Umwandlung bewirkt, unser ganzes juristisches Denken umgestaltet hat. Das Römische Recht ist ebenso wie das Christentum ein Kulturelement der modernen Welt geworden.»<sup>171</sup>

## XI. Zusammenfassung

Die europäische Rechtstradition erhielt ihre spezifische Prägung durch das *ius commune*, das wiederum ganz wesentlich auf dem Römischen Recht beruhte. Der Beitrag bemüht sich um die Herausarbeitung dieser Beziehung und analysiert in diesem Zusammenhang die prägenden Merkmale des antiken Römischen Rechts; er beschreibt die Wandlungen in der Wahrnehmung des Römischen Rechts; und er fragt: Wie römisch ist das heutige Römische Recht?; und: Wie europäisch ist die «europäische» Rechtstradition?

<sup>169</sup> Für den Bereich der Gesetzesauslegung bezeichnet Stefan Vogenauer (2001) aufgrund seiner umfassenden Untersuchung über *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* (2 Bände), England nicht nur unter historischem Blickwinkel geradezu als eine Provinz des *ius commune*, sondern stellt auch für die Gegenwart wieder eine grundlegende Einheitlichkeit der Interpretationspraxis englischer und kontinentaler Gerichte fest. Auch zur Frage der Präjudizienbindung vgl. Vogenauer, 2001, S. 1293 f. sowie 2006, S. 48 ff. Vgl. ferner z. B. (zur Rolle der Rechtswissenschaft) Goff, 1999, S. 313 ff. oder (zur Frage des «legal style» der englischen Rechtsprechung) Levitsky, 1994, S. 347 ff.

<sup>170</sup> Vgl. etwa für die USA Reimann (1993); Hoeflich (1997); für Lateinamerika Bucher, 2004, S. 515 ff.; für Südafrika Zimmermann/Visser (1996); für Ostasien vgl. Kitagawa, 2006, S. 237 ff.

<sup>171</sup> Von Jhering, 1907, S. 1, S. 2 f.

## Literaturverzeichnis

- Alföldy, Géza (1999). *Das Imperium Romanum – ein Vorbild für das vereinte Europa?*
- Ankum, Hans (2000). Römisches Recht im neuen niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch. In Reinhard Zimmermann/Rolf Knütel/Jens Peter Meincke (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*.
- Avenarius, Martin (1998). Das russische Seminar für römisches Recht in Berlin (1887–1896). *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 6.
- Avenarius, Martin (2004). *Rezeption des römischen Rechts in Rußland – Dmitrij Mejer, Nikolaj Djuvernua und Iosif Pokrovskij*.
- Avenarius, Martin (2004). *Savigny und seine russischen Schüler: Juristischer Wissenschaftstransfer in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Vortrag auf dem Universitätstag Köln. [Russische Fassung (2005a) in *Ius Antiquum – Drevnee Pravo*, 15].
- Avenarius, Martin (2005b). Das pandektistische Rechtsstudium in St. Petersburg in den letzten Jahrzehnten der Zarenherrschaft. In Wojciech Dajczak/Hans-Georg Knothe (Hg.), *Deutsches Sachenrecht in polnischer Gerichtspraxis*.
- Baker, John H. (1990). *An Introduction to English Legal History* (3. Aufl.).
- Basedow, Jürgen (1996). Rechtskultur – zwischen nationalem Mythos und europäischem Ideal. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 4.
- Bauer, Martin (1998). *Periculum Emptoris: Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*.
- Beck, Alexander (1960). Römisches Recht in unserer Rechtsordnung. In Georg Luck (Hg.), *Horizonte der Humanitas: Freundesgabe Walter Wili*.
- Beck, Ulrich/Grande, Edgar (2004). *Das kosmopolitische Europa*.
- Becker, Hans-Jürgen (1978). Kommentier- und Auslegungsverbot. In Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann (Hg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (Band II).
- Becker, Hans-Jürgen (2000). Spuren des kanonischen Rechts im Bürgerlichen Gesetzbuch. In Reinhard Zimmermann/Rolf Knütel/Jens Peter Meincke (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*.

- Benöhr, Hans-Peter (1978). Die Entscheidung des BGB für das Verschuldensprinzip. *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 46.
- Berman, Harold J. (2006). Comparative Law and Religion. In Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*.
- Berman, Harold J. (1983). *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*.
- Berman, Harold J. (2003). *Law and Revolution II*.
- Betz, Hans Dieter (1998). Antiquity and Christianity. *Journal of Biblical Literature*, 117.
- Blaho, Peter (2005). Europa und das römische Recht nebst dessen Reflexion in der Literatur, Kunst und Wissenschaft. In Wolfgang Ernst/Eva Jakob (Hg.), *Usus Antiquus Juris Romani*.
- Borgolte, Michael (2002). *Europa entdeckt seine Vielfalt 1050–1250*.
- Borgolte, Michael (2005). Wie Europa seine Vielfalt fand. In Hans Joas/Klaus Wiegandt (Hg.), *Die kulturellen Werte Europas*.
- Bucher, Eugen (2004). Zu Europa gehört auch Lateinamerika! *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 12.
- Bucher, Eugen (2000). Rechtsüberlieferung und heutiges Recht. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 8.
- Bürge, Alfons (2004). Der Arrêt Boudier von 1892 vor dem Hintergrund der Entwicklung des französischen Bereicherungsrechts im 19. Jahrhundert. In Michael Coester (Hg.), *Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger*.
- Bürge, Alfons (1990). *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert: Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*.
- Bürge, Alfons (1997). Ausstrahlungen der historischen Rechtsschule in Frankreich. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 5.
- Bürge, Alfons (2002). Das römische Recht als Grundlage für das Zivilrecht im künftigen Europa. In Filippo Ranieri (Hg.), *Die Europäisierung der Rechtswissenschaft*.
- Bürge, Alfons (1999). *Römisches Privatrecht*.

- Cairns, John (1994). The Influence of the German Historical School in Early Nineteenth Century Edinburgh. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 20.
- Cardini, Franco (2000). *Europa und der Islam: Geschichte eines Mißverständnisses*.
- Caroni, Pio (1994). Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 16.
- Coing, Helmut (1982). Zur Geschichte des Begriffs «subjektives Recht». In Helmut Coing (Hg.), *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht* (Band I).
- Coing, Helmut (1985). *Europäisches Privatrecht* (Band I).
- Coing, Helmut (1984). Das Recht als Element der europäischen Kultur. *Historische Zeitschrift*.
- Coing, Helmut (Hg.), (1990). *Die Japanisierung des westlichen Rechts*.
- Cordes, Albrecht (2001). Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit der Lex mercatoria. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 118.
- Cotterrell, Roger (2006). Comparative Law and Legal Culture. In Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*.
- Davies, Norman (1996). *Europe: A History*.
- Di Fabio, Udo (2005). *Die Kultur der Freiheit*.
- Dilcher, Hermann (1960). *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*.
- Dorn, Franz (1996). Accursius. In Gerd Kleinheyer/Jan Schröder (Hg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten* (4. Aufl.).
- Ernst, Wolfgang (2003). Werner Flumes Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung. In Werner Flume (Hg.), *Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*.
- Ernst, Wolfgang (2005). Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskaufs. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*.
- Evans-Jones, Robin (Hg.) (1995). *The Civil Law Tradition in Scotland*.

- Feenstra, Robert (1999). Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: Its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law. In Eltjo J. H. Schrage (Hg.), *Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution* (2. Aufl.).
- Flasch, Kurt (2005). Wert der Innerlichkeit. In Hans Joas/Klaus Wiegandt (Hg.), *Die kulturellen Werte Europas*.
- Friedberg, Emil (1896). *Die künftige Gestaltung des deutschen Rechtsstudiums nach den Beschlüssen der Eisenacher Konferenz*.
- Gangnér, Sten (1960). *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*.
- Glenn, H. Patrick (2004a). Legal Cultures and Legal Traditions. In Mark van Hoeke (Hg.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*.
- Glenn, H. Patrick (2004b). *Legal Traditions of the World* (2. Aufl.).
- Glenn, H. Patrick (2006). Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions. In Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*.
- Goff, Robert (1999). The Search for Principle. Nachgedruckt in William Swadling/Gareth Jones (Hg.), *The Search for Principle: Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley*.
- Gordley, James (1991). *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*.
- Gordley, James (1992). Myths of the French Civil Code. *American Journal of Comparative Law*, 42.
- Gordley, James (2000). Good faith in contract law in the medieval ius commune. In Reinhard Zimmermann/Simon Whittaker (Hg.), *Good Faith in European Contract Law*.
- Gordley, James (2006a). Comparative Law and Legal History. In Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*.
- Gordley, James (2006b). *Foundations of Private Law*.
- Graziadei, Michele (2006). Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*.

- Grobecker, Wolfgang (1999). *Implied Terms und Treu und Glauben: Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive*.
- Grossfeld, Bernhard (1984). *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*.
- Häberle, Peter (1997). Europäische Rechtskultur. In Peter Häberle (Hg.), *Europäische Rechtskultur*.
- Hall, Marcia (Hg.) (1997). *Raphael's School of Athens*.
- Heitsch, Ernst (2000). Beweishäufung in Platons Phaidon. *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-historische Klasse*, 9.
- Helmholz, Richard H. (1987). *Canon Law and the Law of England*.
- Helmholz, Richard H. (1990). *Roman Canon Law in Reformation England*.
- Helmholz, Richard H. (1999). Magna Charta and the Ius commune. *University of Chicago Law Review*, 66.
- Helmholz, Richard H. (2001). *The ius commune in England: Four Studies*.
- Hirsch, Ernst E. (1954). Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei. *Schweizerische Juristenzeitung*, 95.
- Hirsch, Ernst E. (1976). Vom schweizerischen Gesetz zum türkischen Recht. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 95.
- Hoetink, Hendrik R. (1982a). Over het verstaan van vreemd recht. In Hendrik R. Hoetink (Hg.), *Rechtsgeleerde opstellen*.
- Hoetink, Hendrik R. (1982b). Historische rechtsbeschouwing. In Hendrik Richard Hoetink (Hg.), *Rechtsgeleerde opstellen*.
- Hoeflich, Michael H. (1997). *Roman and Civil Law and the Development of Anglo-American Jurisprudence in the Nineteenth Century*.
- Hondrich, Otto (2006, 13. April). Kampf der Kulturen. *FAZ*.
- Ibbetson, David (1999). *A Historical Introduction to the Law of Obligations*.
- Immenhauser, Martin (2006). Zur Rezeption der deutschen Schuldrechtsreform in der Schweiz. *recht*, 24.
- Jansen, Nils (2003a). Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution? Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Savigny. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 120.

- Jansen, Nils (2003b). *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*.
- Jansen, Nils (2007). In Reinhard Zimmermann/Joachim Rückert/Mathias Schmoeckel (Hg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (Band II).
- Jauernig, Othmar (Hg.) (2004). *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar* (11. Aufl.).
- Joas, Hans (2005). Die kulturellen Werte Europas: Eine Einleitung. In Hans Joas/Klaus Wiegandt (Hg.), *Die kulturellen Werte Europas*.
- Kaser, Max (1967). Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht. *Juristische Schulung*.
- Kaser, Max (1971). *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt* (2. Aufl.).
- Kaser, Max/Knütel, Rolf (2005). *Römisches Privatrecht* (18. Aufl.).
- Kaufmann, Horst (1958). *Rezeption und usus modernus der actio legis Aquiliae*.
- Kitagawa, Zentaro (1970). *Die Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan*.
- Kitagawa, Zentaro (2006). The Development of Comparative Law in East Asia. In Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*.
- Klippel, Diethelm (Hg.) (1996). *Deutsche Rechts- und Gerichtskarte: mit einem Orientierungsheft* (Nachdruck der Ausgabe von 1896, mit einer Einleitung). Goldbach.
- Knütel, Rolf (1983). Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 100.
- Knütel, Rolf (1993). Römisches Recht und deutsches Bürgerliches Recht. In Walter Ludwig (Hg.), *Die Antike in der europäischen Gegenwart*.
- Knütel, Rolf/Goetzmann, Markus (2000). Zusammengestellte Register der in den Materialien zum BGB zitierten römischen Rechtsquellen. In Reinhard Zimmermann/Rolf Knütel/Jens Peter Meincke (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*.
- Kohler, Josef (1885). *Das Recht als Kulturerscheinung: Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft*.

- Koschaker, Paul (1966). *Europa und das römische Recht* (4. Aufl.).
- Kroeber, Alfred L./Kluckhohn, Clyde (1952). *Culture: A Critical Review of Concepts and Definitions*.
- Kühn, Zdenek (2006). Comparative Law in Central and Eastern Europe. In Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*.
- Kunkel, Wolfgang (1967). *Die römischen Juristen: Herkunft und soziale Stellung* (2. Aufl.).
- Kuper, Adam (1999). *Culture: The Anthropologists' Account*.
- Kupisch, Berthold (1965). *Die Versionsklage*.
- Kupisch, Berthold (1987). *Ungerechtfertigte Bereicherung: geschichtliche Entwicklungen*.
- Landau, Peter (1991). Der Einfluss des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur. In Reiner Schulze (Hg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte: Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*.
- Landau, Peter (2003). Pacta sunt servanda: Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie. In Mario Ascheri (Hg.), *«Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert»*, *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*.
- Landfester, Manfred / Cancik, Hubert / Schneider, Helmuth (Hg.) (1999–2003). *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike* (Bände 13–15) (Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte).
- Lange, Hermann (1976). Ius Commune und Statutarrecht in Christoph Besolds Consilia Tubingensia. In Dieter Medicus (Hg.), *Festschrift für Max Kaser*.
- Le Goff, Jacques (1996). *Das alte Europa und die Welt der Moderne*.
- Legrand, Pierre (1995). Legal Traditions in Western Europe: The Limits of Commonality. In Robert Jagtenberg/Esin Örucü/Annie J. de Roo (Hg.), *Transfrontier Mobility of Law*.
- Legrand, Pierre (1996). European Legal Systems are Not Converging. *International and Comparative Law Quarterly*, 45.
- Legrand, Pierre (2005). Paradoxically, Derrida: For A Comparative Legal Studies. *Cardozo Law Review*, 27.
- Legrand, Pierre (2006). Antivonbar. *Journal of Comparative Law*, 1.

- Lehmann, Karl Kardinal (2006, 20. September). Kampf der Kulturen? FAZ.
- Levitsky, Jonathan E. (1994). The Europeanization of the British Legal Style. *American Journal of Comparative Law*, 42.
- Lokin, Jan H. A. (1994). Het NBW en de pandektistiek. In M. E. Franke et al. (Hg.), *Historisch vooruitzicht, Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht, BW-krant jaarboek*.
- Luig, Klaus (1984). Zur Vorgeschichte der verschuldensunabhängigen Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel nach § 538 BGB. In Gottfried Baumgärtel/Hans-Jürgen Becker/Ernst Klingmüller/Andreas Wacke (Hg.), *Festschrift für Heinz Hübner*.
- Luig, Klaus (1998). Usus modernus. In Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann/Dieter Werkmüller (Hg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (Band V).
- Mádl, Ferenc (2001). Geleitwort. In Jürgen Basedow/Ulrich Drobnig/Reinhard Ellger/Klaus J. Hopt/Hein Kötz/Rainer Kulms/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hg.), *Aufbruch nach Europa*.
- Mansel, Heinz-Peter (2004). In Othmar Jauernig et al. (Hg.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar* (11. Aufl.).
- Markesinis, Basil (1994). *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*.
- Martinez-Torrón, Javier (1998). *Anglo-American Law and Canon Law: Canonical Roots of the Common Law Tradition*.
- Meier, Christian (2005). Die griechisch-römische Tradition. In Hans Joas/Klaus Wiegandt (Hg.), *Die kulturellen Werte Europas*.
- Meincke, Jens P. (2006). Besprechung von Behrends, Okko (Hg.): *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung. (Band IV): Digesten 21–27. Juri-stenzeitung*, 61.
- Michaels, Ralf (2006) The Functional Method of Comparative Law. In Mathias Reimann/Zimmermann, Reinhard (Hg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*.
- Miller, David L. C./Zimmermann, Reinhard (Hg.) (1997). *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays*.

- Mitterauer, Michael (2003). *Warum Europa? Mittelalterliche Grundlagen eines Sonderwegs*.
- Mohnhaupt, Heinz (2000). Europäische Rechtsgeschichte und europäische Einigung: Historische Beobachtungen zu Einheitlichkeit und Vielfalt des Rechts und der Rechtsentwicklungen in Europa. In Heiner Lück/Berndt Schildt (Hg.), *Recht – Idee – Geschichte, Festschrift für Rolf Lieberwirth*.
- Moore, Robert I. (2000). *The First European Revolution*.
- Morin, Edgar (1991). *Europa denken*.
- Mugdan, Benno (Hg.) (1899). *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich* (Band I).
- Muschg, Adolf (2005). *Was ist europäisch? Reden für einen gastlichen Erdteil*.
- Nanz, Klaus-Peter (1983). *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*.
- Nelken, David (Hg.) (1997). *Comparing Legal Cultures*.
- Oestmann, Peter (2002). *Rechtsvielfalt vor Gericht: Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich*.
- Ogris, Werner (1968). *Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert*.
- Pichonnaz, Pascal (2001). *La compensation: Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*.
- Picker, Eduard (1985). Zum Gegenwartswert des Römischen Rechts. In Hans Bungert (Hg.), *Das antike Rom in Europa*.
- Piergiovanni, Vito (Hg.) (2005). *From lex mercatoria to commercial law*.
- Pothier, Robert Joseph (1781). *Traité des obligations*. In Robert J. Pothier (Hg.), *Traité de droit civil* (Band I).
- Pringsheim, Fritz (1935). The Inner Relationship between English and Roman Law. *Cambridge Law Journal*, 5.
- Pritsch, Erich (1957). Das Schweizerische Zivilgesetzbuch der Türkei: Seine Rezeption und die Frage seiner Bewährung. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 59.
- Rahn, Guntram (1990). *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan*.
- Ranier, Filippo (2003). *Europäisches Obligationenrecht* (2. Aufl.).

- Ratzinger, Joseph (2006). Der angezweifelte Wahrheitsanspruch – Die Krise des Christentums am Beginn des dritten Jahrtausends. In Joseph Ratzinger/Paolo Flores d'Arcais (Hg.), *Gibt es Gott?* [ursprünglich in der FAZ vom 8. Januar 2000].
- Reid, Kenneth/ Zimmermann, Reinhard (Hg.) (2000). *A History of Private Law in Scotland* (2 Bände).
- Reimann, Mathias (1993). *Historische Schule und Common Law*.
- Rheinstein, Max (1932). *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht*.
- Rodger, Alan (1994). Scottish Advocates in the Nineteenth Century: The German Connection. *Law Quarterly Review*, 110.
- Roos, Nikolas (2004). NICE Dreams and Realities of European Private Law. In Mark van Hoecke (Hg.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*.
- Rosenstock-Huessy, Eugen (1931). *Die europäischen Revolutionen*.
- Rosenstock-Huessy, Eugen (1938). *Out of Revolution: The Autobiography of Western Man*.
- Rüegg, Walter (1993). Vorwort. In Walter Rüegg (Hg.), *Geschichte der Universität in Europa* (Band I).
- Schermaier, Martin (1992). *Materia*.
- Schermaier, Martin J. (2000). Bona fides in Roman contract law. In Reinhard Zimmermann/Simon Whittaker (Hg.), *Good Faith in European Contract Law*.
- Schermaier, Martin (2007). In Reinhard Zimmermann/Joachim Rückert/Mathias Schmoeckel (Hg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (Band II).
- Scherner, Karl O. (2001). Lex mercatoria – Realität, Geschichtsbild oder Vision? *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 118.
- Scherner, Karl O. (2003). Goldschmidts Universum. In Mario Ascheri (Hg.), *«Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert»*, *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*.
- Schieffer, Rudolf (2005, 6. Dezember). Einheit in Vielfalt. *FAZ*.
- Schlosser, Hans (2005). *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte* (10. Aufl.).
- Schluchter, Wolfgang (2005). Rationalität – das Spezifikum Europas? In Hans Joas/Klaus Wiegandt (Hg.), *Die kulturellen Werte Europas*.
- Schmidt-Kessel, Martin (1997). Implied Term – auf der Suche nach dem Funktionsäquivalent. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 96.
- Schmidt-Kessel, Martin (2003). *Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht: Limits of Frustration*.
- Scholler, Winfried (Hg.) (1996). *Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien*.
- Schröder, Jan (1995). Die zivilrechtliche Haftung für schuldhafte Schadenszufügungen im deutschen usus modernus. In Letizia Vacca (Hg.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*.
- Schulz, Fritz (1934). *Prinzipien des Römischen Rechts*.
- Schulz, Fritz (1946). *History of Roman Legal Science*.
- Schulze, Reiner (Hg.) (1990). *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*.
- Schurig, Klaus (1999). Europäisches Zivilrecht: Vielfalt oder Einerlei? In Ulrich Hübner/Werner F. Ebke (Hg.), *Festschrift für Bernhard Großfeld*.
- Seiler, Hans H. (1967). Die deliktische Gehilfenhaftung in historischer Sicht. *Juristenzeitung*.
- Seiler, Hans H. (1976). Utile per inutile non vitiatur: Zur Teilunwirksamkeit von Rechtsgeschäften im römischen Recht. In Dieter Medicus (Hg.), *Festschrift für Max Kaser*.
- Simpson, Alfred W. B. (1975). Innovation in Nineteenth Century Contract Law. *Law Quarterly Review*, 91.
- Stadler, Astrid (2004). In Othmar Jauernig et al. (Hg.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar* (11. Aufl.).
- Stein, Peter G. (1988a). Equitable Principles in Roman Law. In Peter Stein (Hg.), *The Character and Influence of the Roman Civil Law: Historical Essays*.

- Stein, Peter G. (1988b). Legal Theory and the Reform of Legal Education in Mid-Nineteenth Century England. In Peter Stein (Hg.), *The Character and Influence of the Roman Civil Law*.
- Stein, Peter G. (1988c). Logic and Experience in Roman and Common Law. In Peter Stein (Hg.), *The Character and Influence of the Roman Civil Law*.
- Stein, Peter G. (1992). Roman Law, Common Law, and Civil Law. *Tulane Law Review*, 66.
- Stein, Peter G. (1996). *Römisches Recht und Europa: Die Geschichte einer Rechtskultur*.
- Sundell, Jan-Olof (1991). German Influence on Swedish Private Law Doctrine 1870–1914. *Scandinavian Studies in Law*.
- Thomasius, Christian (2000). *Larva Legis Aquiliae* (herausgegeben und übersetzt von Margaret Hewett und Reinhard Zimmermann),
- Thür, Gerhard (2003). Recht im antiken Griechenland. In Ulrich Manthe (Hg.), *Die Rechtskulturen der Antike*.
- Treitel, Guenter H. (1991). *Unmöglichkeit, «Impracticability» and «Frustration» im anglo-amerikanischen Recht*.
- Trusen, Winfried (1970). Römisches und partikuläres Recht in der Rezeptionszeit. In Kurt Kuchinke (Hg.), *Festschrift für Heinrich Lange*.
- Trusen, Winfried (1973). Die gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche. In Helmut Coing (Hg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (Band I).
- Van Caenegem, Raoul C. (1988). *The Birth of the English Common Law* (2. Aufl.).
- Van Caenegem, Raoul C. (2002). *European Law in the Past and the Future*.
- Van Caenegem, Raoul C. (2006). The Unification of European Law: a pipe-dream? *European Review*, 14.
- Vékás, Lajos (2004). Integration des östlichen Mitteleuropa im Wege rechtsvergleichender Zivilrechtserneuerung. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 12.
- Verger, Jacques (1993). Grundlagen. In Walter Rüegg (Hg.), *Geschichte der Universität in Europa* (Band I).

- Verse, Dirk A. (1999). *Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: Eine kritische Betrachtung aus historisch-vergleichender Sicht*.
- Visser, Daniel P. (1985). *Die rol van dwaling by die condictio indebiti*.
- Visser, Daniel P. (1992). Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung. In Robert Feenstra/Reinhard Zimmermann (Hg.), *Das römisch-holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*.
- Vogenauer, Stefan (2001). *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* (2 Bände).
- Vogenauer, Stefan (2006). Zur Geschichte des Präjudizienrechts in England. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 28.
- Vogenauer, Stefan (2007). In Reinhard Zimmermann/Joachim Rückert/Mathias Schmoeckel (Hg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (Band II).
- Von Jhering, Rudolf (1907). *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (Teil I; 6. Aufl.).
- Wagner, Peter (2005). Hat Europa eine kulturelle Identität? In Hans Joas/Klaus Wiegandt (Hg.), *Die kulturellen Werte Europas*.
- Waldstein, Wolfgang/Rainer, Johannes M. (2005). *Römische Rechtsgeschichte* (10. Aufl.).
- Walther, Ludwig (Hg.) (1993). *Die Antike in der europäischen Gegenwart*.
- Watson, Alan (1988). *Failures of the Legal Imagination*.
- Watson, Alan (1991). *Roman Law and Comparative Law*.
- Watson, Alan (1996). Aspects of Reception of Law. *American Journal of Comparative Law*, 44.
- Weiler, Joseph H. H. (2004). *Ein christliches Europa: Erkundungsgänge*.
- Whittaker, Simon/Zimmermann, Reinhard (2000). Good faith in European contract law: surveying the legal landscape. In Reinhard Zimmermann/Simon Whittaker (Hg.), *Good Faith in European Contract Law*.
- Wicke, Hartmut (2000). *Respondeat Superior*.
- Wieacker, Franz (1956). *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*.
- Wieacker, Franz (1967). *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl.).
- Wieacker, Franz (1988). *Römische Rechtsgeschichte* (Band I).

- Wieacker, Franz (1990). Foundations of European Legal Culture. *American Journal of Comparative Law*, 38.
- Wiegand, Wolfgang (1975). Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel «habere fundatam intentionem». In Sten Gagner/Hans Schlosser/Wolfgang Wiegand (Hg.), *Festschrift für Hermann Krause*.
- Windscheid, Bernhard/Kipp, Theodor (1906). *Lehrbuch des Pandektenrechts* (9. Aufl.).
- Wolff, Christian (1754). *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*.
- Wolter, Udo (1985). *Das Prinzip der Naturalrestitution nach § 249 BGB*.
- Zimmermann, Reinhard (1993a). Der europäische Charakter des englischen Rechts: Historische Verbindungen zwischen civil law und common law. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 4.
- Zimmermann, Reinhard (1993b). «Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter ...»: Conditio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts. *Archiv für die civilistische Praxis*, 193.
- Zimmermann, Reinhard (1996). *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*.
- Zimmermann, Reinhard (1997a). Statuta sunt stricte interpretanda, Statutes and the Common Law: A Continental Perspective. *Cambridge Law Journal*, 56.
- Zimmermann, Reinhard (1997b). The Civil Law in European Codes. In David L. Carey Miller/Reinhard Zimmermann (Hg.), *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays*.
- Zimmermann, Reinhard (2000). Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht: Die Geschichte einer Emanzipation durch «Auseinanderdenken». In Reinhard Zimmermann/Rolf Knütel/Jens P. Meincke (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*.
- Zimmermann, Reinhard (2001). *Roman Law, Contemporary Law, European Law*. Oxford.
- Zimmermann, Reinhard (2002). Europa und das römische Recht. *Archiv für die civilistische Praxis*, 202.
- Zimmermann, Reinhard (2005). *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*.
- Zimmermann, Reinhard (2007a). Die Geschichte der Gastwirthschaftung in Deutschland. In Hans-Peter Haferkamp/Tilman Reppen (Hg.), *Usus modernus: Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der frühen Neuzeit*.
- Zimmermann, Reinhard (2007b). In Reinhard Zimmermann/Joachim Rückert/Mathias Schmoeckel (Hg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (Band II).
- Zimmermann, Reinhard/Visser, Daniel (1996). *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*.
- Zweigert, Konrad/Hein, Kötz (1996). *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3. Aufl.).



## Der europäische Jurist

### Römisches Recht und drittes Millennium

*Francesco Milazzo*<sup>1</sup>

Es ist allen bekannt, dass der Mensch von Natur aus die Zustände seiner Existenz ständig zu verbessern sucht. Dies erfolgt einerseits durch das dauernde Denken, das zur wissenschaftlichen Entwicklung führt, und andererseits durch die vom technologischen Fortschritt bewirkte folgerichtige Bestimmung sowohl der materiellen als auch der geistigen Mittel (was wir kulturelle Entwicklung nennen).

Infolgedessen befindet sich die Organisation der menschlichen Gesellschaft in einem ständigen Werden: Nicht nur die Kenntnisse und die Überzeugungen ändern sich, sondern auch die Regeln des Zusammenlebens. Es existiert folglich keine Rechtsordnung, die in der Lage ist, ein für alle Mal, auf ewig, den Ansprüchen des Zusammenlebens selbst gerecht zu werden. Mit anderen Worten ist das Recht als Gesamtheit von Normen ein geschichtliches Phänomen im reinsten Sinne des Wortes.<sup>2</sup>

Die Bedeutung jedes geschichtlichen Phänomens erschöpft sich jedoch nicht im Phänomen selbst, sondern Letzteres beeinflusst gleichwohl das, was in der Zukunft geschehen wird, insofern, als diese von dem, was in der Vergangenheit stattgefunden hat, abhängt. Ich zitiere ein Wort des amerikanischen Schriftstellers Eliot (*Four Quartets*, 1943, 1.1–3):

*Time present and time past / are both perhaps present in time future, / and time future contained in time past.*

1 Der vorliegende Text entspricht der gesprochenen Vortragsversion, ergänzt nur mit den nötigsten Fussnoten und Anmerkungen. Der Verfasser dankt Prof. Dr. iur. Iole Fargnoli, Professorin für Römisches Recht an der Universität Bern und an der Università degli Studi di Milano, sowie ihrem wissenschaftlichen Assistenten, MLaw Emanuel Schädler, für die sprachliche Durchsicht des Manuskripts.

2 *Tanta* 18 (533 n. Chr.): «[...] *humani vero iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit (multas etenim formas edere natura novas deproperat)* [...]».

Die Gegenwart und die Vergangenheit «wohnen» in der Zukunft und die Zukunft «wohnt» in der Vergangenheit.

«Die Gegenwart wird für den Juristen sofort zur Vergangenheit. Die Zukunft bleibt [...] undurchdringlich. Um Fortschritte zu machen, verfügen wir nur über unsere Vergangenheit.» (Gilmore, 1988, S. 3 f.)<sup>3</sup>

Nun, vom Standpunkt des Rechts aus, «stammen» wir aus dem Römischen Recht und aus einem geschichtlichen Werdegang, den wir jetzt gemeinsam betrachten wollen.

Die Geschichte des Römischen Rechts entwickelte sich über dreizehn Jahrhunderte hinweg: von der Gründung Roms (in der Hälfte des achten Jahrhunderts v. Chr.) bis zu Kaiser Justinian (anfangs des sechsten Jahrhunderts n. Chr.: 527–565). Vom Standpunkt der Rechtsgeschichte her, stellt das Römische Recht einen bevorzugten Bereich dar, zumal es die ganze Kenntnis einer juristischen Entwicklung im Laufe von, wie gesagt, dreizehn Jahrhunderten ermöglicht, d. h. eines langen Zeitraums, der die verschiedensten Verfassungsformen sowie ein beständig wechselndes politisches, religiöses und wirtschaftliches Klima kannte.

Die juristische abendländische Kultur und besonders diejenige Kontinentaleuropas verdanken dem Römischen Recht Prinzipien<sup>4</sup> und Eigenschaften, die für die modernen Rechtssysteme dieselbe Rolle spielen wie das Blut für den menschlichen Körper:

- Die Freiheit für das Rechtssubjekt, das vollkommen fähig ist, seiner Tätigkeit im Bereich der ihm vom Rechtssystem anerkannten Autonomie nachzugehen.
- Die Sicherheit und Gewissheit der rechtlichen Normen und der juristischen Sachlagen.
- Ganz wenige autoritativ durchgesetzte Normen.
- Sehr viel Gewohnheitsrecht.
- Die schnelle Anpassungsfähigkeit der Normen an die verschiedenen und veränderlichen Bedürfnisse der Gesellschaft.

3 Siehe auch Von Savigny, 1815, S. 1 ff.

4 Siehe Schulz, 1934, *passim*; Labruna, 2000, S. 152.

- Die Abgrenzung der juristischen Tatsachen von den nichtjuristischen (insbesondere in Bezug auf den religiösen und moralischen Bereich) und die daraus folgende Unabhängigkeit der Rechtsordnung sowie die folgerichtige Bildung einer Privatrechtswissenschaft.
- Die Vorherrschaft der kasuistischen Methode.
- Der Widerwillen gegen die abstrakte Formulierung.
- Die Einfachheit im juristischen Gedankengang.
- Die Klarheit der technischen Sprache.
- Das Traditionsgefühl.
- Der Konservatismus.
- Das Staatsgefühl.
- Der Freiheitsgeist und die Beachtung der freiwillig anerkannten Staatsgewalt.
- *Humanitas* als Wert, den das Recht dem Würde- und Erhabenheitsgefühl, welche dem Menschen eigen und exklusiv sind, zuerkennen soll.
- Der gute Glaube (*fides*) als Bindung an das gegebene Wort und als Kooperationsverpflichtung.

Es ist daher, nach Jahrhunderten und Jahrhunderten, noch heute ohne Risiko möglich, jedermann dazu herauszufordern, eine bessere Formulierung der rechtlichen Gebote als diejenige der Römer zu finden. Bei Ulpian, der anfangs des 3. Jahrhunderts n. Chr. gestorben ist, lesen wir: «Ehrenhaft leben, niemanden verletzen, jedem das Seine gewähren».<sup>5</sup>

Wie man weiss, gelangte das Römische Recht hauptsächlich durch die Gesetzgebung Justinians nach Europa. Justinian war 38 Jahre lang Kaiser und starb im Jahr 565 83jährig. Insbesondere die bereits im Jahre 533 beendeten Digesten oder Pandekten Justinians haben den Schatz der römischen Rechtswissenschaft erhalten und ihn damit der abendländischen Kultur überliefert. Das war dank der zweigesichtigen Natur dieses Werkes möglich: Auf der einen Seite schauen die Digesten in die Vergangenheit zurück, auf der anderen in die Gegenwart und in die Zukunft voraus.

5 D. 1. 1. 10. 1: «*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*».

Trotz dieser Lage gerieten die Kenntnis und die Erfahrungen des römisch-justinianischen Rechts, die in der Zwischenzeit von den germanischen Gewohnheitsrechten ersetzt worden waren, gleich nach Justinian bis ungefähr im Jahre 1100 n. Chr. in Vergessenheit. Die Klöster, die in dieser langen Zeit der einzige Mittelpunkt der Kulturverbreitung – insbesondere in Bezug auf das Abschreiben der literarischen und philosophischen Werke der Antike – gewesen waren, hatten fast kein Interesse an römischrechtlichen Texten; im Gegenteil: In den Büchern des Römischen Rechts wurde die Schrift ausradiert, damit sie wiederverwendet werden konnten. Zu jener Zeit waren die Digesten in solchem Grade verschwunden, dass es unmöglich ist, irgendeine Kenntnis dieses Werkes in Italien ab dem siebten Jahrhundert bis in das Jahr 1100 nachzuweisen. Sehr wahrscheinlich gab es um 1100 in ganz Italien kein einziges Exemplar davon. Deswegen hat man vermutet, dass das Wiedererscheinen der Digesten in Bologna mit der Wanderung der byzantinischen Rechtsgelehrten nach Bologna in Verbindung stehe, welche damals mit ihren Büchern aus dem sich unter türkischem Druck befindenden Konstantinopel an die östlichen Küsten Italiens geflüchtet waren (Kelly, 1996, S. 158 f.; De Marini Avonzo, 1973, S. 133).

Am Ende des elften Jahrhunderts bewirkte die Wiederentdeckung der justinianischen Texte (zwischen 1200 und 1300 zählte man in Italien gegen 500 Handschriften der Digesten [De Marini Avonzo, 1973, S. 143]) und die Gründung der Universitäten (als erste diejenige von Bologna) das Praxis halber Wiederaufleben der Studien des Römischen Rechts mit Auswirkungen auf ganz Europa. Das Römische Recht trat in die Geschichte Europas wie ein Auferstandener, dem ein zweites Leben ausserhalb seiner ursprünglichen geschichtlichen Existenz zuteil wird (Casavola, 1994, S. 162). Die – sozusagen – Bologneser-Methode «reiste» mit den Bologna-Schülern, welche in ihre Heimat zurückkehrten und die an den verschiedensten Orten Europas entstehenden lokalen Rechtsschulen (Neapel, Padua, Orléans, Montpellier, Salamanca, Perugia, Pavia, Prag, Wien, Krakau, Heidelberg, Köln, Erfurt, Uppsala, Kopenhagen) nach der Bologneser-Methode ausrichteten.

Das römisch-kanonische Recht wurde das Recht Europas, denn es war auf beide Universalordnungen des mittelalterlichen Europa, d. h. Kaiser-

tum und Kirche, anwendbar. Darüber sprechen die Quellen manchmal von *Sancta Romana Res Publica: Sancta Romana* aufgrund der Religion; *Res Publica* aufgrund der Politik. Über diese Verbindung schrieb Maitland, ein bekannter Cambridge-Jurist des neunzehnten Jahrhunderts: «The imperial mother (d. h. Rom) and her papal daughter (d. h. das kanonische Recht) were fairly good friends» (Pollock/Maitland, 1898, S. 116). Dieses Recht wurde auch «gemeines Recht» genannt, wobei der Ausdruck in doppelter Hinsicht gerechtfertigt ist: Er stammt einerseits aus der hoheitlichen Urkunde der sogenannten «Rezeption», womit 1495 der habsburgische Kaiser des Heiligen Römischen Reichs, Maximilian, das Reichskammergericht in Frankfurt wiedereinführte und mit der Aufgabe betraute, «nach dem gemeinen kaiserlichen Recht zu urteilen», d. h. nach dem römisch-justinianischen Recht, wie es in Bologna ab dem elften Jahrhundert gelehrt und ausgelegt wurde. Andererseits ist «gemeines Recht» als Gegensatz zu den sogenannten *iura propria* (d. h. den lokalen Gewohnheiten, Stadtrechten, Seerechten, Zunftrechten) der kleinen Gemeinden zu verstehen.

Nach der römischen Herrschaft wurde Europa erneut zu einem gemeinsamen Rechtsraum, so dass es ganz normal war, dass der Franzose Hugues Doneau<sup>6</sup> (1527–1591) nicht nur in Bourges und Orléans, sondern auch in Heidelberg, Leiden und Altdorf in Bayern Professor war; dass die Italiener Andreas Alciatus (1492–1550) und Alberico Gentili (1552–1608) Professoren in Avignon, Bourges sowie Oxford waren; dass der Deutsche Samuel Pufendorf (1632–1694) in Lund (Schweden) unterrichtete; dass am Ende des siebzehnten Jahrhunderts das Werk *De iure belli ac pacis* des Holländers Hugo Grotius (1583–1645) vierzig Ausgaben in Deutschland, Holland, Italien und der Schweiz sowie zehn französische, sieben englische, sechs deutsche und eine italienische Übersetzung zählte; dass die *Elementa iuris civilis* des deutschen Juristen Johann Gottlieb Heinecke (1681–1741) in 75 Ausgaben in den Ländern Deutschland, Italien, Schweiz, Österreich, Belgien, Frankreich und Spanien erschienen und als Handbuch der Uni-

6 Zu diesem Juristen sowie den anderen im Folgenden genannten siehe für einführende Informationen Stolleis (Hg.), 2001.

versitäten von Halle, Pavia, Bologna, Krakau und Oxford galten; dass der Pandektenkommentar des Holländers Johann Voet (1647–1714) spanische, italienische, französische und deutsche Autoren bis ins vierzehnte Jahrhundert zurück erwähnte.

Diese Tatsache drängte die sogenannten nationalen Rechte an den Rand: «Das Römische Recht war gegenüber dem einheimischen Recht nach Form und Inhalt so sehr das vollkommnere, dass es nicht mehr als ein Recht, sondern als das Recht erschien.» (Windscheid, 1887, § 1, S. 2.) Das erklärt auch, weshalb die Lehrstühle für das nationale Recht relativ spät eingeführt wurden: 1620 in Uppsala, Schweden, 1679 an der Sorbonne, Frankreich, 1707 in Wittenberg, 1741 in Spanien, 1758 in Oxford, 1772 in Portugal, 1800 in Cambridge (David, 1994, S. 34 f.).

In England sah die Lage anders aus. Dort stützte sich das Recht vor dem Jahre 1000 auf urgermanische und römisch-kanonische Normen. Erstere stammten aus der dänischen Herrschaft über den östlichen Teil der Insel; Letztere dagegen waren auf die Christianisierung der Insel (644) zurückzuführen. 1066 wurde aber der Normanne Wilhelm König von England, und als solcher förderte er den einigenden Antrieb des Rechts und eine Gerichtszentralisierung, was sich 1154 unter Heinrich II. noch verstärkte. Grundlage dieses Wandels bildeten die urnormannischen Gewohnheitsnormen, die gegenüber dem gemischten, vorbestehenden römisch-germanischen Recht zum Gebilde eines «gemeinen Rechts» (*Common Law*) wuchsen.

Dennoch entstanden zwischen 1485 und 1700 – in der Zeit der Tudors und der Stuarts (beide Anhänger des Römischen Rechts) – zwischen den römischrechtlichen Gerichten und der *curia regis*, d. h. dem königlichen Rat für die Leitung der staatlichen Verwaltung und der königlichen Justiz, Konkurrenzen und sogar Kämpfe, wobei natürlich die *curia regis* überwog, jedoch weiterhin das Latein, also die Sprache des Römischen Rechts, verwendete!

Ganz anders ist der Fall Schottlands, wo das 200jährige schottisch-französische Bündnis das Römische Recht förderte (Zimmermann, 2004, S. 47 f.).

Zwischen dem siebzehnten und dem achtzehnten Jahrhundert erlitt das Römische Recht als übernationales Recht eine Krise, welche die folgenden Ursachen hatte: (1) Das Römisch-gemeine Recht ist mit den die ausschliessliche Rechtsschaffungsbefugnis in Anspruch nehmenden modernen staatlichen Strukturen nicht mehr vereinbar. (2) Die *doctores* hatten über die Quellen des Römischen Rechts grosse Mengen von Auslegungen geschichtet. Zusammen mit den mittelalterlichen Gewohnheiten und den autoritativen, von den Regierenden herkommenden Normen waren diese Auslegungen zu einer unlösbaren Verbindung verwachsen, so dass über die anwendbaren Normen Unordnung und Unsicherheit herrschte. (3) Die Durchsetzung der naturrechtsphilosophischen und rechtsrationalistischen Theorien, wonach die Grundlage des Rechts nach der Natur oder der menschlichen Vernunft zu bestimmen ist. (4) Das Streben danach, das Recht mittels weniger, einfacher, verständlicher Regeln auszudrücken, deren unmittelbare Anwendbarkeit beinahe automatisch sein sollte.

Die Antwort auf diese Ansprüche bildeten die Gesetzbücher, die den Bürgern das *ius certum* hätten beschaffen sollen. Um die Befugnis der Richter möglichst zu begrenzen und somit die Bürger vom Missbrauch der Amtsgewalt zu schützen, hätten sie (anders als Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches) jeden möglichen Fall vorsehen (und berücksichtigen) müssen.

Hierzu rufen wir uns ins Gedächtnis: das Preussische Allgemeine Landrecht von 1794 (von Friedrich dem Grossen gefördert); das napoleonische Gesetzbuch von 1804 (den *Code Civil*); das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für Österreich von 1811; das italienische bürgerliche Gesetzbuch von 1865; das BGB für das Deutsche Reich von 1896; das schweizerische Zivilgesetzbuch von 1907 (nebenbei möchte ich meine grosse Ehre ausdrücken, an der Universität von Professor Huber sprechen zu dürfen).

Das Recht findet nun seine Bestimmung in den Gesetzbüchern, und wenn Savigny 1840 sein Meisterwerk als heldenhafte Verteidigung seiner Ideen (die sich bekanntlich der Kodifikation widersetzen) «System des heutigen Römischen Rechts» betitelte, hatte schon vierzehn Jahre zuvor der stolze damalige Pariser Professor für den *Code Civil*, Jean-Joseph Bugnet

(1794–1866), behauptet: «Ich kenne kein bürgerliches Recht, ich unterrichte das napoleonische Gesetzbuch.»<sup>7</sup>

Diese Tatsache hatte schwere Folgen für das Römische Recht: Ein, wie man es ausdrücken könnte, «Emanzipationsprozess» des modernen Rechts vom Römischen Recht – «um das Römische Recht und das moderne Recht auseinanderzudenken» (Bekker, 1871, S. 2) – setzte sich in Bewegung; der «Übergang» vom Römischen Recht zur Altertumswissenschaft begann; das Römische Recht wurde heftigen Angriffen seitens der Gesetzbücherbefürworter ausgesetzt.

Franz v. Zeiller (1751–1828), der Schöpfer des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs für Österreich, schlug zusammen mit anderen prominenten Persönlichkeiten vor, das Römische Recht aufzuheben. Ernst Fuchs, Rechtsanwalt beim Oberlandesgericht Karlsruhe und Vorkämpfer der Freirechtsbewegung, schrieb in seinem Werk *«Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz»* (1908, S. 171), dass «das Römische Recht [...] und die darauf aufgebaute »juristische Astrologie« der Pandektistik [...] dorthin gesetzt würden, wohin sie gehören, nämlich soweit sie historisch seien, zur Altertumswissenschaft, im übrigen aber dorthin, wo der Pfeffer wächst».

Aber das «Band» zwischen den Gesetzbüchern blieb das Römische Recht. Der Gelehrte Pothier (1669–1772), der mit seinem Werk das napoleonische Gesetzbuch unter dem doktrinären Gesichtspunkt vorbereitete, betitelte seine Abhandlung nicht zufällig noch *Pandectae in novum ordinem digestae*, d. h. die Digesten (also das Römische Recht) in einer neuen Ordnung! Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für Österreich (um nur ein Beispiel zu nennen) – das für den familienrechtlichen und den erbrechtlichen Teil tatsächlich einige besondere unrömische Überlieferungen und einige naturrechtsphilosophische Kritiken annimmt – kennt für das Sachenrecht und das Obligationenrecht keinen anderen Anhaltspunkt als das Römische Recht (Rainer, 1998, S. 450). Das BGB wurde als eine «Paragrafenwiedergabe» des damaligen bekanntesten Handbuchs des Römischen Rechts – nämlich Windscheids Handbuch – nicht von ungefähr mitunter spöttisch

als Lehrbuch des Pandektenrechts bezeichnet, wobei Windscheid selbst Mitglied der sogenannten ersten BGB-Kommission war.

Das Römische Recht wird damals noch als unersetzbare Bindung hingestellt. So schrieb der luxemburgische Gelehrte François Laurent (1810–1887) in seinem Lehrbuch am Ende des 19. Jahrhunderts: «Den zukünftigen Juristen wird beigebracht, das Römische Recht sei das ausgezeichnetste Recht [...] Die Römischen Juristen sind unsere Lehrer: Warum sollte man sie denn nicht als unser Vorbild betrachten? Zur Bildung des juristischen Scharfsinns gibt es nichts Besseres. Unsere Wissenschaft ist rationalistisch und logisch; es erweist sich deshalb als weise, den Geist des Juristen an der Schule der Logiker schlechthin zu formen.» (1881, S. 29). Das Römische Recht wird als unverzichtbarer europäischer Wert angeführt. Als Franz v. Zeiller und andere prominente Persönlichkeiten, wie bereits erwähnt, das Erlernen des Römischen Rechts aufzugeben vorschlugen, gab der österreichische Staatsrat auf Verlangen des Kaisers folgende Antwort: «Seit Jahrhunderten ist das Römische Recht das gemeine Recht der europäischen Staaten und gleichzeitig das gemeine Band, wodurch die Staaten nicht nur für das Privatrecht über universale Ausdrücke und Begriffe verfügen konnten [...] Nur dank dem Römischen Recht erhielt die Rechtswissenschaft jenes Perfektionsniveau [...], dem das Wohlbefinden der Europäer alles schuldet.» (Rainer, 1998, S. 450).

Dennoch war die Folge der Einführung der Gesetzbücher die Schöpfung einer staatlich vereinzelter Rechtswissenschaft, so dass es heute nach anderthalb Jahrhunderten – obwohl der Paduaner Professor Baldassarre Poli (1795–1883) 1841 beschwor, nicht so viele Rechtssysteme wie die Zahl der Staaten zu schaffen (Napoli, 1966, S. 66 Fn. 100) – unmöglich ist, mit den folgenden Bemerkungen des Professors Zimmermann nicht übereinzustimmen: «Die Internationalität ist ein natürlicher Methoden- und Inhaltsbestandteil der Wissenschaften, die in einer modernen Universität betrieben werden [...] Das stimmt jedoch nicht für die Rechtswissenschaft. Seit etwa zwei Jahrhunderten haben wir in Europa mit so vielen Staatsrechtsprechungen wie Staaten zu tun. Die Grenzen der Rechtswissenschaft sind ähnlich wie diejenigen der Politik geworden [...]» (Zimmermann, 1996, S. 1).

<sup>7</sup> Zu diesem Juristen und dem ihm zugeschriebenen Ausspruch siehe Bonnecase, 1924, S. 29 ff.

Und in Anbetracht dessen, dass wir nun über die Gegenwart gesprochen haben, bleiben wir bei ihr und kommen langsam zum Schluss. Die zur Bildung eines rationalen normativen Rahmens, der eine zukünftige, willkürliche und unorganische Gesetzgebung bremst, entstandenen Kodifikationen wurden von einem abnormen und aufdringlichen Wachstum von Gesetzen und gleichgestellten Normen übermannt (Casavola, 1989, S. 115). Ein europäischer Gerichtshof entstand als Folge einer immer verwickelteren Tendenz zu einem übernationalen Recht. Eines der Ziele des Maastrichtvertrags (und unter anderem schon früher vom Europäischen Parlament den Mitgliedsstaaten 1989 empfohlen) ist die Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts. Der schon von einem Beschluss des Europäischen Parlaments formalisierte Vorschlag eines europäischen privatrechtlichen Gesetzbuches ist jedoch unter den jetzigen Umständen so umstritten, dass er nicht verwirklichtbar scheint.

Was hingegen allseits als klareres und tieferes Erfordernis wahrgenommen wird, ist das Bedürfnis nach der Überwindung unserer Mentalität, die noch Opfer des juristischen Nationalismus in der Forschung und in der Lehrmethode ist: Mit anderen Worten braucht man dringend eine breite Wiedereuropäisierung der Rechtswissenschaft. Aus dem bereits Gesagten folgt, dass diese Wiedereuropäisierung in der Zurückgewinnung des Bewusstseins einer gemeinen juristischen europäischen Kultur bestehen soll, aus einer Kultur, die, wenngleich latent, immer noch unsere modernen nationalen Rechtssysteme bildet und in ihrem harten Kern vom Römischen Recht geprägt wurde.

Es handelt sich daher nicht um eine anachronistische Wiederherstellung des Römischen Rechts als geltendes Recht: «Der geschichtliche Umfang der Rechtswissenschaft», schrieb von Savigny, «wird völlig verkannt und verfälscht, wenn er verstanden wird, als ob die aus der Vergangenheit stammende Vorstellung des Rechts wie ein die Gegenwart und die Zukunft ständig beherrschender Höhepunkt zu verehren wäre.» (Von Savigny, 1840, XIV f.). Somit handelt es sich nicht, wie gesagt, um eine unhistorische Wiederherstellung des Römischen Rechts als geltendes Recht, sondern es geht viel mehr darum, die unter der verwirrenden Verzweigung zweier

Jahrhunderte nationaler Rechtsbildung verborgenen einheitlichen systematischen, begrifflichen, dogmatischen und geistigen Grundlagen unserer Rechtsordnungen zu klären.

«Ohne die unpraktischen Grundlagen [ist] das praktische bürgerliche Recht nicht zu verstehen» (1902, S. 58), so schrieb 1902 der in Heidelberg geborene Römischrechtler Emil Seckel; und dazu betonte der Zivilrechtler und 1929 Vorsitzende der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Theodor Kipp, dass Seckel nie verkannt hat, «dass geschichtliche Forschung für den Juristen im Dienste der besseren Erkenntnis des geltenden Rechts steht.» (1924, X).

Sollte es möglich sein, die alte Idee des *ius commune* (gemeinen Rechts) wiederzuerlangen und sie der modernen Welt anzupassen (David, 1971, Kap. 5, § 8), werden die Fähigkeit, in den konkreten Rechtsfall einzudringen, die Herrschaft der Wissenschaft über die Gesetzgebung,<sup>8</sup> die Teilnahme der Juristen an der Rechtsprechung, die besondere philologische Aufmerksamkeit, d. h. alle Vorzüge der Römischen Rechtswissenschaft ein heutzutage noch nicht vorhandenes europäisches Recht begründen, das die Verwirklichung der Gerechtigkeit darstellen wird. Folglich kann eine gemeinsame Rechtskultur nichts anderes als eine Kultur des gemeinsamen Rechts sein (Labruna, 2000, S. 159).

Nun schieben wir eine Zwischenbemerkung hinsichtlich des *ius commune* (des gemeinen Rechts) und der Rechtsprechung des EU-Gerichtshofs ein, der die Brutstätte dieses gemeinen Rechts sein sollte. Die gemeinsame auf römischrechtlichen Begriffen und Fachsprache gründende Überlieferung und Bildung der europäischen Juristen erleichtert allein schon jede Debatte zwischen den europäischen Juristen und nicht zuletzt zwischen den Mitgliedern des EU-Gerichtshofs. Und sie ermöglicht das Erkennen

8 Betreffend die Beziehung zwischen der Wissenschaft und der Gesetzgebung schrieb 1869 der österreichische Rechtsprofessor und Jherings Nachfolger in Wien, Adolf Exner, in seiner Inauguralvorlesung: «Nur die Kenntnis des Römischen Rechts sondert einen echten Juristen vom engstirnigen Routinearbeiter ab, dessen Wissenschaft und Kunst in den zweitausend Paragraphen seines Gesetzbuchs eingeschlossen sind, so dass er ein ruiniertes Mensch wäre, wenn jenes Gesetzbuch nachts aufgehoben würde.» Nur die Kenntnis des Römischen Rechts hebt den Juristen über die einzelnen Gesetzbücher hinaus und befähigt ihn, «dieses oder jenes Gesetzbuch mit derselben Tüchtigkeit zu leiten» (1869, S. 19).

von allgemein geltenden Grundsätzen. Der EU-Gerichtshof will lieber eine gemeinsame europäische Rechtsprechung entwickeln als jeweils der national verwickelten Rechtsprechung zu folgen. Diese europäische Rechtsprechung entsteht allerdings nicht aus dem Nichts, sondern aus den nationalen Rechtsordnungen und Rechtsprechungen. Das bringt natürlich eine rechtsvergleichende Annäherung mit sich, die aber nicht ausreicht, um die Verschiedenheiten und Eigenheiten des nationalen Rechts völlig zu erfassen. Ausserdem ist eine solche Annäherung ungenügend, um das Gewebe zu rekonstruieren, das trotz Verschiedenheiten und Eigenheiten die Basis der Einheitlichkeit der nationalen Rechtsordnungen darstellt. Um eine solche Rekonstruktion zu erlangen, ist es nötig, aus dem nationalen positiven und oft kodifizierten Recht rückwärts zu schreiten. Entlang dieser (Rück-)Fahrt erreicht man sowieso – unabhängig davon, von welcher Rechtsordnung man ausgeht – das aus römischrechtlicher Basis und Wurzeln bestehende *ius commune*.

In diesem Zusammenhang wird das Lernen des Römischen Rechts und dessen verschlungener Entwicklung den positiven Rechtsordnungen der gemeinsamen europäischen juristischen Kultur sehr helfen. Der Hochschulunterricht der rechtshistorischen Grundlagen und der Gerechtigkeit wird nicht nur eine gemeinsame Rechtssprache, sondern auch eine Ideengemeinschaft bezüglich des Rechts sowie ein neues und moderneres *ius commune* erschaffen, in dem auch die grosse Tradition des englischen *Common Law* – in vielerlei Hinsicht Schuldnerin des Römischen Rechts – seine Rolle spielen wird. Dieses neue gemeine Recht wird daher beinahe das natürliche «Scharnier» zwischen den verschiedenen national geltenden Rechten und Rechtsprechung sowie der gemeinsamen europäischen Rechtslehre sein. Es wird eine feste und klare Grundlage schaffen, die gemeinsamer Bestand aller echten europäischen Juristen sein wird. Es wird hauptsächlich kein nationales Recht und keine nationale Rechtskultur sein, sondern einfach ein tatsächlich gemeinsames und deswegen tief europäisches Recht. Ein solches Projekt erfordert eine ungeheuere kulturelle und wissenschaftliche Leistung.

Die tatsächliche Bedrohung besteht dagegen nicht, wie man vermuten könnte, in der Verschiedenheit des englischen *Common Law* gegenüber den kontinentalen Rechten: Abgesehen davon, dass, wie gesagt, die Tradition des *Common Law* ebenfalls Schuldnerin der römischrechtlichen Tradition ist, muss man in Betracht ziehen, dass Erfahrungen wie diejenigen von Schottland, Südafrika, Québec und Louisiana eine Begegnung, wenn nicht eine Synthese des römischrechtlichen mit dem *Common-Law*-System als möglich erwiesen haben (Zimmermann, 2004, S. 16 ff. und S. 32 ff.). Nein! Die Bedrohung besteht nicht darin. Die wirkliche Bedrohung ist die unglückliche, unterschätzende, wenn nicht beschämende Haltung gegenüber all dem, was mit der Kultur des Altertums zu tun hat.

Zwölf Tage vor dem Inkrafttreten des BGB sprach Theodor Mommsen in einem an den aus Pisa stammenden Romanisten Francesco Buonamici geschriebenen Brief von der «Begräbnisfeier» des Studiums des Römischen Rechts, zumal – wie der unvergängliche Meister begründete – «das neue Gesetzbuch die Arbeit unserer Rechtsgelehrten verschluckt und die weisen Beschlüsse unseres Ministeriums den Studenten fast verboten haben, sich mit diesen alten und übermässigen Sachen zu beschäftigen.» (Mommsen zitiert nach Borsacchi, 1999, S. 15 ff.)

Das Römische Recht aber kann warten... Siebzig Jahre vor den oben erwähnten Worten Mommsens verglich Goethe das Römische Recht mit der Ente: Das Römische Recht taucht wie eine Ente in das Wasser unter; es verschwindet ab und zu, aber es geht niemals völlig verloren; und früher oder später taucht es in seiner ganzen Lebenskraft wieder auf.<sup>9</sup> Goethe, welcher der Sohn eines tüchtigen Juristen war, studierte Jura in Leipzig, als er sechzehn Jahre alt war. Mit 21 zog er nach Strassburg, wo ihm der Dokortitel verliehen wurde. Für eine kurze Zeit war er auch Rechtsanwalt in Frankfurt und Wetzlar.

<sup>9</sup> So Eckermann, 1947, S. 287 / am 6. April 1829: «Auch das Römische Recht, als ein fortlebendes, das gleich einer untertauchenden Ente sich zwar von Zeit zu Zeit verbirgt, aber nie ganz verloren geht und immer einmal wieder lebendig hervortritt [...]».

Nun: Zwischen dem Pessimismus Mommsens<sup>10</sup> angesichts des bevorstehenden Inkrafttretens des BGB und dem stets ab- und wiederauftauchenden Römischen Recht Goethes empfiehlt es sich, auf der Seite Goethes zu bleiben, da wir, trotz der traurigen Vorhersagen Mommsens, hier – an dieser wichtigen Universität – heute immer noch über das Römische Recht sprechen in der vernünftigen Überzeugung, mittels des Römischen Rechts dem Projekt der juristischen Wiedervereinigung in Europa nachzugehen und vor allem näherzukommen. Demnach, wie Jhering 1857 schrieb: «Durch das Römische Recht über das Römische Recht hinaus» (Von Jhering, 1857, S. 52; vgl. Von Jhering, 1873, S. 14)!

## Literaturverzeichnis

- Bekker, Ernst I. (1871). *Die Aktionen des römischen Privatrechts* (Bd. 1). Berlin.
- Bonnet, Julien (1924). *L'École de l'exégèse en droit civil* (2. Aufl.). Paris.
- Borsacchi, Stefano (1999). In margine ad un inedito di Th. Mommsen. In «*Societas – Ius*». *Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*. Napoli.
- Casavola, Francesco (1989). *Diritto romano tra passato e futuro*. In *Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi. Conv. della Facoltà di Giurisprudenza della II Università di Roma*. Milano.
- Casavola, Francesco (1994). *Diritto romano e diritto europeo*. *Labeo*, 40.
- David, René (1971). *The International Unification of Private Law*. In *International Encyclopedia of Comparative Law* (Bd. 2). Tübingen.
- David, René (1994). *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (10. Aufl.). Ital. Übersetzung Padova.
- De Marini Avonzo, Franca (1973). *Critica testuale e studio storico del diritto. Appunti dalle lezioni introduttive al corso di Egesi delle fonti del diritto romano* (2. Aufl.). Torino.
- Eckermann, Johann P. (1947). *Colloqui con Goethe*. Ital. Übersetzung Firenze (= [1902]. *Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens. 1823–1832*. Leipzig).
- Exner, Adolf (1869). *Die praktische Aufgabe der romanistischen Wissenschaft in Staaten mit codifiziertem Privatrecht*. Zürich.
- Fuchs, Ernst (1908). *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*. Berlin (= Sonderabdruck aus *Holdheims Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen*, 8 und 12 [1907]).
- Gilmore, Grant (1988). *La morte del contratto*. Ital. Übersetzung Milano (= [1974]. *The Death of Contract*. Columbus, Ohio).
- Kelly, John M. (1996). *Storia del pensiero giuridico occidentale*. Bologna (= [1992]. *A Short History of Western Legal Theory*. Oxford).
- Kipp, Theodor (1924). *Emil Seckel*. ZSS, 44.
- Labruna, Luigi (2000). *Ius europaeum commune. Le matrici romanistiche del diritto europeo attuale*. In *Quaestiones Iuris. Festschrift für Wolf zum 70. Geburtstag*. Berlin.
- Laurent, François (1881). *Corso elementare di diritto civile* (Bd. 1). Ital. Übersetzung Milano.
- Napoli, Maria T. (1986). *La cultura giuridica europea in Italia* (Bd. 1). Napoli.
- Pollock, Frederick/Maitland, Frederic W. (1898). *The History of English Law before the Time of Edward I* (2. Aufl.). Cambridge ([Neudruck 2008]. Clark, New Jersey).
- Rainer, Johannes M. (1998). *Il significato e le prospettive del diritto romano alla fine del XX secolo*. *Index*, 26.
- Schulz, Fritz (1934). *Prinzipien des Römischen Rechts*. München.
- Seckel, Emil (1902). *Die Neuordnung des juristischen Ausbildungsganges in Preussen*. *DJZ*, 58.
- Stolleis, Michael (Hg.) (2001). *Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert* (2. Aufl.). München.
- Von Jhering, Rudolf (1857). *Unsere Aufgabe*. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1.
- Von Jhering, Rudolf (1873). *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (Bd. 1, 3. Aufl.). Leipzig.

<sup>10</sup> Abgemildert durch den Gedanken einer allfälligen, jedoch für ihn ungewissen Wiederauferstehung des Römischen Rechts.



- Von Savigny, Friedrich C. (1815). Ueber den Zweck dieser Zeitschrift. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1.
- Von Savigny, Friedrich C. (1840). *System des heutigen Römischen Rechts* (Bd. 1). Berlin.
- Windscheid, Bernhard (1887). *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Bd. 1, 6. Aufl.). Frankfurt a. M.
- Zimmermann, Reinhard (1996). Diritto romano e unità giuridica europea. In Gigliola Villata di Renzo, Gian Paolo Massetto, Antonio Padoa-Schioppa (Hg.), *Studi di storia del diritto* (Bd. 1). Milano.
- Zimmermann, Reinhard (2004). Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi. Il diritto privato europeo e le sue basi storiche. In Francesco Milazzo (Hg.), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del convegno intern. di diritto romano (Copanello, 3–5-giugno 2000)*. Napoli.

## Römisches Recht auf hoher See

### Die Kunst des Guten und Gerechten

*Christoph Krampe*

#### I. Römisches Recht und griechisches Recht

Die Wirkungsgeschichte des antiken Römischen Rechts reicht bis in die Gegenwart. Sie betrifft zunächst die Gesetzgebung Justinians im 6. Jahrhundert, insbesondere die Digesten (Pandekten).

##### I.1 Gerechtigkeit und Recht

Wer vom Römischen Recht spricht, hat vor allem das Juristenrecht im Blick, also das durch die Digesten überlieferte, von den römischen Juristen geprägte Recht der vorangehenden Jahrhunderte, insbesondere das auf dem spätrepublikanischen Recht aufbauende klassische Recht des Prinzipats (1.–3. Jahrhundert) (Koschaker [1966]; Krampe [1999/2000]; Zimmermann [2002]). Im ersten Digestentitel *de iustitia et iure* (D.1,1) sind Grundaussagen über Recht und Gerechtigkeit wiedergegeben. Gleich zu Beginn wird in einem Auszug aus den Institutionen des Spätklassikers Ulpian (2./3. Jh.) das Recht auf die Gerechtigkeit zurückgeführt und unter Berufung auf den Hochklassiker Celsus (2. Jh.) als Kunst des Guten und Gerechten definiert:

D.1,1,1 pr. *Ulpianus libro primo institutionum*

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.

*Ulpian im ersten Buch der Institutionen*

Wer sich der Pflege des Rechts widmen will, muss zunächst wissen, woher der Begriff Recht stammt. Er ist aber von der Gerechtigkeit her geprägt worden. Denn das Recht ist, wie Celsus elegant definiert, die Kunst des Guten und Gerechten.

In der Celsinischen Definition zeigt sich der Einfluss der griechischen Rechtsphilosophie. Das *bonum et aequum* entspricht der aristotelischen Kennzeichnung des *dikaion* (Aristoteles, *Ethica Nicomachea* 1132a, 14–19). Die vielfältige *ars* steht im Gegensatz zu *natura* und meint nicht nur «Kunst», «Handwerk», «Technik», sondern auch «System», «Lehre», «Wissenschaft» (Mayer-Maly, 1958, S. 157 f.; Hausmaninger, 1976, S. 403). Als *ars boni et aequi* ist das Recht daher eine «schöpferische Lehre vom Guten und Gerechten» (Kaser, 1971, S. 194). So ist die Definition des Rechts durch Celsus gleichsam das zeitlose, in den Digesten Justinians im Ulpian-Zitat an den Anfang gestellte Leitmotiv für den Juristen. Kennzeichnend für das römische Juristenrecht ist indessen nicht so sehr die Übernahme philosophischer Grundaussagen an sich wie ihre fall- und problembezogene Konkretisierung.

## I.2 Landrecht und Seerecht

Was das *bonum et aequum* allgemein kennzeichnet, gilt für das Römische Recht auf hoher See ebenso wie für das Landrecht. Mit der Eroberung des östlichen Mittelmeers im letzten vorchristlichen Jahrhundert haben die Römer das Rhodische Seerecht übernommen. Die Insel Rhodos war lange Zeit ein mit Rom verbündeter Freistaat, ehe sie in die Provinz Asia minor eingegliedert wurde. Mit dem Rhodischen Recht haben die Römer, gleichsam als *pars pro toto*, wesentliche Einrichtungen des im östlichen Mittelmeer insgesamt maßgeblichen griechischen Seerechts übernommen.

In einem Auszug aus dem Werk *ex lege Rhodia* des Juristen Volusius Maecianus (2. Jh.) wird die griechische Bittschrift eines gewissen Eudaimon aus Nikomedia an Kaiser Antoninus Pius (138–161 n. Chr.) zitiert und dessen abschlägiger Bescheid, er sei als Kaiser zwar Herrscher über den Erdkreis, aber auf hoher See herrsche das Rhodische Seerecht, soweit es dem unsrigen nicht entgegensteht (Wieacker, 2006, S. 102 f.).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Der griechische Text ist der neuen niederländischen Ausgabe des *Corpus Iuris Civilis*, hg. von J. E. Spruit, R. Feenstra, K. E. M. Bongenaar, III, Zutphen 1996, S. 204, entnommen; zur deutschen Übersetzung vgl. *Corpus Iuris Civilis*, hg. von O. Behrends, R. Knütel, B. Kupisch, H. H. Seiler, III, Digesten 11–20, Heidelberg 1999, S. 212; die lateinischen Erläuterungen stammen von Mommsen, adh. l.: *Petitio Eudaemonis Nicomedensis ad imperatorem Antoninum. Domine imperator Antonine,*

9. VOLUSIUS MAECIANUS *ex lege Rodia*. Ἀξίως Εὐδαίμονος Νικομηδέως πρὸς Ἀντωνίνον βασιλέα· Κύριε βασιλεῦ Ἀντωνίνε, ναυφράγιον ποιήσαντες ἐν τῇ Ἰταλίᾳ<sup>1</sup> διηρπάγημεν ὑπὸ τῶν δημοσίων τῶν τὰς Κυκλάδας νήσους οἰκούντων. Ἀντωνίνος εἶπεν Εὐδαίμονι· ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης, τῷ νόμῳ τῶν Ῥοδίων κρινέσθω τῷ ναυτικῷ, ἐν οἷς μήτις τῶν ἡμετέρων αὐτῷ νόμος ἐναντιοῦται. τοῦτο δὲ αὐτὸ καὶ ὁ θεϊότατος Αὐγούστος ἔκρινεν.

D.14,2,9 Volusius Maecianus «Aus der Lex Rhodia» Bittschrift des Eudämon aus Nikomedia an den Kaiser Antoninus [Pius]. «Herr und Kaiser Antoninus! Als wir bei Ikaria Schiffbruch erlitten, wurden wir von Bewohnern der Kykladen-Inseln ausgeraubt. Antoninus Pius erklärte dem Eudämon: Ich bin zwar der Herrscher über die Ordnung der Erde, über das Meer aber herrscht das Gesetz. Daher soll er [der zuständige Statthalter] in allen Fällen nach der lex Rhodia entscheiden, in denen diesem Gesetz keine Bestimmung unseres Rechts entgegensteht». Ebenso hat auch der vergöttlichte Kaiser Augustus entschieden.

Wie Antoninus Pius hatte bereits Kaiser Augustus in einem derartigen Falle eines Seeraubs nach Schiffbruch (*naufragium*) seine Zuständigkeit verneint. Nach Römischem Recht bleibt schiffbrüchiges Gut Eigentum des Betroffenen. Doch das Fragment zeugt von einer verbreiteten, seit spätrepublikanischer Zeit bekämpften Gewohnheit von Privatpersonen und örtlichen Amtsträgern, sich gestrandetes Gut anzueignen (sog. *ius naufragii*). Einzelheiten der *quaestio naufragii* sind in kaiserlichen Konstitutionen des 3./4. Jahrhunderts geregelt (Krampe [2000b]).

## II. Das Seedarlehen

Zu den ins römische Vertragsrecht übernommenen Einrichtungen des griechischen Seerechts gehört das Seedarlehen, das *dáneion nautikón*.

*cum naufragium fecissemus in Italia (immo in Icaria), direpti sumus a publicis (immo a publicanis), qui in Cycladibus insulis habitant. Antoninus dicit Eudaemoni: Ego orbis terrarum dominus sum, lex autem maris. Lege Rhodia de re nautica res iudicetur, quatenus nulla lex ex nostris contraria est. Idem etiam divus Augustus iudicavit.*

## II.1 Die Seegefahr

Die latinisierte Bezeichnung *faenus (fenus) nauticum* entspricht dem Digestentitel *de nautico faenore* (D.22,2) und dem gleichnamigen Codextitel *de nautico fenore* (C.4,33). Sie meint hier soviel wie Darlehenskapital zu Seezinsen (*usurae maritimae*). Die klassischen Juristen umschreiben den Darlehensgegenstand als *pecunia traiectica* oder *pecunia quae trans mare vehit*. Der Kredit dient zur Finanzierung von Warenexporten und -importen über See.

Beim Seedarlehen trägt abweichend vom gewöhnlichen Darlehen nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger die Seegefahr (*periculum maris*). Verwirklicht sich das Schiffbruchs- und Schiffsuntergangsrisiko, so ist der vertragstreue Schuldner nicht zur Rückzahlung verpflichtet. Das Seedarlehen hat insoweit eine versicherungsähnliche Funktion. Dem besonderen Gläubigerrisiko entsprechen auf der anderen Seite der Höhe nach zunächst unbegrenzte Seezinsen. Justinian hat den jährlichen Zinssatz auf 12 Prozent begrenzt.

Das antike *fenus nauticum* wurde von den mittelalterlichen und neuzeitlichen Seerechten fortentwickelt. In der *Ordonnance de la Marine* Ludwigs XIV. von 1681 ist der *contrat à grosse aventure* oder *à retour de voyage* unter den *contrats maritimes* hervorgehoben. Der *contrat à la grosse* entspricht dem in deutschen, niederländischen und nordeuropäischen Seerechten bekannten Bodmereivertrag (Schuster, 2005, S. 208 ff.). Die Bezeichnung leitet sich ab von Boden, Bodem im Sinne von Schiffsboden. Die Bodmerei verweist damit auf die Pfandhaftung von Schiff und Ladung. Sie ist indessen auch mit der Übernahme der Seegefahr für die verbodmeten Gegenstände durch den Darlehensgeber verbunden. Im deutschen Handelsgesetzbuch ist die Bodmerei 1972 als besonderes Rechtsinstitut abgeschafft worden. Aber als Gegenstand eines Seeversicherungsvertrages sind Bodmereigelder im HGB weiterhin eigens hervorgehoben (§§ 779, 803 HGB). No arrival, no sale-terms stehen ebenfalls in der Tradition des *fenus nauticum* (Krampe [2000a]).

## II.2 Das Seedarlehen des Callimachus

Für die Zeit des klassischen Römischen Rechts vermittelt das Digestenfragment über das Seedarlehen des gräko-syrischen Warenhändlers und Seefahrers Callimachus eine wohl typische Vertragsgestaltung (Goldschmidt [1855]; Stella-Maranca [1901]; von Lübtow [1976]; Ankum [1996]; Krampe [1995]; Sirks, 2002, S. 142 ff.; Jakab/Manthe, 2003, S. 279 f.; Schuster, 2005, S. 175 ff.; Sigel, 2007, S. 91 f.). In dem Auszug aus den Digesten des Quintus Cervidius Scaevola ist unter Bezugnahme auf eine Stipulationsdarlehensurkunde in der Form eines Chirographum das fallbezogene Gutachten des Juristen überliefert.

*Scaevola libro vicensimo octavo digestorum* Callimachus mutuam pecuniam nauticam accepit a Sticho servo Seii in provincia Syria civitate Beryto usque Brentesium: idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos, sub pignoribus et hypothecis mercibus a Beryto comparatis et Brentesium perferendis et quas Brentesio empturus esset et per navem Beryto invecturus: convenitque inter eos, uti, cum Callimachus Brentesium pervenisset, inde intra idus Septembres, quae tunc proximae futurae essent, aliis mercibus emptis et in navem mercis ipse<sup>2</sup> in Syriam per navigium proficiscatur, aut, si intra diem supra scriptam non reparasset merces nec enavigasset de ea civitate, redderet universam continuo pecuniam quasi perfecto navigio et praestaret sumptus omnes prosequentibus eam

D.45,1,122,1 *Scaevola im 28. Buch seiner Digesten* Callimachus hat von Sticho, einem Sklaven des Seius, in der Provinz Syrien in der Stadt Beirut ein Seedarlehen bis Brindisi erhalten. Das Darlehen sollte für die gesamten zweihundert Tage der Seefahrt gewährt sein unter Verpfändung der in Beirut gekauften und nach Brindisi zu verbringenden Waren sowie der Waren, die er dafür in Brindisi einkaufen und per Schiff nach Beirut bringen sollte. Man hat untereinander vereinbart, dass Callimachus, wenn er nach Brindisi gelangt ist, von dort innerhalb der Iden des September, die dann die nächsten sein würden, nach Kauf und Verladung der anderen Waren nach Syrien absegeln sollte oder dass er, wenn er innerhalb der oben angegebenen Frist keine neuen Waren eingekauft hat und von dieser Stadt nicht abgefahren ist, sofort das gesamte Geld, wie wenn die Seefahrt beendet wäre, zurückgeben und den Begleitern des Geldes alle Aufwendungen erstatten sollte, damit sie

2 Mommsen, ad h. l., korrigiert *mercis ipse* zu *receptis*.

pecuniam, ut in urbem Romam eam deportarent: eaque sic recte dari fieri fide roganti Stichus servo Lucii Titii promisit Callimachus.

et cum ante idus supra scriptas secundum conventionem mercibus in navem impositis cum Erote conservo Stichi quasi in provinciam Syriam perventurus enavigavit: quaesitum est nave submersa, cum secundum cautionem Callimachus merces debito perferendas in nave mansisset eo tempore, quo iam pecuniam Brentesio reddere Romae perferendam deberet, an nihil prosit Erotis consensus, qui cum eo missus erat, cuique nihil amplius de pecunia supra scripta post diem conventionis permissum vel mandatum erat, quam ut eam receptam Romam perferret, et nihilo minus actione ex stipulatu Callimachus de pecunia domino Stichi teneatur. respondit secundum ea quae proponerentur teneri.

item quaero, si Callimacho post diem supra scriptam naviganti Eros supra scriptus servus consenserit, an actionem domino suo semel adquisitam adimere potuerit. respondit non potuisse, sed fore exceptioni locum, si servo arbitrium datum esset eam pecuniam quocumque tempore in quemvis locum reddi.

es in die Stadt Rom überbringen. Und dass dies auf rechte Weise gegeben werde und geschehe, hat Callimachus dem Stichus, dem Sklaven des Lucius Titius, stipulationsweise versprochen. Und nachdem er vor den oben genannten Iden vereinbarungsgemäß die Waren ins Schiff verladen hat und mit Eros, einem Mitsklaven des Stichus, abgefahren ist, um in die Provinz Syrien zu gelangen, ist nach dem Untergang des Schiffes gefragt worden: Obwohl Callimachus, um die Waren vertragsgemäß nach Beirut zu bringen, im Schiff geblieben ist – zu einer Zeit, zu der er bereits das Geld in Brindisi zurückgeben sollte, damit es nach Rom gebracht werde –, nützt dennoch das Einverständnis des Eros nichts, der mit ihm geschickt war, dem aber hinsichtlich des oben genannten Geldes nach dem Vertragstermin nichts Weitergehendes gestattet und aufgetragen war, als es in Empfang zu nehmen und nach Rom zu bringen, und haftet Callimachus dennoch wegen des Geldes dem Eigentümer des Stichus mit der Stipulationsklage? Er hat geantwortet, es werde gemäß dem, was vorgetragen werde, gehaftet.

Ebenso frage ich, ob der oben genannte Sklave Eros, wenn er dem nach oben genannten Termin absegelnden Callimachus zugestimmt hat, dem Eigentümer die einmal erworbene Klage hat wegnehmen können. Er hat geantwortet, er habe es nicht gekonnt. Es werde aber eine *exceptio* eingeräumt, wenn dem Sklaven die Ermessensentscheidung überlassen worden sei, dass dieses Geld zu einer beliebigen Zeit an einem beliebigen Ort zurückgegeben wird.

Im ersten Teil der Stelle (*Callimachus – promisit Callimachus*) ist der Seedarlehensvertrag, ein Stipulationsdarlehen, wiedergegeben. Scaevola teilt den Inhalt der Vertragsurkunde wie folgt mit: Callimachus hat von *Stichus*, einem Sklaven des *Seius*, in der Provinz Syrien in der Stadt *Berytos* (Beirut) ein Seedarlehen bis *Brentesium* (*Brundisium*, *Brindisi*) erhalten. Das Darlehen sollte für die gesamten zweihundert Tage der Seefahrt gewährt sein unter Verpfändung der in Beirut gekauften und nach Brindisi zu bringenden Waren sowie der Waren, die er dafür in Brindisi einkaufen und per Schiff nach Beirut bringen sollte. Die Parteien haben vereinbart, dass Callimachus von Brindisi nach Beschaffen und Verladen der anderen Waren innerhalb der nächsten Iden des September nach Syrien absegeln sollte oder dass er, wenn er innerhalb dieser Frist keine Waren wiederbeschafft haben und aus dieser Stadt nicht abgefahren sein sollte, sofort das gesamte Geld, wie wenn die Seefahrt beendet wäre, zurückzahlen und den Begleitern des Geldes alle Aufwendungen erstatten müsse, damit sie es nach Rom überbringen. Dem Vertragstext folgt die Stipulationsklausel: Und dass dies auf rechte Weise gegeben werde und geschehe, hat Callimachus dem *Stichus*, einem Sklaven des *Lucius Titius*, stipulationsweise versprochen.

Der Darlehensgläubiger ist mit verschiedenen Blankettnamen bezeichnet, zunächst mit *Seius*, dann im Rahmen der Stipulation mit *Lucius Titius*. Wie der Vertragsschluss durch den Sklaven *Stichus* in Beirut und die Abrede, das Geld solle gegebenenfalls von Brindisi nach Rom gebracht werden, zeigen, handelt es sich um einen römischen Bankier mit Filiale in Beirut. Das Darlehen ist primär für die Hin- und Rückfahrt geschlossen, allerdings nur nach Maßgabe der *conventio*. Hilfsweise, nämlich für den Fall, dass Callimachus nicht vereinbarungsgemäß die Rückfahrt nach Beirut antritt, gilt das Darlehen als nur für die Hinfahrt nach Brindisi vereinbart. Die Darlehenszinsen werden nicht eigens erwähnt. Wenn aber eine Laufzeit von zweihundert Tagen angegeben und unter bestimmten Voraussetzungen das gesamte Geld in *Brundisium* zurückzuzahlen ist, so dient die Angabe der Laufzeit als Berechnungsgrundlage für die auch in diesem Fall geschuldeten Zinsen.

### II.3 Das Gutachten des Quintus Cervidius Scaevola

Auf der Rückfahrt ist das Schiff untergegangen. Dies ginge bei rechtzeitiger Abfahrt zu Lasten des Gläubigers. Doch nach Scaevolae Gutachten haftet Callimachus aus dem Stipulationsversprechen mit der Stipulationsklage (*actio ex stipulatu*). Der Jurist beurteilt also die Abfahrt in Brindisi als nicht vertragsgemäß. Sie sollte innerhalb der nächsten Iden des September, also spätestens am Tag vor den Iden, stattfinden. Nach dem unstreitigen Sachverhalt (*et cum ante idus – enavigavit*) wurden die Waren zwar *ante idus* eingeladen (*et cum ante idus secundum conventionem mercibus in navem impositis ... enavigavit*). Aber ob auch die Abfahrt noch *ante idus* erfolgt ist, bleibt mit dem Prädikat *enavigavit* ungeklärt, war also unter den Parteien offenbar streitig. Mitgefahren ist Eros, ein Mitsklave des Stichus (*cum Erote, conservo Stichi ... enavigavit*). Doch ob Eros damit sein Einverständnis erteilt hat und ob er dazu vom Gläubiger ermächtigt war, war offenbar ebenfalls umstritten. Denn im weiteren Verlauf des Textes hält der Jurist gegenüber der Stipulationsklage (*actio ex stipulatu*) des Gläubigers eine Einrede (*exceptio*) des Callimachus unter der Voraussetzung für begründet, dass Eros aufgrund des ihm insoweit eingeräumten Ermessens zugestimmt hat. Der Gläubiger wird daher geltend gemacht haben, Callimachus sei *non ante idus* abgefahren, der mitfahrende Eros habe nicht zugestimmt und sei auch nicht befugt gewesen zuzustimmen. Demgegenüber wird Callimachus vorgetragen haben, er sei *noch ante idus* abgefahren. Jedenfalls habe der Sklave Eros aufgrund des ihm eingeräumten Ermessens zugestimmt.

Der Scaevolatext vermittelt einen Einblick in die praktische Gutachter-tätigkeit des Juristen. Der Streit der Parteien über die rechtzeitige Abfahrt ist gut nachvollziehbar, wenn man voraussetzt, dass sie in der Nacht vom 12. zum 13. September stattgefunden hat, nach der Behauptung des Gläubigers nach Mitternacht und damit *more Romano* bereits an den Iden, nach Callimachus aber vor Mitternacht, also noch *ante idus*. Hinsichtlich der *actio ex stipulatu* legt Scaevola entsprechend dem Vortrag des Gläubigers eine Abfahrt *non ante idus* zugrunde, für die *exceptio* das dafür relevante Vorbringen des Callimachus. Dieses Vorgehen des Gutachters entspricht

der vorprozessualen oder schon prozessualen Lage des Falles. Für die Frage nach der drohenden oder schon erhobenen Stipulationsklage kam es auf das schlüssige Vorbringen eines Sachverhalts an, der zur *actio ex stipulatu* führt, hier also darauf, dass die vom Gläubiger behauptete Abfahrt nach dem Vertragstermin (*post diem*) gegen die *conventio* verstieß. Da Scaevola dies bejaht, war dem Callimachus von Rechts wegen nur noch durch eine *exceptio* zu helfen. Letztlich hing der Prozessserfolg vom Nachweis der streitigen Behauptungen ab.

### II.4 Aequitas bei der Vertragsinterpretation

Indessen erklärt sich das Gutachten Scaevolae nicht allein gutachtentechnisch. Es handelt sich vielmehr um ein Rechtsgutachten zu einem Problem der Vertragsinterpretation. Die in Stipulationsform bekräftigte Vereinbarung lautet:

Si intra diem supra scriptam non reparasset merces nec enavigasset de ea civitate, redderet universam continuo pecuniam quasi perfecto navigio...

Ein solches Zahlungsverprechen ist nach seiner sprachlichen Struktur an zwei negative Bedingungen geknüpft: *si ... non reparasset merces nec enavigasset*. Nach dem Wortlaut der *stipulatio* sollte Callimachus zahlen, wenn er innerhalb der Vertragsfrist keine Waren wiederbeschafft hat und nicht von Brindisi abgefahren ist. Da aber feststeht, dass die Waren rechtzeitig *ante idus* auf das Schiff verladen worden sind, hätte eine vordergründige Wortlautinterpretation zur Verneinung der *actio* führen können, weil ja eine der beiden Negativbedingungen nicht erfüllt ist. Doch Scaevola erkennt in der Vertragsklausel nicht so sehr zwei negative, voneinander unabhängige Stipulationsbedingungen wie eine einheitliche positive Vertragsobliegenheit, rechtzeitig *ante idus* nicht nur das Schiff zu beladen, sondern auch die Rückfahrt anzutreten. Damit interpretiert der Jurist den Vertrag unausgesprochen nach dem Sinn und Zweck der Frist *intra idus Septembres*, das zunächst vom Seedarlehensgeber übernommene Schifffahrtsrisiko zeitlich zu begrenzen. Denn mit Fristablauf sollte der Seedarlehensvertrag als nur

für die Hinfahrt vereinbart gelten. Ein solcher auf das *periculum maris* bezogene Vertragszweck macht nur dann Sinn, wenn zur Fristwahrung *ante idus* nicht auf das Beladen des Schiffs abgestellt wird, sondern auf die Abfahrt.

Denn gerade um die Mitte des September war mit einem erhöhten Schiffsuntergangsrisiko zu rechnen. Der Militärschriftsteller Vegetius (um 400 n. Chr.), der sich indessen auf Varro und Plinius d. Ä. stützen dürfte, unterrichtet uns über die Seeschiffahrtssaison (Vegetius, *Epitoma rei militaris* 4,39). Nach dem Aufgang der Plejaden, vom 27. Mai bis zum Aufgang des im Sternbild des Bootes am Schwanz des Großen Bären sichtbaren Arkturus am 14. September, wird die Seeschiffahrt als sicher angesehen. Ab diesem Tag, *post idus Septembres*, gilt sie als unsicher. Callimachus sollte *intra idus*, spätestens also *ante idus* am 12. September von Brindisi abfahren. Feststeht jedoch nur das Einladen *ante idus*. Sollte er dann nach Mitternacht *idibus* abgefahren sein, ist die Gefahr des Schiffsuntergangs auf ihn übergegangen. Scaevola konnte in seinem Gutachten daher von Rechts wegen nur zum Ergebnis kommen, dass gemäß dem vom Darlehensgläubiger Vorgebrachten gehaftet werde.

Die Vertragsinterpretation entspricht dem *bonum et aequum* der Celsinischen Definition des Rechts. Celsus selbst hat schon als junger Mann (*adolescens*) die *quaestio de bono et aequo* gerade auch auf die durch ihre Förmlichkeit gekennzeichnete Stipulation bezogen (in Paul.17 Plaut.D.45,1,91,3). Zwar hat derselbe Celsus die dem Gläubiger nachteilige Auslegungsregel formuliert, eine Doppeldeutigkeit gehe gegen den Versprechensempfänger (*ambiguitas contra stipulatorem est*, D.34,5,26), und eine Interpretation regelmäßig (*fere*) im Sinne des Versprechenden mit der Begründung gerechtfertigt, dem Versprechensempfänger habe es freigestanden, den Vertragstext weit zu fassen (*fere secundum promissorem interpretamur est, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere*, D.45,1,99). Aber der Kontext dieser Sätze macht deutlich, dass sie nicht als einseitige juristische Auslegungsregeln zu Lasten des Gläubigers verallgemeinert werden können. Die Celsinische *ambiguitas*-Regel dient vielmehr, unter das *bonum et aequum* gestellt, der interessengerechten Vertragsauslegung im Rahmen dessen, was vereinbart ist (*id quod actum est*) (Krampe, 1995, S. 219; 2004, S. 877 ff.;

Babusiaux, 2001, S. 91 ff.). Dem entspricht das Gutachten Scaevolae. Denn der Jurist hält seine teleologische, spezifisch seeschiffahrtsrechtliche Auslegung des bedingten Stipulationsversprechens im Lichte des Seedarlehensvertrags für geboten, obwohl sie zu Lasten des Callimachus geht.

### III. Die *lex Rhodia de iactu*

Der oben zitierte kaiserliche Bescheid<sup>3</sup> stammt aus dem Werk *ex lege Rhodia* des spätclassischen Juristen Volusius Maecianus und bezieht sich ausdrücklich auf das Rhodische Seerecht. In den Digesten ist das Fragment im Titel D.14,2 *de lege Rhodia de iactu* eingeordnet.

#### III.1 Griechisch-römisches Seewurfrecht<sup>4</sup>

Zu Beginn dieses Titels ist der den Paulus-Sentenzen entnommene Inhalt der *lex Rhodia de iactu* wiedergegeben. Die sogleich folgenden Erläuterungen stammen aus dem Paulinischen Ediktskommentar.

D.14,2,1 *Paulus libro secundo sententiarum* Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.

*Paulus im 2. Buch seiner Sentenzen* Durch die *lex Rhodia* wird ausbedungen, dass, wenn zur Entlastung des Schiffes Waren über Bord geworfen worden sind, durch Beitrag aller ersetzt wird, was für alle hingegeben worden ist.

D.14,2,2 *pr. Idem libro trigensimo quarto ad edictum* Si laborante nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestet. immo etsi non retineat merces magister, ultro ex locato

<sup>3</sup> Siehe S. 113 oben

<sup>4</sup> Heck, 1889, S. 145 ff., S. 174 ff.; Rougé, 1966, S. 404 f.; Honsell, 1993, S. 141 ff.; Purpura (2002); Chevreau (2005); Schanbacher (2006); Krampe (2010).

habiturus est actionem cum vectoribus: quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? plane commodius est, si sint, retinere eas. at si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt: aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent

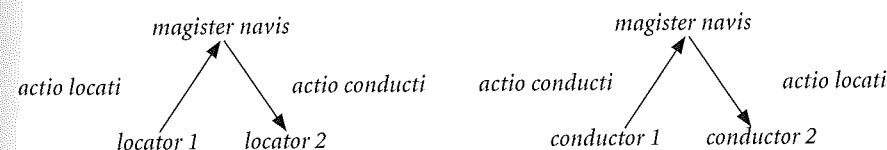
*Derselbe (Paulus) im 34. Buch zum Edikt* Wenn auf einem Schiff in Seenot Waren über Bord geworfen worden sind, müssen die Eigentümer der verlorenen Waren, wenn sie Waren zum Seetransport hingegeben haben, *ex locato* gegen den Kapitän klagen. Dieser kann daraufhin gegen die übrigen, deren Waren gerettet sind, *ex conducto* darauf klagen, dass der Schaden anteilmäßig umgelegt wird. Indessen hat Servius geantwortet, der locator müsse aus dem Frachtvertrag gegen den Kapitän darauf klagen, dass er die Waren der übrigen Reisenden zurückhält, bis sie ihren Schadensanteil leisten. Freilich auch wenn der Kapitän die Waren nicht zurückhält, wird er darüber hinaus die Klage *ex locato* gegen die Reisenden haben. Wie nämlich, wenn es Reisende gibt, die kein Gepäck haben? Es ist durchaus angemessener, sie, wenn es sie gibt, zurückzuhalten. Aber wenn jemand nicht das ganze Schiff gemietet hat, wird er *ex conducto* klagen wie die Reisenden, die Plätze auf dem Schiff gemietet haben. Es ist nämlich höchst gerecht, dass der Verlust zum gemeinsamen Schaden derer wird, die wegen der verlorenen Waren der anderen erreicht haben, dass sie ihre eigenen Waren gerettet haben.

Paulus kommentiert die *lex Rhodia de iactu* als eine Einrichtung des römischen Seerechts, auch wenn der Name die griechische Herkunft in Erinnerung hält. Da sich für die Zeit der Übernahme der *lex Rhodia* ein Gesetz im staatsrechtlichen Sinn nicht nachweisen lässt, dürfte das griechische Recht einem Seeschifffahrtsbrauch entsprechen. Danach ist der in Seenot einzelnen Ladungsbeteiligten durch Seewurf entstandene Verlust durch anteiligen Beitrag aller zu tragen. Für die römische *lex Rhodia de iactu* belegt der Auszug aus dem Ediktskommentar des Paulus eine *lex* als inhaltsgleiche Vertragsbestimmung (*lex contractus*), als – ausdrückliche oder stillschweigende – Seewurfklausel. Das Rhodische Ausgleichsprinzip wird unmittelbar auf die *aequitas* gestützt und bei Paulus sogar als höchst gerecht (*aequissimum*) beurteilt.

### III.2 Locatio conductio mit Seewurf-Klausel

Im römischen Vertragsrecht ist die *lex Rhodia de iactu* eine Seewurfbestimmung zur *locatio conductio*, ein Vertrag der «Zur-Verfügung-Stellung» (*locatio*) und «Mitführung» (*conductio*). In der modernen Schuldvertragstypologie wird die *locatio conductio* in Miete oder Pacht (*locatio conductio rei*), Dienstvertrag (*locatio conductio operarum*) und Werkvertrag (*locatio conductio operis*) zerlegt. Der Vertrag beruht auf dem Konsens der Vertragsparteien und ist nach guter Treue (*bona fides*) zu interpretieren. Als Werkvertrag ist die *locatio conductio* erfolgsbezogen. In dieser Hinsicht umfasst sie nicht nur wie etwa beim Bau-, Handwerks- oder Reparaturvertrag einen gegenständlichen Erfolg, sondern auch den nicht gegenständlichen Transporterfolg, im Seeschifffahrtsrecht also auch den Seefrachtvertrag. Die *lex Rhodia de iactu* begegnet als Seewurfklausel zur *locatio conductio* regelmäßig in dieser Variante des Seefrachtvertrags, im weiteren Verlauf des Paulus-Textes aber auch als Schiffsmiete.

Im Streitfall klagt der durch Seewurf benachteiligte Ladungsbeteiligte als Befrachter (*locator*) gegen den Schiffsherrn (*magister navis*) als Verfrachter (*conductor*) darauf, dass dieser beim begünstigten *locator* den geschuldeten Beitrag (*contributio*) einzieht. Abgerechnet wird innerhalb der Vertragsbeziehungen, also nicht unmittelbar unter den Ladungsbeteiligten, sondern indirekt über den *magister navis*. In der Sache nicht anders verhält es sich im Falle der *locatio conductio* als Schiffsmiete. Doch bei dieser Vertragsgestaltung haben die den Ladeplatz in Anspruch nehmenden Mieter die Rolle des *conductor* und der Schiffsherr die des *locator*, der den Platz zur Verfügung stellt.



Die also indirekt über den *magister navis* zu leistende Geldsumme besteht in einem proportionalen Beitrag, der das Verhältnis der insgesamt durch See-

wurf verlorenen Waren (*merces amissae*) zu den geretteten Waren (*merces salvae*) auch beim einzelnen Vertragsbeteiligten widerspiegelt. Paulus gibt zugleich Hinweise für die Wertberechnung von Handelswaren.

D.14,2,2,4 *Idem (Paulus) libro trigensimo quarto ad edictum* Portio autem pro aestimatione rerum quae salvae sunt et earum quae amissae sunt praestari solet, nec ad rem pertinet, si hae quae amissae sunt pluris veniri poterunt, quoniam detrimenti, non lucri fit aestimatio. Sed in his rebus, quarum nomine conferendum est, aestimatio debet non quanti emptae sint, sed quanti venire possunt.

*Derselbe (Paulus) im 34. Buch zum Edikt* Der Anteil aber pflegt nach dem Verhältnis der Schätzung der Sachen, die gerettet worden sind, und derjenigen, die verloren gegangen sind, geleistet zu werden, und es ist unbeachtlich, ob die Waren, die verloren sind, zu einem höheren Preis verkauft würden, erfolgt doch die Beitragsleistung zum Schadensausgleich und nicht zur Erstattung des entgangenen Gewinns. Aber bei den Sachen, derentwegen Beitrag zu leisten ist, soll der Schätzwert nicht den vereinbarten, sondern den künftig zu erzielenden Kaufpreis zugrunde legen.

Das folgende Zahlenbeispiel geht von einem Seewurf aus, der den Befrachter (*locator*) *Maevius* gegenüber *Titius* und *Sempronius* überproportional begünstigt. *Maevius* schuldet daher dem Verfrachter (*conductor, magister navis*) einen Ausgleichsbeitrag, der den überproportional benachteiligten Ladungsbeteiligten *Titius* und *Sempronius* zugute kommt.

	<i>Titius</i>	<i>Sempronius</i>	<i>Maevius</i>	<i>summa</i>
<i>merces</i>	200	400	600	1200
<i>amissae</i>	80	160	60	300
<i>salvae</i>	120	240	540	900
$\frac{1}{4}$ <i>amissae</i>	50	100	150	300
$\frac{3}{4}$ <i>salvae</i>	150	300	450	900
<i>contributio pro portione</i>	-30	-60	+50	0

*contributio Maevii:*

*merces Maevii amissae + contributio = merces omnium amissae*

*merces Maevii salvae - contributio = merces omnium salvae*

$$\frac{60 + x}{540 - x} = \frac{300}{900}$$

$$x = 90$$

### III.3 Die *lex Rhodia de iactu* in der Interpretation der Juristen

Mit der Übernahme *lex Rhodia de iactu* sind besondere Interpretationsfragen verbunden. Als *iactus mercium* gelten auch Schiffsschäden zur Rettung von Schiff und Ladung, wenn zu diesem Zweck etwa der Mast gekappt oder ein Teil der Takelage abgeworfen wird (Papinian. 19 resp. D.14,2,3). Auch das an Seeräuber gezahlte Lösegeld wird anerkanntermaßen wie ein Seewurf behandelt (Paul. ed. D.14,2,2,3). Auf diesen Sonderfall ist noch einzugehen.<sup>5</sup> Zunächst geht es um einen Traktat, mit dem Callistratus, ein Spätklassiker offenbar griechischer Herkunft, veranschaulicht, worauf es für eine Beitragspflicht nach der *lex Rhodia de iactu* ankommt (Krampe, 2010, S. 589 ff.).

D.14,2,4 *Callistratus libro secundo quaestionum* Navis onustae levandae causa, quia intrare flumen vel portum non potuerat cum onere, si quaedam merces in scapham traiectae sunt, ne aut extra flumen periclitetur aut in ipso ostio vel portu, eaque scapha summersa est, ratio haberi debet inter eos, qui in nave merces salvas habent, cum his qui in scapha perdidierunt, proinde tamquam si iactura facta esset: idque Sabinus

<sup>5</sup> Siehe S. 141 ff.



quoque libro secundo responsorum probat. contra si scapha cum parte mercium salva est, navis periit, ratio haberi non debet eorum, qui in nave perdiderunt, quia iactus in tributum nave salva venit. 1 Sed si navis, quae in tempestate iactu mercium unius mercatoris levata est, in alio loco summersa est et aliquorum mercatorum merces per urinatores extractae sunt data mercede, rationem haberi debere eius, cuius merces in navigatione levandae navis causa iactae sunt, ab his, qui postea sua per urinatores servaverunt, Sabinus aequè respondit. Eorum vero, qui ita servaverunt, invicem rationem haberi non debere ab eo, qui in navigatione iactum fecit, si quaedam ex his mercibus per urinatores extractae sunt: eorum enim merces non possunt videri servandae navis causa iactae esse, quae perit.

*Callistratus im 2. Buch seiner Quästionen* Wenn zur Leichterung eines beladenen Schiffes, weil es nicht in die Flussmündung oder in den Hafen mit der Ladung hatte einfahren können, einige Waren in ein Boot umgeladen worden sind, damit das Schiff nicht außerhalb des Flusses oder gerade in der Flussmündung oder im Hafen in Gefahr gerate, und wenn dieser Lichter untergegangen ist, dann muss unter denen, die auf dem Schiff ihre Waren gerettet haben, mit denen abgerechnet werden, die auf dem Lichter ihre Waren verloren haben, so als ob ein Seewurf gemacht worden wäre. Und dies billigt auch Sabinus im zweiten Buch seiner Responsen. Wenn dagegen umgekehrt der Lichter mit einem Teil der Waren gerettet, das Schiff aber untergegangen ist, dann kann nicht zugunsten derer, die auf dem Schiff Waren verloren haben, abgerechnet werden, weil der Seewurf bei Rettung des Schiffes zur Beitragspflicht führt. 1 Wenn jedoch ein Schiff, das bei einem Unwetter durch Überbordwerfen von Waren eines einzigen Kaufmanns geleichtert wurde, an einem anderen Ort untergegangen ist und die Waren einiger Kaufleute von Tauchern gegen Entgelt geborgen wurden, dann kann, wie Sabinus gleichfalls geantwortet hat, derjenige, dessen Waren unterwegs zur Leichterung des Schiffes ins Meer geworfen wurden, von denjenigen Schadensausgleich verlangen, die später ihre Waren durch Taucher gerettet haben. Dagegen können umgekehrt diejenigen, die auf diese Weise ihre Waren gerettet haben, von demjenigen, der bei der Schiffsreise den Seewurf gemacht hat, keinen Schadensausgleich verlangen, wenn ein Teil dieser Waren von Tauchern geborgen worden ist. Man kann nämlich nicht annehmen, dass deren Waren zur Rettung des Schiffes über Bord geworfen worden sind, das untergeht.

Callistratus gibt eine differenzierende Stellungnahme zur Beitragspflicht nach einem *iactus* in besonderen Schiffsuntergangsfällen. Ausgangspunkt ist der Fall des Umladens eines Teils der Schiffsladung in einen Lichter, der dann aber untergeht. Mit Sabinus und den Juristen, deren Auffassung auch

Sabinus billigt (*Sabinus quoque probat*), bewertet Callistratus den Fall als *iactus*-ähnlich und gelangt daher bei Rettung des Schiffs zur Beitragspflicht der Begünstigten gegenüber denen, die ihre umgeladenen Waren durch Untergang des Lichters verloren haben. Wenn aber der Lichter unversehrt bleibt und das Schiff untergeht, dann sind, so ergänzt Callistratus eigenständig gegenüber dem von Sabinus gebilligten Responsum, die Begünstigten nicht denen beitragspflichtig, die ihre Waren auf dem Schiff verloren haben. Denn der *iactus* gelange zur Beitragspflicht *nave salva*. Der zweite Teil beginnt erneut mit der Wiedergabe eines Sabinus-Responsum. Werden von einem in Seenot geratenen Schiff Waren eines einzigen Händlers über Bord geworfen und geht das vorläufig gerettete Schiff später an einem anderen Ort unter, werden dort aber Waren durch Taucher gegen Entgelt geborgen, dann sind die dadurch Begünstigten dem Händler beitragspflichtig, der seine Waren durch den *iactus* verloren hat. Es folgt erneut eine Fallabwandlung des Callistratus. Wenn auch dieser Händler einen Teil seiner über Bord geworfenen Waren durch Taucher hat retten können, dann ist er insoweit nicht denen beitragspflichtig, die gleichfalls einen Teil ihrer Waren durch Taucher gerettet haben. Denn es sei nicht anzunehmen, dass deren Waren zur Rettung des Schiffs über Bord geworfen worden sind, das untergeht.

Im ersten Teil bedient sich Callistratus für den Fall des Schiffsuntergangs bei Rettung des Lichters des Arguments *quia iactus in tributum nave salva venit*. Der Fall zeigt, wie die Begründung gemeint ist: Einerseits wird der *iactus* bei Untergang des Lichters mit den Worten *proinde tamquam si iactura facta esset* weit interpretiert. Andererseits sind beitragspflichtig nur die durch diesen *iactus* begünstigten Ladungsbeteiligten, die ihrerseits keinen *iactus* erlitten haben, nicht aber gerade derjenige, zu dessen Lasten der *iactus mercium* erfolgt ist, auch wenn dieser *iactus* im Ergebnis zur Rettung der aufgeopferten Waren geführt hat, das Hauptschiff aber untergeht. Im zweiten Teil der Stelle gelangt Callistratus zur Beitragspflicht nach einem *iactus* mit späterem Schiffsuntergang an anderer Stelle, wenn dort Waren durch Taucher gerettet werden. Callistratus macht also deutlich, wer beitragspflichtig ist und wer nicht: Trotz Schiffsuntergangs kann es zur Beitragspflicht derer kommen, die dem vorangegangenen *iactus* die

spätere Bergung eines Teils ihrer Waren verdanken. Ihnen kommt aber nicht umgekehrt eine Bergung von Waren zugute, die zuvor über Bord geworfen worden sind. Diese Differenzierung lässt sich am Beispiel der eigens erwähnten Taucherkosten konkretisieren. Die entgeltliche Bergung der über Bord geworfenen Waren mindert den Verlust des Händlers, zu dessen Lasten der *iactus* ging, abzüglich der Taucherkosten. Die anderen aber, die, ohne einen *iactus* erlitten zu haben, Waren durch Taucher bergen lassen, sind mit diesen Waren ohne Abzug der Taucherkosten beitragspflichtig. Für die Beitragspflicht soll es also nicht auf einen *iactus* ohne Schiffsuntergang ankommen, sondern darauf, ob Waren zur Rettung des Schiffs über Bord geworfen worden sind oder nicht. Sie soll daher auch nicht gegenüber denjenigen bestehen, die ihrerseits mit ihren geretteten Waren haften.

### III.4 Aequitas beim *iactus mercium*

Die juristische Interpretation der *lex Rhodia de iactu* führt zur Frage nach dem auslegungsbedürftigen Inhalt, wie er in den Paulussentenzen (D.14,2,1) wiedergegeben ist:

*si levandae navis gratia iactus mercium factus est,  
omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.*

Wenn zur Leichterung eines Schiffs ein Seewurf von Waren erfolgt ist,  
soll durch Beitrag aller ersetzt werden, was für alle hingegeben worden ist.

Der Schadensbeitrag aller soll also zum Ersatz des für alle Aufgeopferten führen. Dabei sind die *iactus*-Betroffenen zwar auch mit einem Eigenanteil an ihrem Verlust beteiligt. Aber aus der Paulinischen Inhaltsbestimmung *quod pro omnibus datum est* folgt, dass mit einem *iactus mercium levandae navis gratia* nicht auch die Beitragspflicht der Aufopfernden ausgelöst wird. Wenn die über Bord geworfenen Waren gerade durch den *iactus* gerettet worden sind, soll also keine Beitragspflicht gegenüber denjenigen bestehen, die durch den *iactus* begünstigt werden sollten, aber gerade deshalb einen

Verlust erlitten haben, weil das Schiff mit diesen Waren untergegangen ist. In den Quästionen des Callistratus ist dies der Sinn des Satzes *quia iactus in tributum nave salva venit*. Damit wird die Beitragspflicht nicht etwa von der Rettung des Schiffs abhängig gemacht. Vielmehr ist beitragspflichtig, wer durch das *iactus*-Opfer eines anderen seine eigenen Waren gerettet hat. Und wenn ein solcher *iactus* stattgefunden hat, können die Begünstigten, die nichts aufgeopfert haben, ihrerseits keinen Schadensbeitrag für einen andernorts erlittenen Verlust verlangen. Damit wird die *lex Rhodia de iactu* nach der für die *locatio conductio* maßgeblichen *bona fides* interpretiert. Der Jurist gibt mit der *nave-salva*-Begründung die Richtung vom Ausgleichsberechtigten zum Ausgleichspflichtigen an, wie sie im Paulinischen Ediktskommentar auch prozessual umgesetzt wird: Geklagt wird vom aufopfernden *locator* über den *magister navis* zum *iactus*-begünstigten *locator* und nicht umgekehrt, in diesem Sinne also *mercibus amissis – nave salva* und nicht umgekehrt *nave amissa – mercibus salvis*.

Die *locatio conductio* wird demnach nach dem Grundgedanken des Rhodischen Ausgleichsprinzips als einem herausragenden Grundsatz der *aequitas* interpretiert. Das für alle erbrachte Sonderopfer soll in der besonderen gemeinsamen Gefahrenlage einer Seefahrt von allen gemeinschaftlich getragen werden, nicht aber soll umgekehrt das im Ergebnis glückliche Sonderopfer zur Ausgleichspflicht gegenüber denen führen, die nichts aufgeopfert, sondern einfach schicksalhaft einen Verlust beim Seetransport erlitten haben.

Damit entspricht der Callistratus-Traktat dem in den Paulus-Sentenzen wiedergegebenen Inhalt der *lex Rhodia*. Gibt Paulus den Wortlaut wieder, dann liegt in der Abhandlung des Callistratus eine schulmäßige Veranschaulichung der Worte *quod pro omnibus datum est* anhand von Fällen. Doch der mit der *quaestio* verbundene juristische Interpretationsaufwand dient wohl auch der Lösung einer insoweit bestehenden Zweifelsfrage. Sowohl in der zweiten Lichterfallvariante – Rettung des Lichters und Schiffsuntergang – als auch im Taucher-Fall mit Schiffsuntergang *alio loco* und Bergungskosten ließe sich vom Wortlaut der *lex* her befinden, es habe ein *iactus* im Interesse aller stattgefunden, mithin seien alle wechselseitig

beitragspflichtig einschließlich des *iactus*-Betroffenen selbst. Letztere Konsequenz wird von Callistratus mit der Begründung zurückgewiesen, die Waren derer, die beim Schiffsuntergang *alio loco* einen Teil ihrer Waren durch Taucher haben bergen lassen, könnten nicht als zur Rettung des untergehenden Schiffes über Bord geworfen angesehen werden. Mangels *iactus alio loco* soll wohl nicht hervorgehoben werden, es seien *alio loco* zwar Waren über Bord geworfen worden, aber nicht zur Rettung des Schiffes, das untergeht. Gemeint ist vielmehr, dass der Verlust beim zweiten Seenotfall nicht zum anteiligen Beitrag des einzigen Händlers führt, der beim ersten Seesturm seine Waren durch *iactus* aufgeopfert, später aber einen Teil davon gerettet hat. Auch wenn ein *iactus* für alle erfolgt ist, trifft doch die Beitragspflicht nicht den dadurch allein betroffenen Händler, sondern nur die nichts aufopfernden *iactus*-Begünstigten. Indem Callistratus dies am Fall deutlich macht, demonstriert er seine kasuistische, teleologische und an der *aequitas* orientierte Auslegung der *lex Rhodia de iactu*.

#### IV. Havarie-grosse

Die *lex Rhodia de iactu* ist eine Einrichtung des antiken Seerechts, die sich – im einzelnen vermittelt und modifiziert durch das mittelalterliche und neuzeitliche Recht der Seehandel treibenden Inseln, Städte und Staaten – bis heute unter dem Namen *Havarie-grosse*, Große Haverei, *avarie commune (grosse)*, *avaría comune*, *avaría comun*, *general average* weltweit erhalten hat (Krieger, 1970, S. 81 ff.; Nehlsen-von Stryk, 1986, S. 151 ff.; Landwehr, 1985, S. 10 f.; 1997, S. 595 ff.; Bemm, 1997, S. 1 ff.; Lindemann [2004]). *Avaria* (Schaden) ist ein aus dem Arabischen ins mittelalterliche Latein eingegangener Begriff, der in Verbindung mit dem Adjektiv *gross(e)* im Seeschiffrechtsrecht, in der Schweiz und in Deutschland auch im Binnenschiffrechtsrecht, die *lex Rhodia de iactu* mit anderen Worten zum Ausdruck bringt. Nach dem Rhodischen Prinzip tragen die Beteiligten den Schaden gemeinschaftlich. Der Beitrag wird heute allerdings anders als nach römischem Vertragsrecht, in einem besonderen Verteilungsverfahren von Sachverständigen ermittelt, sog. *Dispache*.

#### IV.1 Gesetzesrecht

##### *Deutschland: Handelsgesetzbuch/ Binnenschiffahrtsgesetz*

In Deutschland ist die Große Haverei im Seerecht des Handelsgesetzbuchs (HGB 1900) und im Binnenschiffahrtsgesetz (1895, letzte Fassung 2006) geregelt. Die beitragspflichtigen Sonderfälle der *lex Rhodia de iactu* sind in § 706 Ziff.1–6 HGB übernommen, beispielsweise das Umladen in einen Lichter (Ziff. 2) und der Loskauf des von Seeräubern gekaperten Schiffes (Ziff. 5 und 6).

##### § 700 HGB

1. Alle Schäden, die dem Schiffe oder der Ladung oder beiden zum Zwecke der Errettung beider aus einer gemeinsamen Gefahr von dem Kapitän oder auf dessen Geheiß vorsätzlich zugefügt werden, sowie auch die durch solche Maßregeln ferner verursachten Schäden, ingleichen die Kosten, die zu demselben Zwecke aufgewendet werden, sind große Haverei.
2. Die große Haverei wird von Schiff, Fracht und Ladung gemeinschaftlich getragen.

##### § 703 HGB

Die Havereiverteilung tritt nur ein, wenn sowohl das Schiff als auch die Ladung, und zwar jeder dieser Gegenstände entweder ganz oder teilweise, wirklich gerettet worden ist.

§ 706 HGB Große Haverei liegt namentlich in den nachstehenden Fällen vor, vorausgesetzt, dass zugleich die Erfordernisse der §§ 700, 702 und 703 insoweit vorhanden sind, als in den folgenden Vorschriften nichts Besonderes bestimmt ist:

1. Wenn Waren, Schiffsteile oder Schiffsgerätschaften über Bord geworfen, Masten gekappt, Taue oder Segel weggeschnitten, Anker, Ankertaue oder Ankerketten geschlippt oder gekappt werden.  
Sowohl diese Schäden selbst als die durch solche Maßregeln an Schiff oder Ladung ferner verursachten Schäden gehören zur großen Haverei.

2. Wenn zur Erleichterung des Schiffes die Ladung ganz oder teilweise in Leichterfahrzeuge übergeladen wird.

Es gehört zur großen Haverei sowohl der Leichterlohn als der Schaden, der bei dem Überladen in das Leichterfahrzeug oder bei dem Rückladen in das Schiff der Ladung oder dem Schiffe zugefügt wird, sowie der Schaden, den die Ladung auf dem Leichterfahrzeug erleidet.

Muss die Erleichterung im regelmäßigen Verlaufe der Reise erfolgen, so liegt große Haverei nicht vor. ...

5. Wenn das Schiff gegen Feinde oder Seeräuber verteidigt wird.
6. Wenn im Falle der Anhaltung des Schiffes durch Feinde oder Seeräuber Schiff und Ladung losgekauft werden.

Was zum Loskaufe gegeben ist, bildet nebst den durch den Unterhalt und die Auslösung der Geiseln entstehenden Kosten die große Haverei.

#### **Binnenschiffahrtsgesetz 1895, letzte Fassung/ 2006**

##### **§ 78**

1. Große Haverei sind alle Schäden, welche einem Schiffe oder der Ladung desselben oder beiden zum Zweck der Errettung beider aus einer gemeinsamen Gefahr von dem Schiffer oder auf dessen Geheiß vorsätzlich zugefügt werden, sowie auch die durch solche Maßregeln ferner verursachten Schäden einschließlich des Verlustes der Fracht für aufgeopferte Güter, desgleichen die Kosten, welche zu dem bezeichneten Zweck von dem Schiffer oder nach seiner Anweisung von einem der Ladungsbeteiligten aufgewendet werden.
2. Die große Haverei wird von Schiff und Ladung gemeinschaftlich getragen; die Havereiverteilung tritt jedoch nur ein, wenn sowohl das Schiff als auch die Ladung, und zwar jeder dieser Gegenstände entweder ganz oder teilweise wirklich gerettet worden ist. ...

#### *Frankreich: Code de commerce/ Loi relative aux événements de mer*

Das deutsche HGB folgt dem französischen *Code de commerce* von 1807, der seinerseits in der Tradition der schon erwähnten *Ordonnance de la Marine* von 1681 steht und in napoleonischer Zeit auch in deutschen Landen Geltung hatte. Der *Code de commerce* ist indessen 1967 durch ein seeschiffahrtsrechtliches Sondergesetz modifiziert worden (Martin Ndende [2006]).

#### **Code de Commerce 1807, Art. 397–429**

##### **Art. 400** Sont avaries communes

1. Les choses données par composition et à titre de rachat du navire et des marchandises;
2. Celles qui sont jetées à la mer;...
7. Les frais du déchargement pour alléger le navire et entrer dans un havre ou dans une rivière, quand le navire est contraint de le faire par tempête ou par suite de l'ennemi.

...

**Art. 423** Si le jet ne sauve le navire, il n'y a lieu aucune contribution.

#### **Loi relative aux événements de mer 1967**

**Art. 24** Sont avaries communes les sacrifices faits et les dépenses extraordinaires exposées pour le salut commun et pressant des intérêts engagés dans une expédition maritime.

**Art. 29** Les avaries communes sont supportées par le navire, le fret et la cargaison, évalués comme il est dit ci-après.

**Art. 39** Il n'y a lieu à aucun règlement en cas de perte totale des intérêts engagés dans l'expédition.

#### *Schweiz: Seeschiffahrtsgesetz*

Das Schweizer Bundesgesetz über die Seeschiffahrt unter der Schweizerflagge von 1953 trägt in Art. 122 (Art. 122 Abs. 1: 1965/67; Abs. 2: 1992/93) mit dem Verweis auf die York-Antwerpener Regeln dem Umstand Rechnung, dass hinsichtlich der Havarie-grosse die Schiffahrtspraxis weniger durch das nationale Gesetzesrecht bestimmt ist als durch internationale Regeln. Die Binnenschiffahrt auf dem Rhein ist gemäß Art. 125 der Seeschiffahrt gleichgestellt.

##### **Art. 122**

1. Havarie-Grosse liegt vor, wenn ein ausserordentlicher Schaden dadurch entstanden ist, dass vorsätzlich und in vernünftiger Weise zur Rettung von Schiff und Ladung Opfer gebracht oder Kosten aufgewendet worden sind, um die einer gemeinsamen Seegefahr ausgesetzten Werte zu bewahren. Die Havarie-Grosse wird vom Schiff, der Fracht und den Gütern an Bord gemeinschaftlich getragen.
2. Die Bestimmungen der York-Antwerpener Regeln gelten für die Havarie-Grosse. Der Bundesrat legt fest, welche Bestimmungen und welche Fassung anwendbar sind.

##### **Art 125**

1. Die mit Binnenschiffen betriebene Schiffahrt auf dem Rhein, seinen Nebenflüssen und Seitenkanälen sowie auf andern schiffbaren Gewässern, welche die Schweiz mit dem Meer verbinden, ist der Seeschiffahrt gleichgestellt, soweit in diesem Titel Bestimmungen dieses Gesetzes als anwendbar erklärt werden.

...

## IV.2 York-Antwerp-Rules und Rheinregeln

Die *York-Antwerp-Rules* (YAR) (Bemm, 1997, S. 95 ff.; Lindemann [2004]; Herber, 1999, S. 375 ff.), auf die das Schweizer Seeschiffahrtsgesetz verweist, sind internationale Regeln über die Große Haverei (*general average*), die von Sachverständigen ausgearbeitet und üblicherweise einem Seeschiffahrtsvertrag von den Parteien als Geschäftsbedingungen beigefügt werden, sei es in der aktuellen, sei es in einer früheren Fassung. Die 1864 in York und 1877 in Antwerpen beschlossenen Regeln halten am Rhodischen Schadensausgleichsprinzip fest. Die Einzelheiten sind auf Konferenzen des *Comité International Maritime* (CMI) mehrfach modifiziert worden, in neuerer Zeit in Hamburg 1974, Paris 1990, Sydney 1994, zuletzt in Vancouver 2004. In ähnlicher Weise gibt es derartige Regeln über die Große Haverei auch in der Binnenschiffahrt, insbesondere die Regeln der Internationalen Vereinigung des Rheinschiffsregisters (IVR) Rotterdam von 1956 (modifiziert 1979, letzte Fassung 2006) (Wüst, 1988, S. 1 ff., S. 15 ff.; Scherner, 1994, S. 43 ff., S. 98).

### York-Antwerp-Rules 2004

#### Rule Paramount

In no case shall there be any allowance for sacrifice or expenditure unless reasonably made or incurred.

#### Rule A

There is a general average act when, and only when, any extraordinary sacrifice or expenditure is intentionally and reasonably made or incurred for the common safety for the purpose of preserving from peril the property involved in a common maritime adventure.

General average sacrifices and expenditures shall be borne by the different contributing interests on the basis hereinafter provided.

Der Leitregel und den Buchstabenregeln folgen nach römischen Ziffern geordnete Regeln im einzelnen, welche insbesondere die Definition der Regel A konkretisieren.

## Rheinregeln IVR 1954, 2006

### Regel I Havarie-Grosse

Havarie-Grosse liegt vor, wenn angesichts von aussergewöhnlichen Umständen vernünftigerweise Opfer gebracht und/oder Kosten aufgewendet worden sind, um Schiff und Ladung aus einer gemeinsamen Gefahr zu retten.

Auch die Rheinregeln verdrängen das Gesetzesrecht, wenn und soweit sie von den Vertragsparteien vereinbart werden. So gilt das Rhodische Prinzip auf allen Streckenabschnitten des Rheins, sei es nach Schweizer Seeschiffahrtsgesetz mit Verweis auf die *York-Antwerp-Rules*, nach dem deutschen Binnenschiffahrtsgesetz, dessen Fortgeltung in der Fassung von 1898 auf dem Rhein und dem Rheinseitenkanal Frankreich im Jahre 1924 anerkannt hat, oder nach den *averij-grosse*-Bestimmungen des niederländischen Burgerlijk Wetboek von 1992.<sup>6</sup> Vorrang haben aber bei entsprechender Vereinbarung die gemeinsamen Rheinregeln aller Anliegerstaaten. Wo allerdings im Mündungsgebiet das Binnenschiffahrtsrecht endet und das Seerecht beginnt, lässt sich nur schwer bestimmen.

## IV.3 Allgemeine Geschäftsbedingungen

Während das Gesetzesrecht von den vertragschließenden Parteien abdingbar ist, bedarf die Geltung der YAR oder der Rheinregeln außerhalb der Schweiz des Einverständnisses der vertragschließenden Parteien. Vorrangig ist in jedem Fall der von den Parteien geschlossene Vertrag. Allgemeine Geschäftsbedingungen, insbesondere Verlade- und Transportbedingungen<sup>7</sup>, Frachtbriefbedingungen (*bill of lading terms*, im Seerecht: Konnossement, in der Binnenschiffahrt: Ladeschein), Reisebedingungen<sup>8</sup> sowie

<sup>6</sup> Art. 8:610–613 B. W. (Seerecht); Art. 8:1020–1022 B. W. (Binnenschiffahrtsrecht).

<sup>7</sup> Beispiel: «Für die Havarie-grosse gelten die «Rhein-Regeln IVR» in ihrer jeweils gültigen Fassung» (Internationale Verlade- und Transportbedingungen für die Binnenschiffahrt (IVTB) des Vereins für europäische Binnenschiffahrt und Wasserstraßen, Duisburg 1999).

<sup>8</sup> Aktuelles Katalog-Beispiel von Hapag-Lloyd Kreuzfahrten 2010–2012: «Sofern Hapag-Lloyd bei Schiffsreisen die Stellung eines vertraglichen oder ausführenden Beförderers zukommt, richtet sich die Haftung von Hapag-Lloyd nach den jeweils anwendbaren besonderen internationalen Abkommen oder auf solchen beruhenden gesetzlichen Vorschriften (z. B. Handelsgesetzbuch und Binnenschiffahrtsgesetz)».

Versicherungsbedingungen verweisen nicht selten pauschal auf die genannten Regeln, enthalten aber auch Ergänzungen, Abweichungen oder ihren Ausschluss.

So heißt es zum Beispiel in den Güterversicherungsbedingungen von 2000/2004 des Deutschen Transportversicherungsverbands (DTV):

«Der Versicherer ersetzt auch den Beitrag zur großen Haverei, den der Versicherungsnehmer aufgrund einer nach Gesetz, den York-Antwerpener-Regeln, den Rhein-Regeln IVR oder anderen international anerkannten Haverei-Regeln aufgemachten Dispache zu leisten hat, soweit durch die Haverei-Maßregel ein versicherter Schaden abgewendet werden sollte».

## V. Antikes und modernes Seerecht

Lässt sich *de lege lata* festhalten, dass ein besonderer Gerechtigkeitsgrundsatz des griechischen-römischen Seerechts weltweit bis heute anerkannt geblieben ist, so führt ein solcher Befund *de lege ferenda* zur rechtspolitischen Frage nach der Zukunft der Havarie-grosse.

### V.1 Römisches Juristenrecht

Zunächst kann man am Beispiel der *lex Rhodia de iactu* das antike Römische Recht wie folgt kennzeichnen: Als Römisches Recht ist es zwar nationales Recht, das nicht wie das moderne internationale Privatrecht ausländisches Recht als solches anerkennt. Andererseits haben die Römer das als gerecht beurteilte griechische Recht in ihr eigenes Recht aufgenommen. Grundlage auch des römischen Privatrechts ist die individuelle Freiheit. Eine privatrechtliche Beschränkung beruht daher grundsätzlich auf vertraglicher Bindung innerhalb der Vertragsbeziehung. Aber im Falle *lex Rhodia de iactu* wird im Rahmen der *actio* des Verfrachters gegen den beitragspflichtigen Befrachter auch das Ausgleichsinteresse des durch Seewurf betroffenen Befrachters berücksichtigt (Reichard, 1993, S. 131 ff.). Das Seewurfrecht erschließt sich im konkreten Fall. Es ist, dem anglo-amerikanischen *case law* insoweit vergleichbar, kasuistisches Recht.

Die römischen Juristen belassen es indessen nicht bei einem beitragspflichtigen *iactus* im Wortsinne. Als *iactus*-ähnlich sind vielmehr weitere Fälle anerkannt. Die zur Abgrenzung getroffenen Unterscheidungen zwischen einem beitragspflichtigen und einem nicht beitragspflichtigen Verlust sind juristisch-rational begründet: Das in einer Gefahrengemeinschaft für alle Beteiligten Aufgeopferte führt zur Beitragspflicht, nicht aber ein Verlust, der nicht auf einer für alle getroffenen Rettungsmaßnahme beruht. Wenn nach Leichterung des Schiffs der Lichter untergeht, so sind die Eigentümer der mit dem Schiff geretteten Ladung den wie durch einen *iactus* Geschädigten beitragspflichtig, nicht aber sind umgekehrt bei Schiffsuntergang die Eigentümer der mit dem Lichter geretteten Ladung gegenüber den Eigentümern der mit dem Schiff verlorengegangenen Ladung beitragspflichtig. All dies orientiert sich an der Gerechtigkeit und Billigkeit (*aequitas*) und an der nach guter Treue (*bona fides*) zu behandelnden *locatio conductio*. Es sind wohl solche Vorzüge, denen die *lex Rhodia de iactu* ihr Überdauern als Havarie-grosse durch die Jahrhunderte bis heute verdankt.

### V.2 Der navis-salva-Grundsatz<sup>9</sup>

Allerdings ist im modernen Seerecht auch historischer Ballast mitgeschleppt worden. Dazu gehört die aus dem Argumentationszusammenhang des Callistratus-Traktats gerissene und zum Kontributionsgrundsatz verselbständigte Begründung, die Beitragspflicht setze voraus, dass durch den *iactus* das Schiff gerettet wird: *quia iactus in tributum nave salva venit*.

In Frankreich findet sich ein derartiges *navis-salva*-Prinzip in der *Ordonnance de la Marine* Ludwigs XIV. von 1681 (Art. XV)<sup>10</sup>. Von dort ist es in das Recht der *avaries grosses ou communes* des *Code de commerce* von 1807 eingegangen:

Art. 423: Si le jet ne sauve le navire, il n'y a lieu aucune contribution.

<sup>9</sup> Krampe, 2010, S. 585 ff.

<sup>10</sup> Art. XV: Si le jet ne sauve le navire, il n'y aura lieu aucune contribution et les marchandises qui pourront être sauvées du naufrage ne seront point tenues du paiement ni du dédommagement de celles qui auront été jetées ou endommagées.

Dem *Code de commerce* ist das deutsche Recht der Großen Haverei insofern gefolgt, als die Beitragspflicht von der zumindest teilweisen Rettung von Schiff und Ladung abhängig gemacht ist.

Im gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts war die Geltung eines *navis-salva*-Grundsatzes umstritten. Dennoch ist im Jahre 1897 der *navis-salva*-Paragraph 705 des ADHGB von 1861 in § 703 HGB bis heute festgeschrieben worden.<sup>11</sup> Andererseits ist eine korrigierende Interpretation anerkannt, nach der eine «wirkliche» Rettung nicht eine «endgültige» Rettung sein muss, sondern nur eine Rettung aus der Gefahr, durch welche die Havereimaßnahme veranlasst worden ist, bei einer vernünftigen Rettungsmaßnahme also im Ergebnis auch ohne Rettung (Herber, 1999, S. 378; Ullmann, 1996, S. 1067; Wünsch, 1992, S. 536 ff.).

Der *navis-salva*-Artikel des *Code de Commerce* ist 1967 durch die *Loi relative aux événements de mer* dahin gehend geändert worden, dass die Beitragspflicht nicht mehr im Falle des Schiffsuntergangs ausgeschlossen wird, sondern beim Totalverlust der beteiligten Interessen. Damit hat sich das überkommene *navis-salva*-Prinzip im französischen wie auch im deutschen Recht erledigt. Beide Länder haben sich in der Sache der Vertragspraxis der *York-Antwerp-Rules* angenähert. Eine *navis-salva*-Regel findet sich hier nicht. Die YAR stellen nicht auf die erfolgreiche Rettung des Schiffes, sondern auf den vernünftigen, wenn auch gegebenenfalls nicht erfolgreichen Rettungsaufwand ab. Schon auf der Seerechtskonferenz von 1888 in Antwerpen wurde ein Antrag, § 705 ADHGB zu übernehmen, abgelehnt.

### V.3 Sonderrecht für die Schifffahrt?

Es geht indessen nicht nur um historische Klarstellung und Korrektur im einzelnen. Vielmehr werden gegen eine Beibehaltung des Rhodischen Schadensausgleichsprinzips seit langem auch grundsätzliche Bedenken erhoben (Selmer [1958]; dazu Helm, 1960, S. 186). Die Kritik gilt vordergründig dem kostspieligen Dispatcheverfahren zur Ermittlung der Havereibeiträge.

<sup>11</sup> Siehe S. 131.

Einem gewiss kostengünstigeren solidarischen Ausgleich entspricht bereits weitgehend die Seetransportversicherungspraxis, auch wenn sie in ihren Geschäftsbedingungen ihrerseits oftmals auf die YAR verweist. Andererseits ist zu bedenken, dass es bis heute und wohl auch in naher Zukunft keine weltweite gesetzliche Pflichtversicherung gibt.

Weitere Einwände, die Havarie-grosse sei antiquiert, gegenüber den Beitragspflichtigen unfair oder gar «*an unforced communism of the sea*», sind zwar bisweilen rechtsideologisch zugespitzt,<sup>12</sup> ergänzen aber das ökonomische Argument und betreffen in der Sache das Römische Recht als ein begrenztes, systematisch unvollständiges Recht und das Rhodische Prinzip im besonderen als ein nur für das Seeschiffrechtsrecht anerkanntes Sonderrecht. Die Einbeziehung der Binnenschifffahrt in Deutschland erscheint auf den ersten Blick als sachgerechte Fortbildung, führt aber im einzelnen zur schwierigen Unterscheidung zwischen Seerecht und Binnengewässerrecht und zu kuriosen Abgrenzungen gegenüber dem allgemeinen Schadensrecht. Der Brand auf einem Rheinschiff mitten in Köln kann nach allgemeinem Zivilrecht zu beurteilen sein, aber nach besonderem Binnenschiffrechtsrecht auf dem Rhein bei Mannheim und Ludwigshafen, weil diese Städte an der Grenze zweier Bundesländer liegen. Allgemeines Schadensersatzrecht gilt auf einer Ziehfähre, galt zum Beispiel auch auf der heute als technisches Baudenkmal erhaltenen Schwebefähre Osten/Oste (1909–1974), aber Binnengewässerrecht ist anzuwenden, wenn die Fähre sich als Fährschiff selbständig bewegt (§ 131 BinSchG).

Solche Beispiele führen denn auch zum Grundproblem eines Sonderrechts auf hoher See und damit zunächst zur Frage einer Ausweitung des Rhodischen Prinzips auf ein allgemeines Notstandsrecht für vergleichbare Gefahrengemeinschaften in der Luft und an Land, etwa für eine Seilschaft im Hochgebirge. Verallgemeinernde Aufopferungsregeln kennt schon das Badische Landrecht von 1809 und das noch heute geltende österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Nachweise bei Liesecke, 1965, S. 1017 ff.

<sup>13</sup> Art. 1381a Badisches Landrecht; § 1043 ABGB; dazu Wesener, 1975, S. 31 ff.; Wünsch, 1992, S. 531 ff.; für das deutsche Recht im Falle des Notstands «gegenüber einer mitgefährdeten Sache,

**Art. 1381a BadLR** Wo in einer gemeinschaftlichen Gefahr durch Aufopferung einiger Sachen, welche in dieser Gefahr mit sich befinden, die übrigen gerettet werden, da müssen die Besitzer der geretteten Sachen den Besitzern der hingegebenen nach dem Verhältniß der Letzteren zu Ersteren einen Antheil am Werth der Geretteten ersetzen.

**§ 1043 ABGB** Hat jemand in einem Notfalle, um einen größern Schaden von sich und andern abzuwenden, sein Eigentum aufgeopfert; so müssen ihn alle, welche daraus Vorteil zogen, verhältnismäßig entschädigen. Die ausführlichere Anwendung dieser Vorschrift auf Seegefahren ist ein Gegenstand der Seegesetze.

Doch auch umgekehrt ist zu überprüfen, ob die das Rhodische Prinzip rechtfertigende Grundvorstellung einer Gefahrengemeinschaft auf einem antiken Seefrachter auch für das moderne Transportschiff aufrechterhalten werden kann. Bei einem Containerschiff berücksichtigt die Seetransportvertrags-Praxis das unterschiedliche Seewurf-Risiko bereits durch eine dementsprechend kostendifferenzierende Gestaltung des Stauplans.<sup>14</sup> War indessen nach der antiken *lex Rhodia de iactu* in erster Linie der Seewurf von Waren (*iactus mercium*) auszugleichen und wurde dann zu Gunsten des Reeders auch ein Schiffsschaden mit einbezogen, ist es heute in der Regel der Schiffsschaden, zu deren Ersatz die Ladungsbeteiligten ihren Haverei-Beitrag leisten müssen.

Ein instruktives Beispiel aus der Schweizer Transportversicherungspraxis ist im Internet wie folgt geschildert worden<sup>15</sup>:

«April 2006: Das Containerschiff «Hyundai Fortune» auf dem Weg von Fernost nach Europa steht im Indischen Ozean in Flammen. Der Kapitän des Schiffs erklärt Havarie Grosse. Tausende von Warenempfängern in Europa werden aufgefordert, Garantien für die anteilige Übernahme von Kosten zur Rettung von Schiff und Ladung abzugeben. Auch wenn die Sendungen von den Flammen verschont bleiben sollten, werden die geretteten Güter nicht vor Abgabe der Garantie ausgehändigt. Das heisst, die Waren-

insbesondere große Haverei» vgl. Konzen, 1969, S. 116 f.; zum allgemeinen schweizerischen Notstandsrecht vgl. Art. 52 Abs. 2 OR.

14 Freundlicher Hinweis von Kapitän zur See Klaus Dickehut, Buxtehude.

15 C. Labhart, Leiter Transportversicherungen Winterthur Versicherungen, in einem Kurzbeitrag «Ach du meine Güte(r)», unter Vorsorge 03\_06, S. 38 f.

empfänger erhalten ihre Sendung zwar verspätet, aber unversehrt und müssen trotzdem zusätzliche Kosten übernehmen, ... voraussichtlich zwischen 30 und 40 Prozent des Warenwerts. Diese Kosten sind von der Transportversicherung gedeckt. Verfügt ein Empfänger über keinen Versicherungsschutz, bleibt ihm nichts anderes übrig als diese zusätzlichen Kosten selbst zu tragen.»

#### V.4 Der Seeräuberfall

Die oben kurz erwähnte Piraterie<sup>16</sup> ist ein Sonderfall der antiken *lex Rhodia de iactu* und der modernen Havarie-grosse. Es geht um gerechten Schadensausgleich nach Lösegeldzahlung an Piraten (Ziegler, 1980, S. 98; Graf Vitzthum, 2003, S. 1053 f.).

D.14,2,2,3 PAULUS *libro quarto ad edictum* Si navis a piratis redempta sit, Servius Ofilius Labeo omnes conferre debere aiunt: quod vero praedones abstulerint, eum perdere cuius fuerint, nec conferendum ei, qui suas merces redemerit.

Wenn das Schiff von Seeräubern zurückgekauft worden ist, müssen, wie Servius, Ofilius und Labeo sagen, alle ihren Beitrag leisten; was aber die Räuber fortgeschafft haben, verliere derjenige, dem es gehört hat, und nicht ist demjenigen ein Anteil zu ersetzen, der seine Waren zurückgekauft hat.

Paulus beruft sich auf Servius und andere spätrepublikanische Juristen. Das Mittelmeer war von Piraten heimgesucht, bis Pompejus sie im Jahre 67 v. Chr. mit militärischen Mitteln erfolgreich bekämpft hat. Caesar war zuvor, im Jahre 76, auf der Fahrt nach Rhodos von Seeräubern gefangen genommen, hatte sich gegen ein – wie er meinte zu geringes – Lösegeld frei gekauft und dann die Piraten verfolgt und hinrichten lassen (Plutarch, Caesar, 1–2). Für die Küstenbewohner und die Handelsschiffahrt blieb die Piraterie eine «Geißel des Mittelmeers», aber auch ein gewöhnliches Risiko (vgl. Casson, 1979, S. 317 ff.; Favreau, 1978, S. 461 ff.; Böni [2008]). Seit Cicero (de off. III,29,107) steht der Pirat außerhalb der Rechtsordnung und gilt als geächteter Feind des Menschengeschlechts schlechthin (*hostis*

16 *Pirata*, griechisch: *peiratés*, *peirán* = versuchen, unternehmen, Pirat ist also jemand, der (das Meer) versucht, celui qui tente la fortune sur mer; vgl. Masson, 1987, S. 6.



*humani generis*). Dem folgt im 17. Jahrhundert Hugo Grotius<sup>17</sup> (1583–1645) und mit ihm ein neuzeitliches, bisweilen noch heute nachwirkendes Völkerrecht (Oppermann [2011]).

Das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 enthält im Abschnitt *Von Haverey und Seeschäden* II,12, detaillierte Haverei-Regeln, darunter auch das Zahlen von Lösegeld an Seeräuber (§§ 1829–1834).<sup>18</sup> Als *avaries communes* sind im französischen *Code de commerce* von 1807 ebenfalls besonders erwähnt *les choses données à titre de rachat du navire et des marchandises*. Doch in der *loi relative aux événements de mer* von 1967 fehlt eine solche Lösegeldbestimmung. In Deutschland gilt weiterhin das Havereirecht des HGB mit den Seeräuberbestimmungen in § 706 Ziffern 5 und 6.<sup>19</sup> In den *York-Antwerp-Rules*, auf die das Schweizer Seeschiffahrtsgesetz verweist, gibt es keine Sondervorschrift für Piraterie. Deshalb ist in einem Seeräuberfall bei Anwendung der YAR zu prüfen, ob die Kriterien der allgemeinen Begriffsbestimmung erfüllt sind (befürwortend Plön/Kreuziger, 1968, S. 132 ff.; Hasche [2009], mit Hinweis auf die jüngste Rechtsprechung englischer und amerikanischer Gerichte; Kathert, 2010, S. 62 ff.).

In jüngster Zeit ist die Handelsschiffahrt vor allem im Golf von Aden vor der Küste Somalias einem erhöhten Seeräuberrisiko mit immensen Lösegeldkosten ausgesetzt. Dem begegnen die Reedereien durch einen Aufschlag auf die Fracht (*Gulf of Aden surcharge, piracy risk surcharge*). Die Allgemeinen Deutschen Seeschiffversicherungsbedingungen des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft von 2009 empfiehlt seinen Mitgliedern nicht nur Musterbedingungen über die Havarie-grosse, sondern auch besondere Piraterie-Klauseln:

28.1 Erklärt der Versicherungsnehmer Havarie-grosse, umfasst die Versicherung die von dem Versicherungsnehmer zu entrichtenden Beiträge zur Havarie-grosse, die zur Havarie-grosse gehörenden Aufopferungen des versicherten Gegenstandes und Auf-

17 Grotius, *De iure belli ac pacis* III, 9,16; vgl. dazu Ziegler, 1980, S. 101 f.; Touret (1992); Kempe, 2010, S. 75 ff.

18 ALR II,12, §§ 1785–1899, §§ 1829–1834.

19 Abgedruckt S. 132.

wendungen des Versicherungsnehmers, soweit durch die Havarie-grosse-Maßnahme ein versicherter Schaden abgewendet werden sollte. ...

### 35 Krieg und Piraterie

35.1. Soweit nicht ... versichert, sind ausgeschlossen die Gefahr der Piraterie. Besteht keine Versicherung ..., kann zwischen dem Versicherer und Versicherungsnehmer vereinbart werden, dass die Gefahren der Piraterie gegen eine Mehrprämie der vereinbarten Höhe versichert sind.

Damit bleibt die Frage, ob das an Piraten gezahlte Lösegeld als große Haverei zu behandeln ist, wenn im Seefrachtvertrag nichts Besonderes vereinbart ist und das insoweit klarstellende deutsche HGB nicht zur Anwendung kommt. Sind die YAR anwendbar, so handelt es sich um die schon erwähnte Interpretationsfrage, ob die allgemeine Begriffsbestimmung der Havarie-grosse in diesem Sinne ausgelegt werden kann. In jedem Fall steht ein bis heute bewährtes Interessenausgleichsprinzip des Privatrechts auf dem Prüfstand, und zwar sowohl das bindende, aber dispositiven nationale Gesetzesrecht als auch das unverbindliche, aber als Option empfohlene Recht der internationalen Havarie-grosse-Regeln.

Der Handelsrechtshistoriker und Mitbegründer der Interessenjurisprudenz Philipp Heck (1858–1943) hat sich 1889 in seiner Berliner Habilitationsschrift über «Das Recht der Grossen Haverei» grundsätzlich für die Beibehaltung ausgesprochen und mit Blick auf das dem HGB gleichlautende Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 (ADHGB), aber auch auf andere durch Römisches Recht geprägte Rechtsordnungen wie Frankreich oder Preußen ausgeführt, der Loskauf von Seeräubern werde «in den richtigen Grenzen anerkannt» (Heck, 1889, S. 604, S. 647 ff.). Gemeint ist der Piratenfall mit seiner an der *lex Rhodia de iactu* orientierten Unterscheidung des für alle Beteiligten zur Auslösung von Schiff und Ladung gezahlten Lösegelds einerseits und des im Eigeninteresse gezahlten Betrags eines einzelnen zur Auslösung des von den Seeräubern zurückbehaltenen Gegenstands andererseits.

Letzteres ist nach dem Grundgedanken der *lex Rhodia de iactu* unmittelbar nachvollziehbar. Aber im Privatrecht versteht sich eine Gleichsetzung

von Seeraub und Seesturm, von Seewurf und Lösegeld keineswegs gleichsam von selbst. Sie beruht kaum noch auf einer extensiven Interpretation des *iactus*-Begriffs, sondern ist das Ergebnis einer schließlich einverständlichen juristischen Bewertung der Piraterie als ein dem Seesturm vergleichbares unausweichliches gemeinschaftliches Vertragsrisiko und im Zahlen des verlangten Lösegelds die ebenso allein verbleibende Rettungsmaßnahme im gemeinsamen Interesse wie im Seewurf beim Seesturm. Demgemäß zeigt sich im Seeräuberfall der römischen Juristen die dem modernen Juristen geläufige Methode der Analogie innerhalb des Seehandelsrechts. Die Piraterie auf hoher See ist strafrechtlich sanktioniert und völkerrechtlich geächtet<sup>20</sup>. Sie ist indessen auch Gegenstand historischer und wirtschaftsrechtlicher Analyse (Böni 2008; Little 2010; Les Entretiens de Royan 2011). Privatrechtlich ist sie ein gerecht zu verteilendes Vertragsrisiko.

## Literaturverzeichnis

- Ankum, Hans (1996). Observations sur le prêt maritime romain. In Witold Wołodkiewicz/ Maria Zabłocka (Hg.), *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges à la mémoire de Henryk Kupiszewski* (S. 59–68). Varsovie.
- Babusiaux, Ulrike (2006). *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*. München (Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte 95. Heft).
- Bemm, Gesa (1997). *Rechtsprobleme der großen Haverei und des Dispatchverfahrens*. Hamburg (Schriften zum Seehandelsrecht Bd. 3).
- Böni, Franz (2008). *Piraterie und Marktwirtschaft. Beitrag der Piraterie im westlichen Mittelmeer zur Schaffung einer Marktwirtschaft und Entwicklung späterer Wettbewerbsordnungen?* Konstanz (Konstanzer Universitätsreden 234).

<sup>20</sup> Für Frankreich vgl. die Rapports von Sénateur André Dulait, Sénat, Commission des Affaires Étrangères et de la Défense, Lutte contre la piraterie et exercice des pouvoirs de police de l'État en mer, N° 369, 2009–2010 und N° 151, 2010–2011, Espace Librairie du Sénat, Paris.

- Casson, Lionel (1979). *Die Seefahrer der Antike* [Übersetzung von «The Ancient Mariners», 6. Aufl., New York 1959]. München.
- Cerami, Pietro (1985). La concezione celsina del ius. *Annali Palermo*, 38, S. 5–250.
- Chevreau, Emmanuelle (2005). La lex Rhodia de iactu: un exemple de la réception d'une institution étrangère dans le droit romain. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 73, S. 67–80.
- Favreau, Marie-Luise (1978). Die italienische Levante-Piraterie und die Sicherheit der Seewege nach Syrien im 12. und 13. Jahrhundert. *Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, 65, S. 461–510.
- Gaurier, Dominique (2004). *Le Droit maritime romain*. Rennes.
- Goldschmidt, Levin (1855). *Untersuchungen zu l. 122 § 1 D. de V. O. (45,1)*. Heidelberg.
- Harke, Jan Dirk (1999). *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen*. Berlin (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen [N. F.] Bd. 33).
- Hasche, Christoph (2009). In Taylor Wessing (Hg.), *Schiffahrt-Special* (1), Piraterie, in: *Trends im Wirtschaftsrecht*, Ausgabe 10, Newsletter 3 f.
- Hausmaninger, Herbert (1976). Publius Iuventius Celsus: Persönlichkeit und juristische Argumentation. In Hildegard Temporini/Wolfgang Haase (Hg.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung* (Bd. II, 15) (S. 382–407). Berlin.
- Heck, Philipp (1889). *Das Recht der Großen Haverei*. Berlin.
- Helm, Johann Georg (1960). The Survival of General Average. A necessity or an Anachronism? *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 123, S. 186.
- Herber, Rolf (1999). *Seehandelsrecht. Systematische Darstellung*. Berlin.
- Honsell, Heinrich (1993). Ut omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est. Die Kontribution nach der Lex Rhodia de iactu. In Martin Josef Schermaier/Zoltán Végh (Hg.), *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag* (S. 141–150). Stuttgart.

- Jakab, Eva/Manthe, Ulrich (2003). Recht in der römischen Antike. In Ulrich Manthe (Hg.), *Die Rechtskulturen der Antike* (S. 239–317). München.
- Kaser, Max (1971). *Das römische Privatrecht* (Bd. I) (2. Aufl.). München.
- Kathert, Beatrice (2010). *Piraterie auf See, Risikomanagement und Versicherung*. Hamburg.
- Kempe, Michael (2010). *Fluch der Weltmeere, Piraterie, Völkerrecht und internationale Beziehungen 1500–1900*. Frankfurt/New York.
- Konzen, Horst (1969). *Aufopferung im Zivilrecht*. Berlin (Schriften zum Bürgerlichen Recht Bd. 1).
- Koschaker, Paul (1966). *Europa und das römische Recht* (4. Aufl.). Berlin.
- Krampe, Christoph (1995). Der Seedarlehensstreit des Callimachus. In Robert Feenstra (Hg.), *Collatio Iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65<sup>e</sup> anniversaire* (S. 207–222). Amsterdam.
- Krampe, Christoph (1999/2000). Europa und das römische Recht. In Jürgen Wolter/Eibe Riedel/Jochen Taupitz (Hg.), *Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht. Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz* (S. 345–365). Heidelberg (Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 24); auch in Justus Cobet/Carl Friedrich Gethmann/Dieter Lau (Hg.), *Europa und die Gegenwärtigkeit der antiken Überlieferung* (S. 383–402). Aachen (Essener Beiträge zur Kulturgeschichte Bd. 2).
- Krampe, Christoph (2000a). Fenus nauticum. In Hubert Cancik/Helmuth Schneider (Hg.), *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike* (Bd. 4) (Sp. 471–473). Stuttgart.
- Krampe, Christoph (2000b). Naufragium. In Hubert Cancik/Helmuth Schneider (Hg.), *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike* (Bd. 8) (Sp. 744). Stuttgart.
- Krampe, Christoph (2004). Die Celsinische Auslegungsregel «ambiguitas contra stipulatorem est». In Académie des privatistes européens, Pavia (Hg.), *À l'Europe du troisième millénaire. Mélanges Giuseppe Gandolfi à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie* (Bd. II) (S. 875–886). Milano.
- Krampe, Christoph (2010). Lex Rhodia de iactu: Contributio nave salva. In Holger Altmeppen/Ingo Reichard/Martin Josef Schermaier (Hg.), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag* (S. 585–599). Heidelberg.
- Krieger, Karl-Friedrich (1970). *Ursprung und Wurzeln der Rôles d'Oléron*. Köln.
- Landwehr, Götz (1985). *Die Haverei in den mittelalterlichen Seerechtsquellen*. Hamburg.
- Landwehr, Götz (1997). Prinzipien der Risikotragung beim Seefrachtvertrag. Rechtsverhältnisse bei Haverei und Schiffbruch in der Nord- und Ostseeschifffahrt vom 13.–17. Jahrhundert. In Gerhard Köbler/Hermann Nehlsen (Hg.), *Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag* (S. 594–615). München.
- Les Entretiens de Royan (2011). *La piraterie maritime*. Éd. Larcier. Bruxelles.
- Liesecke, Rudolf (1965). Opfer des Schiffes in großer Haverei. *Versicherungsrecht*, S. 1070–1019.
- Lindemann, Silke (2004). *Die Gefahrengemeinschaft bei der Seehandelsfahrt nach den mittelalterlichen Statutarrechten und ihre antike Grundlage. Zur Geschichte der grossen Haverei mit einem Ausblick auf die Haftungsbegrenzung des Reeders*. Diss. Tübingen.
- Little, Benerson (2010). *Pirate Hunting. The Fight Against Pirates, Privateers, and Sea Raiders from Antiquity to the Present*. Washington, D. C.
- Von Lübtow, Ulrich (1976). Das Seedarlehen des Callimachus. In Dieter Medicus/Hans Hermann Seiler (Hg.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag* (S. 329–349). München.
- Manfredini, Arrigo Diego (1983). Il naufragio di Eudemone (D.14,2,9). *Studia et documenta historiae et iuris*, 49, S. 375–394.
- Masson, Philippe (1987). Au commencement était Ulysse. In *La piraterie et la flibuste. Historia special* (S. 5–11). Paris.
- Mayer-Maly, Theo (1958). Vom Rechtsbegriff der Römer. *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 9, S. 151–173.
- Michel, Jacques-Henri (1998). Rhodes ou le dynamisme de l'État-cité à l'époque hellénistique. In Ghislaine Viré (Hg.), *Synthèses romaines. Langue latine – Droit romain – Institutions comparées. Études publiées en*

- hommage au professeur J.-H. Michel* (S. 136–143). Bruxelles (Collection Latomus vol. 240).
- Ndende, Martin (2006). *Avaries communes*. In Jean-Pierre Beurrier (Hg.), *Droits maritimes, sous la direction de Jean-Pierre Beurrier* 36.363 (S. 394–400). Paris.
- Nehlsen-von Stryk, Karin (1986). *Die venezianische Seeversicherung im 15. Jahrhundert*. Ebelsbach (Münchener Universitätschriften Bd. 64).
- Nörr, Dieter (2011). *Minima prosopographica zu Celsus filius*. In Karlheinz Muscheler (Hg.), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag* (S. 489–503). Berlin (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen [N. F.] Bd. 63).
- Oppermann, Thomas (2011, 18. Mai). *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Nr. 115, S. 30 (Leserbrief).
- Plön, Otto/Kreuziger, Günter (1968). *Das Recht der Grossen Haverei* (Bd. II). Hamburg.
- Purpura, Gianfranco (1985). *Il regolamento di Cauno e la lex Rhodia in D.14,2,9. Annali Palermo*, 38, S. 273–331.
- Purpura, Gianfranco (2002). *Ius naufragii, sylai e lex Rhodia, Genesi delle consuetudine marittimi mediterranee. Annali Palermo*, 47, S. 275–292.
- Reichard, Ingo (1993). *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*. Köln (Forschungen zum Römischen Recht, 38. Abhandlung).
- Rougé, Jean (1966). *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en méditerranée sous l'empire Romain*. Paris.
- Schanbacher, Dietmar (2006). *Zur Rezeption und Entwicklung des rhodischen Seewurfrechts in Rom*. In Bernd-Rüdiger Kern/Elmar Wadle/Klaus-Peter Schröder/Christian Katzenmaier (Hg.), *Humaniora, Medizin – Recht – Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag* (S. 257–272). Berlin.
- Scherner, Karl-Otto (1994). *Die Entwicklung des Rheinschiffrechts in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts*. In *Probleme des Binnenschiffrechts* (Bd. VII) (S. 43–106). Heidelberg (Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 17).

- Schuster, Stephan (2005). *Das Seedarlehen in den Gerichtsreden des Demosthenes. Mit einem Ausblick auf die weitere historische Entwicklung des Rechtsinstituts: dáneion nautikón, fenus nauticum und Bodmerei*. Berlin (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen [N. F.] Bd. 49).
- Selmer, Knut S. (1958). *The Survival of General Average – A Necessity or an Anachronism?* Oslo.
- Sigel, Cathrin (2007). *Rechtsgutachten des Quintus Cervidius Scaevola*. Aachen (Bochumer Forschungen zur Rechtsgeschichte Bd. 2).
- Sirks, Boudewijn (2002). *Sailing in the Off-Season with Reduced Financial Risk*. In Jean-Jacques Aubert/Boudewijn Sirks (Hg.), *Speculum Iuris. Roman Law as a Reflection of Social and Economic Life in Antiquity* (S. 134–150, S. 169–180). Ann Arbor.
- Stella-Maranca, Filippo (1901). *Intorno al fr. 122 § 1 Dig. De V.O. (XLV,1)*. Lanciano.
- Touret, Corinne (1992). *La piraterie au vingtième siècle. Piraterie maritime et aérienne*. Paris.
- Ullmann, Eike (1996). *Der Verlust von Fracht und Schiff. Lex Rhodia de iactu und die große Haverei. Exegese zu Hermog.D.14.2.5pr.–1. Ein Beitrag zur Kontinuität des Rechts*. In Willi Erdmann (Hg.), *Festschrift für Henning Piper zum 65. Geburtstag* (S. 1049–1068). München.
- Graf Vitzthum, Wolfgang (2003). *Seerechtsfrühgeschichte. Von der vorklassischen Antike bis zur hellenistisch-römischen Epoche*. In Mario Ascheri/Friedrich Ebel/Martin Heckel/Antonio Padoa-Schioppa/Wolfgang Pöggeler/Filippo Ranieri/Wilhelm Rütten (Hg.), *«Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert»*. *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr* (S.1031–1056). Köln.
- Waldstein, Wolfgang (1978). *Zu Ulpian's Definition der Gerechtigkeit (D.1,1,10 pr.)*. In Horst Heinrich Jakobs/Brigitte Knobbe-Keuk/Eduard Picker/Jan Wilhelm (Hg.), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag* (Bd. I) (S. 213–232). Köln.
- Wesener, Gunter (1975). *Von der lex Rhodia de iactu zum § 1043 ABGB*. In Marcus Lutter/Helmut Kollhoser/Winfried Trusen (Hg.), *Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag* (S. 31–51). München.

- Wieacker, Franz (2006). *Römische Rechtsgeschichte* (2. Abschnitt). Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike im weströmischen Reich und die oströmische Rechtswissenschaft bis zur Justinianischen Gesetzgebung. Ein Fragment, aus dem Nachlass von Franz Wieacker hg. von Joseph Georg Wolf. München.
- Wünsch, Horst (1992). Gedanken zur großen Haverei und deren analoger Anwendung. In Georg Klingenberg/Johannes Michael Rainer/Herwig Stiegler (Hg.), *Vestigia Iuris Romani. Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag* (S. 531–543). Graz.
- Wüst, Günther (1988). Die große Haverei auf Hoher See und in der Binnenschifffahrt. In *Probleme des Binnenschiffrechts* (Bd. V), *Vorträge der Fünften Mannheimer Tagung für Binnenschiffrechtsrecht* (S. 1–38). Heidelberg (Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 5).
- Ziegler, Karl-Heinz (1980). *Pirata communis hostis omnium*. In Manfred Harder/Georg Thielmann (Hg.), *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag* (S. 93–103). Berlin.
- Zimmermann, Reinhard (2002). Europa und das römische Recht. *Archiv für die civilistische Praxis*, 202, S. 243–316.

## Umweltschutz und Römisches Recht?

Iole Fargnoli

### I. Einleitung

Im monumentalen Werk *Naturalis historia* kritisiert der römische Gelehrte Plinius der Ältere im 1. Jh. n. Chr. seine Zeitgenossen, die sich nicht um die Schäden sorgen, welche sie der Natur zufügen:

Plinius maior, *Natur. hist.* 33.73

*Hic voce, nutu evocari iubet operas pariterque ipse devolat. Mons fractus cadit ab sese longe fragore qui concipi humana mente non possit, aequae et flatu incredibili. Spectant victores ruinam naturae. Nec tamen adhuc aurum est nec scire esse, cum foderent, tantaque ad pericula et impendia satis causae fuit sperare quod cuperent.*

Dieser [auf dem Gipfel des Berges stehende Wächter] lässt mit Stimme und Winken die Arbeiter herausschreien und eilt selbst gleich [vom Berge] herab. Der zerbrochene Berg fällt weithin auseinander mit einem Krachen, das vom menschlichen Sinn nicht erfasst werden kann, zugleich auch mit einem unglaublichen Windstoss. Als Sieger blicken [die Bergleute] auf den Einsturz der Natur. Und doch hat man bis jetzt noch kein Gold und wusste [auch] nicht, als man grub, ob eines vorhanden ist; zu hoffen auf das, was man haben wollte, war ausreichend Grund für so grosse Gefahren und Kosten. (übers. König)

Plinius schildert das Ereignis eines in sich zusammenfallenden Berges, welches durch die Suche nach Gold und die damit zusammenhängenden Goldgrabungen verursacht wurde.<sup>1</sup> Er beobachtet, dass sich seine Zeitgenossen nicht um die Natur sorgen und nur an deren Erträgen interessiert sind, um luxuriöse Wohnungen bauen zu können.<sup>2</sup> Resigniert bemerkt er, wie der Mensch die Natur mit seinem kurzfristigen Profitdenken schädigt.

<sup>1</sup> Zu der Stelle in diesem Zusammenhang zuletzt Solidoro Maruotti, 2009, XIV.

<sup>2</sup> Vgl. auch Plinius maior, *Natur. hist.* 36.1–3.

Ausgehend von dieser Plinius-Stelle und seinen prägnanten Worten *spectant victores ruinam naturam*, möchte ich in der Folge auf drei Textstellen näher eingehen, die m. E. deutlich wiedergeben, dass die Gefahr des Eingriffs des Menschen in die Natur bereits in der Zeit der Römer wahrgenommen und thematisiert wurde.

### I.1 Plinius

In seinem 18. Buch über den Ackerbau beschreibt derselbe Plinius der Ältere:

Plinius maior, *Natur. hist.* 18.3

*Nos et sagittas tinguimus ac ferro ipsi nocentius aliquid damus, nos et flumina inficimus et rerum naturae elementa, ipsumque quo vivitur in perniciem vertimus. Neque est, ut putemus ignorari ea ab animalibus; quae praepararent contra serpentium dimicationes, quae post proelium ad medendum excogitarent, indicavimus. Nec ab ullo praeter hominem veneno pugnatur alieno.*

Wir bestreichen auch Pfeile damit [mit Gift] und machen das Eisen selbst noch schädlicher, wir vergiften auch die Flüsse und die Elemente der Natur und selbst das, was uns leben lässt, [die Luft,] verderben wir. Wir sollten nicht meinen, die Tiere kennten die Gifte nicht; wir haben bereits erwähnt, wie sie sich zum Kampf mit Schlangen vorbereiten und was sie sich für danach als Heilmittel ausgedacht haben. Mit fremdem Gift kämpft ausser dem Menschen kein Lebewesen. (übers. König)

Plinius überliefert in dieser Stelle, wie seine Mitmenschen das Wasser der Flüsse verschmutzen und so die Landschaft verschandeln.<sup>3</sup> Er vergleicht die Menschen mit den Tieren und stellt fest, dass im Gegensatz zur Fauna nur der Mensch fremdes Gift verwendet, um tödliche Pfeile herzustellen. Dies zeigt eindrücklich, wie – nach Plinius – der Mensch skrupellos seine Vorteile aus den natürlichen Gegebenheiten zieht.

### I.2 Cicero

Erwähnenswert ist auch ein Text von Cicero über den schlechten Geruch in der Stadt Rom:

<sup>3</sup> Dazu siehe vor allem Mazzarino, 1969–1970, S. 643 ff.

Cicero, *In Verrem* 2.5.7

*Cum autem ver esse coeperat – cuius initium iste non a Favonio neque ab aliquo astro notabat, sed cum rosam viderat, tum incipere ver arbitrabatur –, dabat se labori atque itineribus. In quibus eo usque se praebebat patientem atque impigrum, ut eum nemo umquam in equo sedentem viderit. Nam, ut mos fuit Bithyniae regibus, lectica octaphoro ferebatur, in qua pulvinus erat perlucidus Melitensis rosa fartus. Ipse autem coronam habebat unam in capite, alteram in collo reticulumque ad naris sibi admovebat tenuissimo lino, minutis maculis, plenum rosae.*

Wenn aber der Frühling begann – dessen Anfang bestimmte er nicht nach dem Favonius oder irgendeinem Stern, vielmehr glaubte er erst dann, wenn er eine Rose sah, der Frühling habe begonnen –, dann widmete er sich den Anstrengungen des Reisens.<sup>4</sup> Hierbei zeigte er sich so ausdauernd und unermüdlich, dass niemand ihn je zu Pferde sitzen sah. Denn er liess sich, wie es Brauch bei den Königen von Bithynien war, in einer von acht Männern getragenen Sänfte vorwärtsbewegen, in der sich ein durchsichtiges melitisches Polster, das mit Rosenblättern ausgestopft war, befand. Er selbst aber hatte einen Kranz auf dem Kopf, einen anderen um den Hals, und er hielt sich ein kleines Netz aus feinstem Leinen und mit kleinen Maschen, das mit Rosen gefüllt war, vor die Nase. (übers. Krüger)

Der römische Politiker und Redner Cicero erzählt, wie Gaius Verres, Statthalter der Provinz Sizilien von 73 bis 71 v. Chr., mit zwei Kränzen von Blumen jeweils seine Reisen antrat. Vor die Nase hielt er sich zudem ein Leinennetz, das mit Rosenblättern gefüllt war. All das bezweckte, den von den städtischen Kloaken herrührenden Gestank erträglicher zu machen, und lässt erahnen, dass die individuelle Abwasserbeseitigung in Rom teilweise nicht regulär erfolgte.

### I.3 Vitruv

Schliesslich beschreibt der römische Architekt und Architekturtheoretiker Vitruv die Vorteile der Tonröhren im Unterschied zu den Bleiröhren:

<sup>4</sup> Vgl. hierzu Fedeli, 1990, S. 67.

Vitruvius, *De architectura* 8.6.10–11

*Habent autem tubulorum ductiones ea commoda. Primum in opere quod si quod vitium factum fuerit, quilibet id potest reficere. Etiamque multo salubrior est ex tubulis aqua quam per fistulas, quod plumbum videtur esse ideo vitiosum, quod ex eo cerussa nascitur; haec autem dicitur esse nocens corporibus humanis. Ita quod ex eo procreator, «si» id est vitiosum, non est dubium quin ipsum quoque non sit salubre.*

*Exemplar autem ab artificibus plumbariis possumus accipere, quod palloribus occupatos habent corporis colores.*

Leitungen aus Tonröhren haben aber folgende Vorteile: Erstens, wenn irgendein Schaden an der Leitung eintritt, kann jeder ihn ausbessern.<sup>5</sup> Auch ist Wasser aus Tonröhren gesünder als das durch Bleiröhren geleitete, denn das Blei scheint deshalb gesundheitsschädlich zu sein, weil aus ihm Bleiweiss entsteht. Dies aber soll dem menschlichen Körper schädlich sein. Wenn nun das, was aus ihm entsteht, schädlich ist, kann es auch selbst zweifellos der Gesundheit nicht zuträglich sein. (übers. Fensterbusch)

Vitruv betont hier die Gefährlichkeit der Bleiröhren für den Bau von Wasserleitungen und setzt sich für das Verlegen von Tonröhren ein. Er weist darauf hin, dass letztere schneller repariert werden können und das darin fließende Wasser gesünder sei. Die Bleiröhren hingegen erachtet er als gesundheitsschädigend (*nocens corporibus humanis*). Einen konkreten Beweis in diese Richtung – sagt Vitruv – findet man in der blassen Gesichtsfarbe der Arbeiter, welche mit Bleiverhüttung zu tun haben.<sup>6</sup>

Die drei vorliegenden Texte zeigen insgesamt deutlich, dass die Römer – wenigstens die Schriftsteller – sich ein Bild von der Natur machten und manchmal eine bestimmte schützende Haltung ihr gegenüber einnahmen.<sup>7</sup> Die Ausgangsfrage, der ich hier nachgehe, ist jedoch keine sozialgeschichtliche, sondern eine rechtliche: Kannten die römischen Juristen unmittelbar umweltschützende Bestimmungen?

<sup>5</sup> Zu der Stelle vgl. besonders Fedeli, 1990, S. 71.

<sup>6</sup> Zum Thema Blei siehe Schwertek, 1997, Sp. 707 f. Bekanntlich litten die Menschen in Rom häufig an Bleivergiftungen. Manche Historiker und Autoren gehen sogar so weit, dass sie Bleivergiftungen als einen der Gründe des Untergangs des Römischen Reichs ansehen; vgl. dazu unten 3.3.

<sup>7</sup> Die Frage nach der Ökologie in der Antike aus rein historischer Sicht haben sich inzwischen zahlreiche Autoren gestellt: u. a. Winkle (1984); Scobie, 1986, S. 399 ff.; Fedeli (1990); Weeber (1990); Vögler (1997); Panciera, 2000, S. 95 f.; Chew, 2001, S. 86 ff.; Ruiz Fernández, 2002, S. 133 ff.; Bedon/Hermon (2005); Hermon (2008); Thommen (2009); Bearzot, 2010, S. 9 ff.

## II. Überblick über die römischrechtliche Literatur

Das Themengebiet des Umweltschutzes im antiken Rom wurde in der juristischen Literatur erst in den letzten Jahren behandelt. Ich werde die wichtigsten Beiträge aufführen und deren Schlussfolgerungen kursorisch darstellen.

Pionier in der Recherche zum römischen Umweltschutz war *Enzo Nardi* (1984, S. 755 ff.), der 1984 als Erster in der romanistischen Literatur eine Auflistung einiger Stellen anfertigte, die Umweltverschmutzungen zum Inhalt hatten.

Eingehender fiel das Werk von *Andrea Di Porto* (1990) aus, der sich in einer Monographie mit solchen Quellen auseinandersetzte;<sup>8</sup> er gebrauchte zum ersten Mal den Ausdruck des Schutzes der *salubritas* (im Sinne des Schutzes des körperlichen Wohlbefindens, der Gesundheit und der Hygiene), der für die römische Welt ein geeigneterer Begriff als der moderne des Umweltschutzes zu sein scheint. Seine Forschung beschränkt sich auf die Zeit zwischen der Spätrepublik und dem Frühprinzipat, welche besonders interessant ist, weil sich in dieser Zeit die Stadt Rom grossräumig entwickelte und die Bevölkerungszahl massiv anstieg. Di Porto hält fest, dass die Juristen und insbesondere der Jurist Labeo einige Gutachten erstellten, in welchen es um Rechtsschutz ging, der wiederum als antiker Umweltschutz qualifiziert werden kann. Di Porto beschäftigte sich sodann in weiteren Beiträgen mit spezifischen Aspekten der Verunreinigung der Stadt (Di Porto, 1999, S. 41 ff.).

In die gleiche Richtung zielt auch *Renate Fischer* (1996), welcher der erste Versuch zuzuschreiben ist, einen systematischen Überblick über die verschiedenen Aspekte des sogenannten «antiken Umweltschutzes» zu geben.<sup>9</sup> Sie geht ebenfalls davon aus, dass die Römer einige Umweltschutzbestimmungen gekannt haben, und gliedert diese, basierend auf zitierten Quellen, in die Themenbereiche Schutz des Wassers, Hygienevorschriften, Immissionsschutz, Schutz der Flüsse und Schutz des Waldes.

<sup>8</sup> Besprochen von Burdese, 1989a, S. 507 ff., und Kupisch (1990).

<sup>9</sup> Besprochen von Lamberti, 1999, S. 128 ff.

Dass die Römer den Umweltschutz sicher nicht als primäre Aufgabe der Rechtsordnung ansahen, behauptet *Andreas Wacke* in seinem Aufsatz über den Schutz der Umwelt im Römischen Recht (2002). Er räumt jedoch ein, dass die Umwelt durch das Privatrecht, d. h. durch den Schutz einzelner Privatgüter, indirekt profitiert hat (Wacke, 2002, S. 122). Er lässt offen, ob die diversen Abwehrinstrumente von einem gemeinsamen Grundgedanken getragen waren. Er fügt aber an, dass immerhin in der Stadt Rom die Einwohner bspw. die städtische Hygiene in hervorragender Weise verwaltet und gesichert haben und dies wohl einem gemeinsamen Grundgedanken entsprungen sein könnte (Wacke, 2002, S. 138).<sup>10</sup>

«Römische Präjudizien im Umweltrecht» betitelt *José Luis Zamora Manzano* (2003) seine jüngste Monographie. Er plädiert für einen systematischen römischen Schutz der Umwelt unter verschiedenen Gesichtspunkten, insbesondere des Wassers und der Wälder, ohne zu bezweifeln, dass die Römer solchen systematischen Umweltschutz gekannt und errichtet haben: «el Derecho Romano posee un primer estadio o núcleo normativo en materia de daño ambiental, tanto en la contaminación de las aguas como en los daños a la flora», so Zamora Manzano (2003, S. 104). Die spanische Monographie wurde von *Mario Fiorentini* (2006, S. 353 ff.; 2007, S. 325 ff.) kritisch rezensiert, der entgegnet, dass die Römer zwar Umweltverschmutzungen kannten, aber sicherlich die Grösse der heutigen Umweltprobleme nicht erreicht wurde und die damit verbundenen rechtlichen Schutzmittel daher notwendigerweise fehlten. Die Idee, dass der Schutz der Umwelt an sich in Rom schon existierte, sei völlig übertrieben und bringe die Gefahr mit sich, einer zunehmend interpolierenden Aktualisierung des Römischen Rechts zu verfallen, so Fiorentini (2006, S. 356). Einige Tatbestände des Umweltschutzes werden von *Laura Solidoro Maruotti* (2009) behandelt, die zwar nicht auf die methodologische Frage eingeht, aber nach einer Auflistung aller prinzipiellen Probleme am Ende zum Ergebnis gelangt, dass die Frage des Umweltschutzes in der Antike nicht von der Einstellung der Römer und ihrer Denkhaltung gegenüber der Natur getrennt werden kann.

<sup>10</sup> Zum Thema vgl. auch Sitek, 2000, S. 859 ff.; López Gálvez, 2006, S. 401 ff.

Ausdrücklich zur methodologischen Frage äussert sich *Gianni Santucci* (2011a, S. 122), der vor dem Risiko einer «Romanisierung» des aktuellen Rechts warnt, zum Beispiel wenn es um Umweltschutz im antiken Rom geht. Es sei zu vermeiden, im Römischen Recht Modelle oder Lösungen zu suchen, die erst in den modernen Rechten entwickelt worden sind (2011b, S. 150).

Das vorliegende Thema und die Frage nach einem allfälligen römisch-rechtlichen Umweltschutz erweist sich in der Literatur also insgesamt als kontrovers, mit einem breiten Spektrum an verschiedenen Ansichten.

### III. Einzelne rechtliche Bestimmungen

Im Folgenden werde ich nicht sämtliche Rechtsmittel im Zusammenhang mit einem allfälligen Umweltschutz auflisten, welche die Römer kannten bzw. welche in der Zeit der Römer vorkamen, sondern exemplarisch einige davon anhand dreier konkreter Situationen darlegen. Diese drei Situationen lassen sich mit den oben vorgestellten literarischen Quellen verknüpfen. Ich beginne deshalb mit der Frage des Rechtsschutzes bei Wasserverschmutzung, wende mich sodann der unzulässigen Abwasserbeseitigung zu und schliesse mit dem Problemkreis der Bleiverwendung in Rom.

#### III.1 Wasserverschmutzung und Interdikte

Die Plinius-Stelle (*Natur. hist.* 18.3) erwähnt die Vergiftung von Flüssen und anderen Gegebenheiten der Natur. Es bietet sich daher an, sich mit der Frage der Wasserverschmutzung auseinanderzusetzen. Rechtsmittel zum Schutz des Wassers findet man in den rechtlichen Quellen namentlich im Zusammenhang mit Aquädukten. Der Schutz des Wassers wurde vor allem durch Interdikte (*interdicta*) sichergestellt, welche – wie die ordentlichen Klagen (*actiones*) – im Edikt des Prätors abschliessend niedergeschrieben und veröffentlicht wurden (Kaser/Hackl, 1996, S. 412). Sie gewährten kurzfristigen Rechtsschutz in einem raschen Verfahren, das dabei die Möglichkeit



eines späteren ordentlichen Prozesses offenhielt.<sup>11</sup> Denn es konnte damals wie heute vonnöten sein, schneller als auf dem ordentlichen Prozessweg gerichtlichen Schutz zu erhalten, um nicht wieder gutzumachenden Schaden abzuwenden.

Das Interdikt *de aqua cottidiana et aestiva* schützte denjenigen im Gebrauch der Wasserleitung eines Aquädukts, der ein Recht zur Wasserableitung hatte.<sup>12</sup> Voraussetzung für die Anwendung des Interdikts war die fehlerfreie, faktische Ausübung des Inhalts einer Servitut, das Wasser abzuleiten (Kaser, 1971, S. 447). Wer lediglich überzeugt war, ein Wasserleitungsrecht zu haben, obwohl er kein Servitutsberechtigter war, wurde auch geschützt, allerdings nur vorläufig, solange bis über das Bestehen des Rechtes entschieden wurde. Passivlegitimiert war jeweils derjenige, der solche Wasserableitung irgendwie verhinderte.

Besonders interessant ist, dass dieses prätorische Rechtsmittel *de aqua cottidiana et aestiva* von den Juristen und vor allem vom klassischen Juristen Labeo in einem weiten Sinn interpretiert wurde:

D. 43.20.1.27 (Ulp. 70 ad ed.)

*Labeo putat per hoc interdictum prohiberi quem, ne quid in illo fundo faciat fodiat serat succidat putet aedificiet, quare ex re ea aqua, qua ille hoc anno per fundum tuum sine vitio duxit, inquinetur vitietur corrumpatur deteriorve fiat: et similiter de aestiva aqua debere interdicti ait.*

Labeo glaubt, es werde durch dieses Interdikt jeder daran gehindert, etwas auf einem fremden Landgute zu unternehmen, zu graben, zu säen, abzuschneiden, Bäume zu beschneiden, zu bauen, wodurch das Wasser, welches er in dem [verflossenen] Jahre durch dein Landgut ohne Fehler [des Besitzes] geleitet hat, verunreinigt, mit schädlichen Stoffen vermischt, verdorben oder schlechter werde; und ebenso, sagt er, dürfe bezüglich des Sommerwassers ein Interdikt erhoben werden. (übers. Sintenis)

11 Besonders interessant sind für die Umweltschutzfragen die prohibitorischen Interdikte, mitunter auch die restitutorischen Interdikte, wobei sich letztere auf einen Befehl bezogen, der auf die Rückgabe der Sache zielte.

12 D. 43.20.1 pr. (Ulp. 70 ad ed.): *Ait praetor: Uti hoc anno aquam, qua de re agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto.* («Der Prätor sagt: Wie du in dem vergangenen Jahr das Wasser, um welches es geht, nicht gewaltsam, nicht heimlich und nicht bittweise geleitet hast, dass du es nicht so leiten mögest, dagegen verbiete ich alle Gewaltanwendung.») Über den Schutz des Wassers im Allgemeinen siehe Labruna, 2008, S. 277 ff.

Labeo legt die Passagen in diesem Edikt dahingehend aus, dass die Interdikte Eingriffe Dritter zu verhindern bezwecken, die das Wasser eines anderen verschmutzen, verderben, unbrauchbar machen oder verschlechtern. Gegen jemanden, der solches verursacht, indem er auf seinem Grundstück etwas unternimmt, kann die prätorische Vorschrift *de aqua cottidiana et aestiva* beantragt werden. Labeos Interpretation des prätorischen Edikts geht also weit: Das Interdikt richtet sich nicht nur gegen diejenigen, welche die Wasserableitung eines anderen verhindern, sondern viel allgemeiner gegen alle, welche die Sauberkeit des Aquäduktwassers gefährden (Di Porto, 1990, S. 55; Fischer, 1996, S. 34).

Das Wasserableitungsrecht wird auch durch das Interdikt *de rivis*<sup>13</sup> (von den Kanälen) geschützt, das besonders auf die Reinigung von Kanälen, Wassergräben und Schleusen zielt. Der Prätor verbietet, dass jemand daran gehindert wird, eine solche Wasserleitung zu reinigen.

Gegenstand des Interdikts *de fonte*<sup>14</sup> (von der Quelle) ist die Reinigung von Quellen (vgl. Fischer, 1996, S. 35). Es scheint, als ob von diesem Interdikt auch Seen, Brunnen und Fischteiche betroffen waren.<sup>15</sup> Geschützt wird auch hier, wer ein Recht hatte, Wasser abzuleiten: Insbesondere bei der *servitus aquaehaustus* (Wasserschöpfungsrecht) und bei der *pecoris ad aquam adpulsus* (Recht, das Vieh aus einer Quelle zu tränken [Di Porto, 1990, S. 92; Fischer, 1996, S. 37]) verbietet der Prätor, dass jemand Reinigungsmaßnahmen verhindert.

13 D. 43.21.1 pr. (Ulp. 70 ad ed.): *Praetor ait: Rivos specus septa reficere aquae ducendae causa quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, qua muti priore aestate non vi non clam non precario a te duxit, vim fieri veto.* («Der Prätor sagt: Kanäle, unterirdische Wassergräben und Schleusen auszubessern und zu reinigen, der Leitung des Wassers wegen, dass jenem dies nicht gestattet sei, solange er nur sonst das Wasser nicht anders leitet, als er es im vorigen Sommer weder gewaltsam, noch heimlich, noch bittweise gegen dich geleitet hat, verbiete ich alle Gewaltanwendung.»)

14 D. 43.22.1.6 (Ulp. 70 ad ed.): *Deinde ait praetor: Quo minus fontem, quo de agitur, purges, reficias, ut aquam coercere utique ea possis, dum ne aliter utaris, atque uti hoc anno non vi non clam non precario ab illo usus es, vim fieri veto.* («Nachher sagt der Prätor: Dass du nicht die Quelle, um die es geht, reinigen oder ausbessern sollst, um das Wasser anzuhalten und davon Gebrauch machen zu können, sofern du nur keinen anderen Gebrauch davon machst, als du ihn im vergangenen Jahr weder gewaltsam, noch heimlich, noch bittweise gegen jenen ausgeübt hast, dagegen verbiete ich alle Gewaltanwendung.»)

15 Vgl. D. 43.22.1.10 (Ulp. 70 ad ed.).

Abgesehen von den Wasserleitungen ist das restitutorische Interdikt *quod vi aut clam* unter den prätorischen Rechtsmitteln sehr bedeutsam.<sup>16</sup> Zweck dieses prätorischen Befehls ist die tatsächliche Herstellung eines einst bestehenden, d. h. vorherigen Zustands, so dass im Fall der Zerstörung oder Beschädigung der Schädiger nicht mehr eine Busse bzw. den doppelten Wert des Schadens bezahlen, sondern direkt – durch Beseitigung der vorgenommenen Änderungen – «restituieren» musste oder konnte.<sup>17</sup> Bei diesem Interdikt ist vorrangig der Grundeigentümer aktivlegitimiert, auf dessen Grundstück die Zerstörung oder Beschädigung eintrat. Daneben kann jeder klagen, der ein Interesse hat, dass der Schaden nicht eintritt.<sup>18</sup> Deswegen ist dieses Interdikt eine Art Passepartout für verschiedene Gebiete und für verschiedene Zwecke. Auf Ersuchen einer Privatpartei gewährte der Prätor dieses Rechtsmittel gegen jede Arbeit, die an einem Grundstück gewaltsam<sup>19</sup> oder heimlich vorgenommen wurde, und damit gegen jedes Unternehmen und jede Handlung, die den Zustand des Grundstücks änderte oder eine Veränderung der Erdoberfläche darstellte.

In einer bekannten Stelle der Digesten hat Labeo ein Gutachten erteilt, in dem er den Anwendungsbereich dieses Interdikts im Zusammenhang mit Wasserverschmutzung behandelt: Bei einer Brunnenverschmutzung gewährt er das Interdikt *quod vi aut clam*, um zu vermeiden, dass das Wasser des ganzen Aquädukts verschmutzt wird.<sup>20</sup> Die Besonderheit dieses Interdikts ist demnach ebenso die weite Aktivlegitimation: Jeder, der daran

16 Zu diesem Interdikt vgl. Rainer, 1987, S. 234 ff., besprochen von Burdese, 1989b, S. 352 ff.; Di Porto, 1990, S. 3 ff.; Capogrossi Colognesi, 1993, S. 264 ff.; Capogrossi Colognesi, 1996, S. 1 ff.; Pitarch, 1995, S. 59 ff.; Fischer (1996); Fargnoli, 1998, S. 1 ff. und Fn. 1 für weitere Literatur.

17 Vgl. besonders D. 43.24.11.14 (Ulp. 71 ad ed.).

18 Zur Aktivlegitimation dieses Interdikts, das jedem Interessierten *opus factum non esse* zusteht, vgl. Fargnoli, 1998, S. 47 ff.

19 Zur genauen Bedeutung von *facere vi* als eine Handlung, die gegen den Willen des Eigentümers oder desjenigen, der diese Handlung vorher verboten hatte, erfolgte, siehe Fargnoli, 1998, S. 8 ff. Fn. 33.

20 D. 43.24.11 pr. (Ulp. 71 ad ed.): *Is qui in puteum vicini aliquid effuderit, ut hoc facto aquam corrumpet, ait Labeo interdicto quod vi aut clam eum teneri: portio enim agri videtur aqua viva, quemadmodum si quid operis in aqua fecisset.* («Wenn etwas in den Brunnen des Nachbarn geschüttet wird, um dadurch das Wasser zu verderben, meint Labeo, dass er aus dem Interdikt «was gewaltsam oder heimlich» haftet; denn lebendiges Wasser erscheint als ein Teil des Ackers, wie wenn er ein Werk im Wasser unternommen hätte.»)

Interesse hat, kann um Erteilung dieses Interdikts ersuchen. Das belegt beispielsweise Paulus:

D. 43.24.16.1 (Paul. 67 ad ed.)

*Si quis vi aut clam arbores non frugiferas ceciderat, veluti cupressos, domino dumtaxat competit interdictum. sed si amoenitas quaedam ex huiusmodi arboribus praestetur, potest dici et fructuarii interesse propter voluptatem et gestationem et esse huic interdicto locum.* Wenn jemand nicht fruchttragende Bäume gewaltsam oder heimlich gefällt hat, zum Beispiel Zypressen, so steht das Interdikt nur dem Eigentümer zu. Wenn aber einem andern durch Bäume dieser Art eine Schönheit gewährt wird, so kann man behaupten, dass auch der Niessbraucher wegen des Vergnügens und Spazierganges ein Interesse dabei habe und dieses Interdikt statfinde. (übers. Sintenis)

Diese Digestenstelle ist im vorliegenden Zusammenhang besonders interessant, obwohl sie nicht von Wasserschutz handelt, sondern vom Schutz der Naturschönheit und der Ästhetik.<sup>21</sup> Paulus beschreibt einen Fall, in welchem jemand einen Zypressenhain widerrechtlich abgeholzt hat. Dabei steht die Frage im Raum, wem das Interdikt zusteht. Das Gutachten des Juristen ist in dem Sinne zu verstehen, dass nicht nur der Eigentümer, sondern auch der Niessbraucher zur Klage aktivlegitimiert ist. Paulus begründet dies damit, dass der Niessbraucher die *amoenitas*, welche die Zypressen gewährten, nicht mehr geniessen kann. Deshalb ist der Schaden nicht nur dem Eigentümer entstanden, sondern auch dem Inhaber des beschränkten Sachenrechts. Paulus' Lösung ist deshalb interessant, weil die Zypressen keine fruchttragenden Bäume sind und sie lediglich der Affektion des Besitzers dienen. Daher erleidet der Niessbraucher zwar keine Verminderung seiner subjektiven Rechte, insbesondere Früchte aus der Sache zu ziehen, doch kann er trotzdem den Schutz des Prätors verlangen. Sicher ist jedenfalls, dass Paulus eine subjektive Vorliebe für eine Sache – einen ästhetischen Wert an gepflegter Umgebung – anerkennt, welche im Falle ihrer Beeinträchtigung zu einer Geldverurteilung führen kann (Wacke, 2002, S. 134). Dass mit der Rücksicht auf die Schönheit des Ortes ein affektives und nicht ein

21 Zu dieser Stelle vgl. Honsell, 1969, S. 156; Raber, 1972, S. 209; Horak, 1987, S. 160; Musumeci, 1992, S. 521 Fn. 33.

wirtschaftliches Interesse geschützt wird, ist aber für das antike Recht ein Sonderfall. Gerade durch den weiten Anwendungsbereich des Interdikts *quod vi aut clam* wird dies aber möglich.

### III.2 Unzulässige Abwasserbeseitigung

Aus der eingangs zitierten Stelle von Cicero (*In Verrem* 2.5.7) leitet man her, dass die Luft in der Stadt Rom verschmutzt war, was teilweise an den Kloaken und insbesondere an der ungentügenden Abwasserbeseitigung gelegen haben dürfte.

#### III.2.1 Das Interdikt von den Kloaken

Die Betreibung von Privatkloaken ist Gegenstand des prohibitorischen Interdikts *de cloacis* (von den Kloaken). Um zu vermeiden, dass sich der Schlamm in den Kloaken ablagerte und stank, wurden sie mit Wasser aus den Fernleitungen durchgespült. Durch das Interdikt wurde verboten, jemanden daran zu hindern, die Kloake, die vom Gebäude wegführte, zu reinigen oder zu reparieren.<sup>22</sup> Daneben kannte man auch ein restitutorisches Interdikt, dessen Wortlaut der Prätor so formulierte:

D. 43.23.1.15 (Ulp. 71 ad ed.)

*Deinde ait praetor: quod in cloaca publica factum sive ea immissum habes, quo usus eius deterior sit fiat, restituas. Item ne quid fiat immittaturve, interdicas.*

Ferner sagt der Prätor: Was du in einer öffentlichen Kloake errichtet oder dort hineingeschoben hast, wodurch deren Gebrauch schlechter ist oder schlechter wird, das sollst du wiederherstellen. Ebenso werde ich verbieten, etwas zu errichten und hineinzuschieben.

<sup>22</sup> D. 43.23.1 pr. (Ulp. 71 ad ed.): *Praetor ait: quo minus illi cloacam quae de aedibus eius in tuas pertinet, qua de agitur, purgare reficere liceat, vim fieri veto. damni infecti, quod operis vitio factum sit, caveri iubebo.* («Der Prätor sagt: ich verbiete alle Gewalttätigkeit dawider, dass nicht dem die Kloake, welche aus seinem Haus in das andere geht, um welche es sich handelt, zu reinigen und auszubessern erlaubt sei. Ich befehle übrigens, wegen drohenden Schadens Sicherheit zu bestellen, der aus seinem Fehler des Werkes entstehen könnte.») Dazu vgl. Di Porto, 1990, S. 118 f.; Fischer, 1996, S. 71.

Es handelt sich hierbei um den prätorischen Befehl zur Wiederherstellung einer tatsächlichen Lage, z. B. wenn jemand etwas in die öffentliche Kloake hineingeworfen hat. Gemäss Wortlaut des Edikts existiert neben dem restitutorischen Interdikt auch ein prohibitorisches Interdikt für die öffentliche Kloake.<sup>23</sup> Die zwei Interdikte zum Schutz der Kloake werden von Juristen auf private Haushalte erweitert, deren Kloaken an die Kanalisation angeschlossen sind; ihr Zweck ist es, zu verhindern, dass Schmutzwasser auf die Strasse geleitet wird.

#### III.2.2 Die Klage über diejenigen, die etwas [aus einer Wohnung auf die Strasse] gegossen oder geworfen haben

Im Bereich der Abwasser- und Müllbeseitigung ist die Satire des Dichters Juvenal zu erwähnen:

Juvenal, Sat. III, V. 198–200, V. 247–248, V. 268, V. 273–275

[...] *iam poscit aquam, iam frivola transfert*

*Ucalegon; tabulata tibi iam tertia fumant.*

*tu nescis; nam si gradibus trepidatur ab imis,*

[...]

*pinguia crura luto, planta mox undique magna*

*calcor, [...]*

*Respice nunc alia ac diversa pericula noctis,*

[...]

*et subiti casus improvidus, ad cenam si*

*intestatus eas; adeo tot fata quot illa*

*nocte patent vigiles te praetereunte fenestrae.*

[...] Schon Wasser verlangt, schon schleppet den Plunder

Ein Ucalegon fort, schon raucht's im dritten Geschoss dir.

Du weisst's nicht; denn wenn von den untersten Stufen man forteilt,

[...]

Dick klebt Kot mir am Bein; bald treten mächtige Sohlen

Rings mich, [...]

Blicke nun noch auf andre Gefahr und verschiedene der Nachtzeit.

<sup>23</sup> D. 43.23.1.1 (Ulp. 71 ad ed.); Di Porto, 1990, S. 119, 139 ff. und Solidoro Maruotti, 2009, S. 89.

[...]

Nicht auf plötzliche Fälle bedacht, wenn du testamentlos  
Gehest zum Mahl, ja der Tode so viele droh'n, wie in der Nacht,  
Welche vorüber dich führt, dort aufsteh'n wachende Fenster. (übers. Berg)

Von Juvenal wissen wir, dass es gefährlich war, nachts in der Stadt Rom unterwegs zu sein, ohne ein Testament verfasst zu haben. Abwasser und Müll wurden kurzerhand aus dem Fenster geworfen, um sie zu entsorgen.<sup>24</sup> Nachttöpfe wurden zum Beispiel auf die Strasse entleert. Der Mietzins war umso niedriger, je höher das Stockwerk der entsprechenden Wohnung lag, denn je weiter oben, umso grösser war das Sicherheitsrisiko und umso bedenklicher gestalteten sich die Wohnumstände. Man muss wissen, dass ein Grossteil der Bevölkerung in Rom in sog. *insulae*, vielgeschossigen Wohn- und Mietshäusern, lebte.<sup>25</sup> Die Passanten und die Verkehrsteilnehmer auf der Strasse erlitten daher oft Verletzungen.

Gegen diese Misstände gewährte der Prätor im Edikt *de his, qui effuderint vel deiecerint* (über diejenigen, die etwas [aus einer Wohnung auf die Strasse] gegossen oder geworfen haben) Rechtsschutz durch eine pönale Klage. Welches deren Voraussetzungen waren, zeigt der Kommentar von Ulpian zum entsprechenden prätorischen Edikt:

D. 9.3.1 pr. (Ulp. 23 ad ed.)

*Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur, deiecit um vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo, si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo, si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo, si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere.*

Der Prätor sagt über diejenigen, die etwas [aus einer Wohnung auf die Strasse] geworfen oder gegossen haben: Wer dort gewohnt hat, von wo etwas auf einen Ort, über den man gewöhnlich geht oder auf dem man sich versammelt, hinausgeworfen oder

hinausgeworfen wurde, gegen den werde ich eine Klage auf das Doppelte des dadurch zugefügten oder verursachten Schadens erteilen. Wird vorgetragen, dass durch das, was ihn traf, ein freier Mensch getötet wurde, so werde ich eine Klage auf fünfzig Goldstücke erteilen. Bleibt er am Leben und wird vorgetragen, er sei verletzt worden, so werde ich eine Klage auf soviel erteilen, wie dem Richter in dieser Sache angemessen erscheint, den Beklagten zu verurteilen. Wird vorgetragen, ein Sklave habe ohne Wissen seines Eigentümers die Tat begangen, so werde ich der Klage noch die Klausel hinzufügen: oder ihn [dem Geschädigten] als Schädiger ausliefern. (übers. Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler)

Die Tathandlung besteht in einem Hinauswerfen fester oder Hinausgiessen flüssiger Sachen aus einem Gebäude. Es muss sich um einen Ort handeln, der faktisch im Gemeingebrauch steht und häufig von Menschen aufgesucht wird, also insbesondere Strassen und Wege, ungeachtet dessen, ob sie privates oder öffentliches Eigentum sind.<sup>26</sup> Zudem muss ein tatsächlicher Erfolg eingetreten sein: entweder irgendein Schaden im Sinne der Beschädigung einer Sache, d. h. eines Gefährts, Pferdes oder Sklaven; oder die Verletzung oder gar der Tod eines Passanten, d. h. eines freien römischen Bürgers. Passivlegitimiert ist jeweils *qui ibi habitaverit* (wer dort gewohnt hat), von wo aus hinausgeworfen oder hinausgegossen wurde. Beklagter ist demnach nicht zwingend der Täter, der etwas hinausgeworfen oder -gegossen hat. Dies bedeutet, dass ein Gast, selbst wenn er in einem Gästezimmer logiert, nicht haftet, da es sich dabei nicht um dauerhaftes Wohnen handelt; vielmehr haftet der dort wohnende Gastgeber.<sup>27</sup> Egal ob etwas vorsätzlich zum Fenster hinausgeworfen wird oder ob es fahrlässig oder unverschuldet und zufälligerweise hinausfällt: Der Bewohner haftet für dadurch eingetretenen Schaden, einerlei ob er bei der Tat zugegen ist oder nicht.<sup>28</sup>

Über die Aktivlegitimation zur *actio de deiectis vel effusis* lehrt uns eine Ulpian-Stelle:

<sup>26</sup> Siehe D. 9.3.1.2 (Ulp. 23 ad ed.); vgl. Zimmermann, 1992, S. 304 m.w.N.

<sup>27</sup> Vgl. D. 9.3.1.9 (Ulp. 23 ad ed.). Zu einem Anwendungsfall der *actio de effusis et deiectis* im schottischen Recht siehe Stein, 1955, S. 356 ff.

<sup>28</sup> Vgl. D. 9.3.1.3 (Ulp. 23 ad ed.).

<sup>24</sup> Vgl. dazu Walter/Hurni, 2007, S. 677 f.; Fischer, 1996, S. 88; Wittmann, 1972, S. 63 m.w.N.

<sup>25</sup> Vgl. Höcker, 1998, Sp. 1024 f.

D. 9.3.1.1 (Ulp. 23 ad ed.)

*Summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neget: publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari.*

Es gibt niemanden, der bestreitet, dass der Prätor dies in höchst zweckmässiger Weise verordnet hat. Denn es liegt im öffentlichen Interesse, dass man ohne Furcht und Gefahr auf den Strassen gehen kann. (übers. Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler)

Der Jurist Ulpian betont, dass der Prätor durch diese Klage den störungsfreien Strassenverkehr schützt (Zimmermann, 1992, S. 303).<sup>29</sup> Kläger kann jedermann sein. Mit einer derart erweiterten Aktivlegitimation schützt die *actio de deiectis vel effusis* die Sicherheit frequentierter Strassen, Wege, Orte und Plätze sowie das Vertrauen der Verkehrsteilnehmer in eben diese Sicherheit.<sup>30</sup> Die Klage ist diesbezüglich eine Popularklage,<sup>31</sup> und der übergeordnete Schutzgedanke liegt somit eindeutig im öffentlichen Interesse.

### III.3 Bleiverwendung und Immissionen

Die Vitruv-Stelle (*De architectura* 8.6.10–11) gibt einen Überblick über den damaligen Verdacht, dass der Bleigebrauch Gefahren birgt. Im Allgemeinen benutzten die Römer Blei für verschiedene Zwecke: nicht nur für Wasserleitungen, sondern auch für Gefässe, Schreibtäfelchen, Kinderspielzeug, Eintrittsmarken für öffentliche Schauspiele, Urnen, Kosmetikartikel, Münzen und vieles mehr. Die Verwendung von Blei ist in der modernen Literatur vielfach besprochen worden, weil man im ersten Viertel des 19. Jh. behauptet hat, dass Bleivergiftungen das Aussterben der aristokratischen Schicht des Römischen Reichs verursachten und deshalb einen der Gründe des Untergangs der römischen Welt darstellten.<sup>32</sup> Man untersuchte die Aussagen der klassischen Gelehrten bezüglich der Ernährung und des Krankheitsbildes

<sup>29</sup> Zur erweiterten Aktivlegitimation dieser Klage vgl. Casavola, 1958, S. 147 ff.

<sup>30</sup> Vgl. Walter/Hurni, 2007, S. 685. Die Klage lebt heute in § 1318 ABGB fort, obwohl die wohnungshygienischen Verhältnisse sich stark verändert haben.

<sup>31</sup> Vgl. besonders D. 9.3.5.13 (Ulp. 23 ad ed.) und dazu Casavola, 1958, S. 165 ff.

<sup>32</sup> Hierbei federführend waren: Henderson, 1824, S. 339; Hofmann, 1883, S. 269; Hofmann, 1885, S. 565; Kobert (1887); Rosenblatt, 1906, S. 107 ff.; Kobert, 1909, S. 103 ff.

römischer Menschen.<sup>33</sup> Die erwähnte These ist demzufolge stark kritisiert worden, indem man bewiesen hat, dass sich aus dem Wasser herrührende Kalkablagerungen in den Aquädukten zwischen Bleiröhren und Fließwasser bildeten und das Kalziumkarbonat das schädliche Blei absorbierte (Hodge, 1981, S. 488).

Vorliegend interessiert uns aber nicht direkt diese These oder deren Kritik, sondern ob es einen Rechtsschutz gegeben hat, wenn es bei der Bleiverhüttung zu Immissionen kam. In der Tat traten Rauch und giftige Dämpfe aus, wenn Gestein in einem Schmelzofen erhitzt und Blei gewonnen wurde (Meier, 1995, S. 215 f.). Mangels juristischer Quellen über Bleiimmissionen hilft eine bekannte Digestenstelle weiter, welche Immissionen aus einer Käserei beschreibt:

D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 ad ed.)

*Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutum talem admittit. Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere.*

Aristo erteilte Cerellius Vitalis das Gutachten, er sei nicht der Auffassung, dass es rechtlich zulässig sei, den Rauch einer Käserei den darüberliegenden Gebäuden zuzuführen, sofern nicht insoweit eine Dienstbarkeit besteht; denn eine derartige Dienstbarkeit hält er für zulässig. Und Aristo sagt ferner: Selbst aus einem höhergelegenen Gebäude dürfe man kein Wasser oder etwas anderes den unteren Gebäuden zuführen. Auf seinem eigenen Grundstück dürfe man nämlich nur insofern tun, was man wolle, als man nicht ein fremdes Grundstück mit Immissionen belaste; Rauch und Wasser seien nun aber gleichermassen Immissionen. Daher könne der Eigentümer des höher gelegenen Gebäudes gegen den des unteren darauf klagen, dass dieser kein Recht habe, so zu handeln. (übers. Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler)

Aristo war ein klassischer Jurist, der ein Gutachten an Cerellius Vitalis erteilte. Aufgrund dieser Stelle kann man die Regelung beim Auftreten von

<sup>33</sup> Vgl. auch Stevenson, 1949, S. 1 ff., S. 404 ff.; Gilfillan, 1965, S. 54; Weeber, 1994, S. 188.

Immissionen rekonstruieren.<sup>34</sup> Wenn das Eindringen von Rauch, Wasser und dergleichen vom Nachbargrundstück das gewöhnliche Mass überschritt, konnte man gegen den Nachbarn mit einem Interdikt (*interdictum uti possidetis*) vorgehen, wenn sich dieser ein Recht zu solcher Einwirkung anmasste, vor allem aber mit der *actio negatoria* (Eigentumsfreiheitsklage) (Kaser/Knütel, 2008, § 23 Rn. 14). Die *actio negatoria* richtete sich gegen denjenigen, der eine Grunddienstbarkeit (oder eine Nutzniessung oder ein ähnliches Recht) zur Einwirkung auf die Sache hatte. Sie stand nur dem Eigentümer zu. Ziel war die Feststellung der Freiheit des Eigentums von den angeblichen Beschränkungen und die Herstellung des vorigen Zustandes. Das Einwirken durch Immissionen konnte also zulässig sein, nämlich wenn es als Inhalt einer Servitut vereinbart war. Entsprechend konnte ein Servitutsinhaber auf dem Klageweg das Bestehen seiner Servitut (und damit die Berechtigung zur Immission) ebenfalls feststellen lassen.<sup>35</sup> Das Gutachten von Aristo lautet auf die Feststellung, dass der Beklagte kein Recht innehat, welches ihm die gerügte Einwirkung auf das Nachbargrundstück erlaubt oder ihn hierzu berechtigt.

Daran zeigt sich, dass die *actio negatoria* sich nur bedingt zum Schutz der Umwelt eignete bzw. einen solchen nur mittelbar bezweckte. Daraus könnte man herleiten, dass wohl auch Bleiimmissionen Inhalt einer Servitut sein konnten; wenn aber keine Servitut errichtet worden war, konnte der Eigentümer solches Einwirken durch die *actio negatoria* verbieten lassen. Nur der Eigentümer des beeinträchtigten Grundstücks, in der Regel derjenige des Nachbargrundstücks, durfte also diese Klage erheben.

34 Zur Stelle in diesem Zusammenhang vgl. Palma, 1988, S. 185 ff.; Starace, 2007, S. 5403 ff.; Solidoro Maruotti, 2009, S. 96 ff.

35 Für den Fall, dass Immissionen Sachen (besonders Tiere oder Sklaven) beschädigen, ist auch eine deliktische Haftung aus der *lex Aquilia* vorgesehen. Doch für den Fall, dass jemand absichtlich Immissionen verursacht, um gerade dadurch einen anderen in seiner Persönlichkeit oder körperlichen Integrität zu verletzen, kommt die Klage aus *iniuria* zur Anwendung. Es handelt sich hier auch um Rechtsmittel für den Eigentümer oder den Verletzten.

#### IV. Schluss

Um die eingangs gestellte Frage zu beantworten, ob die Römer einen rechtlichen Umweltschutz kannten, sind vor allem drei verschiedene Rechtsmittel betrachtet worden: die Interdikte, die *actio de effusis et deiectis* und die *actio negatoria*.

Im klassischen Römischen Recht gab es die prätorischen Interdikte, die unter anderem das Aquädukt, die Kanäle und die Wasserquellen rechtlich absicherten. Sie schützten überdies diejenigen Personen, welche die Wasserleitungen, Kanäle und Quellen reinigten, und somit nicht *per se* das Wasser in seinem natürlichen Vorkommen. Diese Rechtsmittel kamen hauptsächlich zur Anwendung, wenn ein Störer eine Reinigung der Wasserversorgungszuläufe verhinderte. Besonders das Interdikt *de aqua* wurde aber von der römischen Jurisprudenz zu einem Rechtsmittel gegen die allgemeine Wasserverschmutzung ausgeweitet, so dass das prätorische Verbot gegen denjenigen erteilt werden konnte, der die Sauberkeit des Aquäduktwassers gefährdete. In diesem Zusammenhang steht auch das Interdikt *quod vi aut clam*, das ein breites Anwendungsspektrum besass und sich deshalb besonders für den Umweltschutz eignete. Sogar für nicht vermögensrechtliche – also rein affektive – Interessen war es anwendbar.

Bei unzulässiger Abwasserentsorgung hat die *actio de deiectis vel effusis* eine Rolle gespielt. Trotzdem wurde die Verschmutzung von Strassen dadurch grundsätzlich nicht untersagt, vielmehr diejenige Verschmutzung, in deren Zusammenhang es zu einem Sach- oder Personenschaden kam. Jedoch lässt sich bei Bedrohung von kollektiven Interessen der Anklang eines Umweltschutzgedankens wahrnehmen.

Drittens schützte die *actio negatoria* gegen unrechtmässige Immissionen. Diese Klage war selbstverständlich auf ein privates Interesse gerichtet und nicht auf einen kollektiven Umweltschutz; nur mittelbar schützte sie die Umwelt. Fühlte sich namentlich der Eigentümer des beeinträchtigten Grundstücks nicht gestört oder hatte er sich mit dem Verursacher der Immissionen geeinigt und eine Servitut errichtet, waren Immissionen, ungeachtet ihrer umweltverschmutzenden Wirkungen, erlaubt.

Selbstverständlich sind alle drei Rechtsmittel privatrechtlicher Natur. Das Römische Recht ist grundsätzlich Privatrecht, da die Römer besonders dieses Gebiet entwickelt und gepflegt haben. Das Zivilrecht ist in der Tat wegen seiner anthropozentrischen Ausrichtung nicht zu einem systematischen Umweltschutz geeignet. Darum ist das heutige Umweltrecht zusätzlich systematisch im öffentlichen Recht geregelt und das Privatrecht kommt prinzipiell nach wie vor dann zur Anwendung, wenn subjektive Rechte Einzelner betroffen sind und es diese gegenüber dem dafür Verantwortlichen zu schützen gilt (Gerlach, 1989, S. 72).

Deshalb klingt es eher plakativ, von römischen Präjudizien (Zamora Manzano [2003]) im Umweltrecht zu sprechen. Die Römer hatten nicht primär zum Ziel, die Umwelt zu schützen; dies ist eine Sorge aus dem Geist unserer Zeit (Fiorentini, 2006, S. 356; Santucci, 2011a, S. 122).

Das hindert uns m. E. aber nicht daran, die modernen Kategorien wie Umweltschutz auch bei der Auseinandersetzung mit dem Römischen Recht zu gebrauchen, zumal moderne Dogmatik und moderne Kategorien Teil unserer wissenschaftlichen Ausbildung als Juristen unserer Zeit sind und wir daher mit und in ihnen denken (Betti, 1933, 271). Unsere Dogmatik soll als Mittel verwendet werden, das Römische Recht zu studieren und mit neuen Perspektiven zu vertiefen.

Wie schon Wacke (2002, S. 101 ff.) richtig hervorgehoben hat, verfügten die Römer über einige Rechtsmittel, die indirekt sehr wohl dem Schutz der Umwelt dienen konnten. Sie haben jedoch faktisch über das Individualinteresse hinaus umweltschützende Rechtswirkungen entfaltet. Was auf Grund der hier erwähnten Quellen m. E. hinzuzufügen ist, ist, dass das alles den Massnahmen des Prätors und der Interpretation der Jurisprudenz zu verdanken ist, die fortwährend den Kern des altrömischen Rechts weiterentwickelt haben. Der römische Prätor hat konkrete und gesellschaftliche Probleme gelöst und hat Rechtsmittel neu geschaffen. Durch die Erweiterung der Aktivlegitimation seitens der Juristen – besonders beim Interdikt *quod vi aut clam* und bei der *actio de deiectis vel effusis* – wurde es dann im Römischen Recht möglich, neben individuellen Interessen auch allgemeine (Umwelt-)Interessen mittelbar zu schützen. Das bedeutet nicht, dass bei den

Römern ein öffentlichrechtlicher Schutz der Umwelt existiert hat, sondern es besagt vielmehr, dass die Römer ein komplexes privatrechtliches System entwickelt und fortentwickelt haben, innerhalb dessen der Prätor und die Juristen nötigenfalls neue Ziele manchmal auch im kollektiven Interesse anstreben konnten. Dies kam dann auch der Umwelt zugute.

Das alles verbindet sich mit der einleitend erwähnten Plinius-Stelle: *spectant victores ruinam naturae* (als Sieger blicken sie auf den Einsturz der Natur). Man kann feststellen, dass diese zeitlich weitsichtige literarische Warnung nichts Einmaliges war. Die Umweltverschmutzung erfuhr sporadisch auch auf juristischem Gebiet Abhilfe.

## Literaturverzeichnis

- Bearzot, Cinzia (2010). Uomo e ambiente nel mondo antico. *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 7/2.
- Bedon, Robert/Hermon, Ella (Hg.) (2005). *Concepts, pratiques et enjeux environnementaux dans l'empire romain*. Limoges.
- Betti, Emilio (1933). Questioni di metodo. Appendice all'articolo «L'attuazione dei due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione». *BIDR*, 40, S. 270 ff. [Neudruck {1997}. In Giorgio Luraschi/Giovanni Negri {Hg.}, *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna* {Band 1} {S. 105 ff.}. Como.]
- Burdese, Alberto (1989a). Tutela privatistica dell'ambiente e diritto romano. *Rivista di diritto civile*, 35, S. 507 ff.
- Burdese, Alberto (1989b). Regime edilizio e rapporti di vicinato in età classica. *Labeo*, 35, S. 352 ff.
- Capogrossi Colognesi, Luigi (1993). L'interdetto «quod vi aut clam» e il suo ambito di applicazione. *Index*, 21, S. 231 ff.
- Capogrossi Colognesi, Luigi (1996). *Ai margini della proprietà fondiaria*. Roma.
- Casavola, Franco (1958). *Studi sulle azioni popolari romane. Le «actiones populares»*. Napoli.

- Chew, Sing C. (2001). *World Ecological Degradation. Accumulation, Urbanization, and Deforestation 3000 B.C. – A.D. 2000*. New York.
- Di Porto, Andrea (1990). *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza. I. Il ruolo di Labeone*. Milano.
- Di Porto, Andrea (1999). La gestione dei rifiuti a Roma fra tarda repubblica e primo impero. Linee di un «modello». In Feliciano Serrao (Hg.), *Societas – ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao* (S. 41 ff.). Napoli.
- Fagnoli, Iole (1998). *Studi sulla legittimazione attiva all'interdictum quod vi aut clam*. Milano.
- Fedeli, Paolo (1990). *La natura violata. Ecologia e mondo romano*. Palermo.
- Fiorentini, Mario (2006). Diritto e salubritas. Precedenti di diritto ambientale a Roma? I. La contaminazione delle acque. *Index*, 34, S. 353 ff.
- Fiorentini, Mario (2007). Diritto e salubritas. Precedenti di diritto ambientale a Roma? II. La tutela boschiva. *Index*, 35, S. 325 ff.
- Fischer, Renate (1996). *Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*. Aachen.
- Gerlach, Johann W. (1989). *Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts*. Berlin.
- Gilfillan, S. Colum (1965). Lead Poisoning and the Fall of Rome. *Journal of Occupational Medicine*, 7, S. 53 ff.
- Henderson, Alexander (1824). *History of Ancient and Modern Wines*. London.
- Hermon, Ella (Hg.) (2008). *Vers une gestion intégrée de l'eau dans l'empire romain. Actes du Colloque International Université Laval, octobre 2006*. Roma.
- Höcker, Christoph (1998). Insula. In Hubert Cancik/Helmuth Schneider (Hg.), *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike. Altertum. Bd. 5 Gru–Iug* (Sp. 1023 ff.). Stuttgart/Weimar.
- Hodge, Alfred Trevor (1981). Vitruvius, Lead Pipes and Lead Poisoning. *AJA*, 85/4, S. 486 ff.
- Hofmann, Karl B. (1883). Getränke der Griechen und Römer vom hygienischen Standpunkte. *Deutsches Archiv für Geschichte der Medicin und medicin. Geographie*, 6, S. 269 ff.

- Hofmann, Karl B. (1885). *Das Blei bei den Völkern des Alterthums*. Berlin.
- Honsell, Heinrich (1969). *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*. München.
- Horak, Franz (1987). Aesthetische Probleme bei den römischen Juristen. *Iura*, 38, S. 155 ff.
- Kaser, Max (1971). *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (2. Aufl.). München.
- Kaser, Max/Hackl, Karl (1996). *Das römische Zivilprozessrecht* (2. Aufl.). München.
- Kaser, Max/Knützel, Rolf (2008). *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch* (19. Aufl.). München.
- Kobert, Rudolf (1887). *Ueber den Zustand der Arzneikunde vor achtzehn Jahrhunderten*. Halle.
- Kobert, Rudolf (1909). Chronische Bleivergiftung im klassischen Altertum. In *Beiträge aus der Geschichte der Chemie: Dem Gedächtnis von Georg W. A. Kahlbaum gewidmet* (S. 103 ff.). Leipzig.
- Kupisch, Berthold (1990). Rezension zu «Di Porto, A. La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza. I. Il ruolo di Labeone». *Iura*, 41, S. 138 ff.
- Labruna, L. (2008). Rome et le droit de l'environnement. In Ella Hermon (Hg.), *Vers une gestion intégrée de l'eau dans l'empire romain. Actes du Colloque International Université Laval, octobre 2006* (S. 277 ff.). Roma.
- Lamberti, Francesca (1999). «Principio responsabilità» a Roma? *Labeo*, 45, S. 128 ff.
- López Gálvez, Mart N. (2006). Actividades perjudiciales para la salubridad del aire de los espacios públicos en el derecho romano. *Index*, 36, S. 401 ff.
- Meier, Stefan (1995). *Blei in der Antike*. Zürich.
- Mazzarino, Antonio (1969–1970). Un testo antico sull'inquinamento. *Helikon*, 9–10, S. 643 ff.
- Musumeci, Francesco (1992). Tutela dell'ambiente e diritto romano. *Index*, 20, S. 564 ff.
- Nardi, Enzo (1984). Inquinamento e diritto romano. In *Studi in onore di Tito Carnacini*, 3 (S. 755 ff.). Milano.



- Palma, Antonio (1988). *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*. Torino.
- Pancierà, Silvio (2000). Nettezza urbana a Roma. Organizzazione e responsabili. In Xavier Dupré-Raventós/Josep Anton Remolà (Hg.), *Sordes Urbis. La eliminación de residuos en la ciudad romana* (S. 95 ff.). Roma.
- Raber, Fritz (1972). Zum «pretium affectionis». In Franz Horak/Wolfgang Waldstein (Hg.), *Festgabe für Arnold Herdlitzka* (S. 197 ff.). München/Salzburg.
- Rainer, Michael (1987). *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*. Graz.
- Rosenblatt, Meyer (1906). *Beiträge zur Kenntnis der chronischen Bleivergiftung*. Rostock.
- Ruiz Fernández, Eduardo (2002). Notas sobre salubridad e higiene en la antigüedad romana. *Seminarios Complutenses de derecho romano*, 14, S. 133 ff.
- Santucci, Gianni (2011). Alterità e identità («apparenti», «tralatizie», «vere») tra diritto romano e diritti moderni. In Thomasz Giaro (Hg.), *Roman Law and Legal Knowledge. Studies in Memory of Henryk Kupiszewski* (S. 103 ff.). Warszawa.
- Santucci, Gianni (2011). Diritto dell'autore in Roma antica? *Index*, 39, 2011, 143 ff.
- Schwerteck, Hans (1997). Blei. In Hubert Cancik/Helmuth Schneider (Hg.), *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike. Altertum*. Band 2 Ark–Ci (Sp. 707 ff.). Stuttgart.
- Scobie, Alex (1986). Slums, Sanitation and Mortality in the Roman World. *Klio*, 68/2, S. 399 ff.
- Sitek, Magdalena (2000). Legal protections of the Natural Environment in the Pre-classical and Classical Roman Law. In Maria Zabłocka et al. (Hg.), *Au-delà des frontières: mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz, Vol. II* (S. 859 ff.). Varsovie.
- Solidoro Maruotti, Laura (2009). *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*. Torino.

- Starace, Pia (2007). Aristone e i fumi della taberna casiaria. Brevi spunti per una rilettura di D. 8.5.8.5. In Cosimo Cascione/Carla Masi Doria (Hg.), *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna* (S. 5403 ff.). Napoli.
- Stein, Peter (1955). The actio de effusis vel dejectis and the Concept of Quasi-delict in Scots Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, 4.3, 4<sup>th</sup> series, S. 356 ff.
- Stevenson, Lloyd Grenfell (1949). *A History of Lead Poisoning*. Baltimore.
- Thommen, Lukas (2009). *Umweltgeschichte der Antike*. München.
- Vögler, Gudrun (1997). *Öko-Griechen und grüne Römer?* Düsseldorf/Zürich.
- Wacke, Andreas (2002). Umweltschutz im römischen Recht? *Orbis Iuris Romani*, 7, S. 101 ff., ins englisch/afrikaans übersetzt (2002): Protection of Environment in Roman Law? *Fundamina*, 6, S. 87 ff. und ganz auf englisch (2002) *Roman Legal Tradition*, 1 ff.
- Walter, Hans Peter/Hurni, Christoph (2007). Haftung aus Systemvertrauen. Von der actio de deiectionibus vel effusis zur einfachen Kausalhaftung. In Pascal Pichonnaz/Nedim Peter Vogt/Stephan Wolf (Hg.), *Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag* (S. 675 ff.). Bern.
- Weeber, Karl-Wilhelm (1990). *Smog über Attika. Umweltverhalten im Altertum*. Zürich/München.
- Weeber, Karl-Wilhelm (1994). *Panem et circenses. Massenunterhaltung als Politik im antiken Rom*. Mainz.
- Wittmann, Roland (1972). *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*. München.
- Winkle, Stefan (1984). Die sanitären und ökologischen Zustände im alten Rom und die sich daraus ergebenden städte- und seuchen-hygienischen Massnahmen. *Hamburger Ärzteblatt*, 6 und 8.
- Zamora Manzano, José Luis (2003). *Precedentes romanos sobre el Derecho Ambiental. La contaminación de aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita forestal*. Madrid.
- Zimmermann, Reinhard (1992). Effusum vel deiectionibus. In Dieter Medicus/Hans-Joachim Mertens/Knut Wolfgang Nörr/Wolfgang Zöllner (Hg.), *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992* (S. 301 ff.). Stuttgart/Berlin/Köln.

## Roman law in the post-roman west

### A case study in the Burgundian kingdom

*Peter Heather*

Two major legal texts survive from the Burgundian successor state to the Roman Empire, which flourished in south-eastern Gaul in the late fifth and earlier sixth centuries. Of the provenance of one, there is not the slightest doubt. The *Book of Constitutions* in both its primary constitution and various details of its contents declares itself a collection of decrees issued by various known Burgundian kings. The other text – a brief compendium of some Roman law known to modern scholarship as the *Lex Romana Burgundionum*, but entitled in the manuscripts just *Lex Romana* – has to be identified as a product of the Burgundian kingdom by argument, although the grounds appear sound enough. The progression of the vast majority of its chapter headings shows a very marked similarity with that of parts of the *Book of Constitutions*. This shared progression is so particular that one text (which one is a much debated question) was surely modeled on the other, although, as yet, no clear consensus has emerged on this issue in the scholarly literature.<sup>1</sup> The main purpose of this paper, however, is not to focus on the technical issues surrounding the inter relationship of these two texts, but to use them to explore the extent to which Roman legal models and institutions continued to operate in the Burgundian kingdom. In doing so, it is also necessary to address two major issues of general interpretation whose resolution will dictate the main outlines of any understanding of the legal structures of post-Roman Burgundy.

The first has been responsible for generating much of the recent writing on Burgundian legal materials. In what recent scholarship would tend to

---

<sup>1</sup> The *Book of Constitutions* (BC) & *Lex Romana Burgundionum* (LRB) were both edited by De Salis (1892), whose introduction lays out the evidence for the relationship.

call ethnic terms, to whom were these lawcodes addressed? Are they – in the language of one of the oldest chestnuts of them all – personal law or territorial law? Did the texts each address one of the major ethnic components of the kingdom – Burgundians and Romans – or were Burgundian kings making law for everyone in the kingdom? Traditionally, the two texts have been viewed as personal law: the *Book of Constitutions* primarily for Burgundians, even if some of its provisions could not help but affect Romans as well, and the *Lex Romana* for Romans. This vision was influentially challenged by Patrick Amory. He argued (amongst other things, to some of which we will return in due course) that the text, while replete with ethnic terms – particularly «Roman» and «Burgundian» but also some others – was highly inconsistent, even contradictory, in its usage of them, to the extent that no judge could ever have been able to interpret them in practice. This was part of a broader argument that clearly discernible Roman and Burgundian subgroups within the kingdom's overall population had ceased to exist (had they ever in fact done so) by the second decade of the sixth century when, as we shall examine more closely in a moment, the *Book of Constitutions* as it currently stands was actually compiled. The study has been highly influential in some quarters, but has also prompted a restatement of the traditional view in a recent, major outline study of Burgundian history, so that there is hardly consensus on the issue.<sup>2</sup> This particular debate has added zest because a similar pair of texts survives from the broadly contemporary Visigothic kingdom of south-western Gaul and Spain. Understanding this dual pattern of legal text production is thus a key element in interpreting the broader history of Roman successor states in the west. The two alternative views obviously also dictate alternative visions of the survival of Roman law in the Burgundian kingdom.

The second issue is potentially of still broader interest, however, since its resolution has implications for general understandings of an even wider range of early medieval texts. If the first issue focuses on *whom* the Burgun-

2 For the traditional view, see e.g. Nehlsen (1978). This was challenged notably by Amory (1993), but vigorously restated by Favrod (1997), pp. 24–28.

dian legal texts were composed for, the second is concerned with the still more fundamental question of *what* they were composed for: the reasons behind the legislative activity to which they give us access. In traditional scholarship, these Burgundian legal materials, and especially the rulings captured in the *Book of Constitutions*, were always used alongside the other collections of early medieval law – the so-called barbarian law codes – both as a guide to actual legal practice in the early middle ages and then, more ambitiously, in attempts to reconstruct earlier, authentically Germanic judicial institutions prior to the absorption of influences from Roman law. There was never complete consensus over what was traditional, and what represented Roman-inspired innovation, but there was never any doubt that the codes gave historians access to actual early medieval practice.<sup>3</sup>

More recently, and again originally at least in Anglo-phone scholarship, this fundamental assumption has been subject to sustained critique over the last three decades or so. Emphasizing that the highly limited extent of literacy operating in the post-Roman west must raise *prima facie* doubts about the practical usefulness of legal rulings transmitted in textual form, and drawing on insights from anthropological studies of potentially analogous situations, this line of thought scholarship has developed the argument that written codes produced in such contexts tend to possess a largely normative rather practical value. Indeed, several more particular features of the barbarian codes have been identified as strongly reinforcing the broader argument that their practical application can only have been highly limited. Apart from legal texts in the Anglo-Saxon tradition, for instance, they were all written in Latin at a time when knowledge of that language was largely limited to Churchmen. The codes also contain obscure rulings which continued to be reproduced even when they were demonstrably incomprehensible to early medieval copyists, while individual laws even within the same codes sometimes contradict themselves, and the organization of the codes is often deeply haphazard, both jumping around between different

3 The culmination of the work of the *Rechtsschule* was in many ways Brunner (1961). Its basic tenets remain highly influential despite some critique in works such as Conrad (1962).

subjects and sometimes returning later to a previous subject apparently at random. For these reasons, it has been argued that the primary importance of producing these texts was their ideological significance rather than any practical utility. In short, early medieval law codes are in fundamental terms guides to what early medieval people (or some early medieval people) thought *ought* to happen, rather than to what in practice did happen, and a closely related line of scholarship has argued and partly demonstrated that other types of material, particular placita and other types of document that usually fall under the heading of «charters», provide a much better guide to the realities of early medieval dispute resolution than the strictures contained in the codes.<sup>4</sup> The end result, it seems fair to say, has been a detectable fall-off of interest in making use of the codes when trying to write early medieval history.

This line of argument would also suggest, once again, a particular view of the survival of Roman legal structures in the post-Roman west. If, as in the traditional view, we consider these texts to have been practical legal documents, then, whatever their actual contents, this would suggest that the fundamental point of Roman law had indeed survived the fall of the Empire, in that the elites of the new kingdoms continued to regulate their affairs by making and collecting written rulings. If, however, lawcodes become statements of theory and ideology rather than of actual practice, then much of the point of Roman law, whose essential practicality is beyond doubt, would have been lost.

As will emerge, there are some important ways in which this paper remains very much a work in progress, which cannot pretend to have solved all the interesting puzzles generated by the legal remains of the Burgundian kingdom: neither those contained within the two individual texts, nor those posed by their interrelations. Nonetheless, even at this stage of enquiry, the paper will attempt to show that close scrutiny of a neglected aspect of the

<sup>4</sup> The starting point of more recent discussion is the highly influential paper of Wormald (1977). Wormald's approach was heavily influenced by the work and teaching of J.M. Wallace-Hadrill and he, in turn, by the anthropologist M. Gluckman, esp. his *Politics, Law and Ritual in Tribal Society* (1965). Two important collections of essays by the «charter group» have turned the spotlight on other types of legal material: Davies/Fouracre (eds.) (1986); Davies/Fouracre (eds.) (1995).

rulings contained in the *Book of Constitutions*, especially when this is set against what is known of established late Roman practices of law-making and codification, offers new insights into both the target audiences and the fundamental purposes behind legislative activity in the Burgundian kingdom. These insights in turn suggest potentially productive new approaches towards the barbarian law codes as a broader genre of source material, and to the whole issue of the survival of Roman legal structures in the post-Roman west, although there will be no space here to do more than introduce this dimension of the topic in basic outline.

## I. The Book of Constitutions

### I.1 The Character of the Book

The paper begins with the *Book of Constitutions* (BC). Indeed, because the *Lex Romana* is a compilation of existing Roman law, the nature of whose contents is not in doubt but the vision of whose use is fundamentally dependent on the view one takes of the *Book of Constitutions*, the bulk of what follows will focus on this other text. Before moving into a detailed discussion of its contents, however, it is important briefly to introduce the main complexities of its manuscript tradition. To start with, all the extant manuscripts date to the Carolingian period and later, the best part of three hundred years after the laws were written, greatly increasingly, of course, the general scope for errors and corruption to have entered the text tradition. Within the extant manuscripts, the main text of the *Book of Constitutions* has been transmitted in a collection of 105 headings. In addition, however, the manuscripts incorporate a separately transmitted grouping of texts containing the last seventeen headings of the main text tradition, with four extra laws besides: the *Codices Extravagantes or Additional Enactments* (AE).<sup>5</sup> In most manuscripts, the 105 title text is preceded by a primary constitution (PC) which declares the compilation which follows to have been issued by King Sigis-

<sup>5</sup> For more detail, see the introduction of De Salis (1892).

mund on March 29th of the second year of his reign. The vagaries of our knowledge of Burgundian chronology mean that this could either be 518 or – more likely – 517. In favour of the earlier date is the fact that March 29th (also the date of issue of LC 52) fell within the Easter period for 517, when the Burgundian kings were accustomed to hold major court gatherings, and the PC was witnessed by upwards of thirty prominent Burgundians.<sup>6</sup>

As we have already seen, the *Book of Constitutions* has been much criticised in recent scholarship for muddle and inconsistency in its ethnic terminology. And although Wormald carefully distinguished a southern European tradition – including texts from the Visigothic and Burgundian kingdoms – which he saw as having been produced more directly after Roman example with more practical ends in mind than their northern European counterparts, there are some apparent inconsistencies within its text. BC 24.3 and 53, for instance, give contradictory accounts of a mother's inheritance rights (Wormald [1977]). In contrast to the prevailing impressions of muddle and confusion, however, this paper will begin by making the case for an alternative view of the *Book of Constitutions*. Properly understood, and judged against an appropriate frame of reference, it will be argued, the *Book of Constitutions* is actually and, on the contrary, a respectably coherent legal text. It is, first and foremost, the record of a developing legal system, which regularly updated and revised its previous rulings, and, second, that, while this record is certainly not arranged in a logical fashion by thematic topic, it is broadly – but not completely – arranged in chronological order.

One body of evidence that is obviously relevant to this enquiry consists of those relatively few laws whose text includes an indication of the date on which they were first issued. They are as follows:

<sup>6</sup> The case for 517 is argued for, amongst others, by Wood (1986) and – in more detail – Wood (2008). On the other hand, BC 62 is explicitly dated June 517 so that if it were part of the compilation originally legitimized by the PC, then this would suggest a date of 518: cf. Favrod (1997), p. 24–25. In some medieval MSS, Sigismund's name was altered to that of his father Gundobad, but this appears to have been no more than scribal error. For further comment on the dating problem, see below.

BC 42 = September 3<sup>rd</sup> 501

BC 45 = May 28<sup>th</sup> 502

BC 52 = March 29<sup>th</sup> 517

BC 62 = June 517

BC 76 = June 27<sup>th</sup> 513

BC 79 = March 1<sup>st</sup> 515

AE 20 = March 8<sup>th</sup> 516.

Given that there are 109 laws in total when you combine the *Book of Constitutions* and *Additional Enactments*, then the individually dated laws do not on the face of it provide much evidence either way. They would allow one both to deny any chronological ordering at all within the text, or to wonder whether two rather late laws from 517 (given that the collection as whole probably dates to March 518) have been inserted in what was otherwise a chronological progression. Fortunately, there is a much larger and more important body of evidence to consider.

This is provided by the relatively many laws within the code which refer to and/or develop upon previous rulings. For convenience, I have given a full listing of these references in Appendix 1 to my paper, dividing them into three categories. The first – and least important – category consists of rulings containing the general claim that they «add» in some way to existing laws. In practice, when checked out, these laws do not tie up in any specific way with other extant laws, so that the «adding» appears to be rhetorical rather than substantive. Much more important are the second and third categories.

The second consists of laws containing a phrase which explicitly signals that they are changing, extending, or modifying a previous ruling, and where a relevant previous ruling is also extant within the *Book of Constitutions* as it currently stands, so that it is possible to confirm that the cross-reference is correct. I count eighteen examples of such laws (listed in Appendix 1.2). The third category consists of laws which do not explicitly signal within their own text the need to read them in light of previous legislation, but which in fact do change, extend, or modify in some precise way a previous ruling, when one checks them against the remainder of the

*Book of Constitutions*. To some extent, this third category is more dependent upon the eye of the beholder. I have, for instance, included within it a law which took a legal principle established in other contexts and then applied it to sales of property. BC 99 applies to such sales a general principle of legal validation first established in the context of wills at BC 60, and then subsequently applied to emancipation (BC 88), in that case with an explicit reference back to BC 60 at BC 88. In my view, BC 99 clearly had BC 88 and BC 60 in mind, therefore, even if its text does not explicitly say so. Most of my claimed cross references in this third category are more straightforward than this, however; the 105 headings of the main text tradition provide 22 examples of this kind of cross-reference, and the *Additional Enactments* another three (Appendix 1.3).<sup>7</sup> Taken together, this evidence of cross-referencing prompts two major observations. First, it is important to recognize the sheer number of laws which alter or extend existing legislation. In the main text tradition, 18 out of 109 do this explicitly as well as substantively, another 25 out of 109 – although another eye might reduce this count a little – do it substantively but not explicitly. In other words, in 43 out of 109 rulings (including the *AE*), or in nearly 40% of cases, some existing point of legal substance is modified or extended. This percentage is impressively large in any case, but, when one takes account of the distribution of the cross-references within the overall text, the percentage becomes even more impressive. Not one of the active cross-references in my second and third categories falls within the first forty-one titles of the *Book of Constitutions*. If we treat these separately, the incidence of cross-referencing in the rest of the text increases massively to 43 out of 68 rulings or nearly two-thirds.

Further, and equally important, in each individual instance the legal cross-references work – on each of three appropriate levels:

i) One can actually find somewhere in the *Book of Constitutions* an earlier ruling which is being amended in some way, when a later ruling (from BC 42 onwards) tells you that it is doing this.

<sup>7</sup> As we shall see in a moment, it is possible that explicit cross-references were obliterated in my third category of laws by the editing process involved in turning original edicts into rulings suitable for inclusion in the *Book of Constitutions*.

ii) The amendment posited in the later ruling makes some kind of sense in relation to the earlier one.

iii) And also, very simply, that in each case the earlier ruling being amended occurs physically *before* the later ruling in the overall progression of headings within the text as it now stands.<sup>8</sup>

This second body of evidence provided by the internal cross-references within the text overwhelms in quantitative terms its relatively few dated rulings, and, to my mind puts beyond reasonable doubt the conclusion that *Book of Constitutions* is a text which was produced by chronological accretion. An original ruling on any topic was potentially subject to subsequent revision, and this clearly happened on many occasions. Equally important, while the dated laws show that this is not completely the case, the fact that the cross-references work makes it clear that the *Book of Constitutions* preserves both original rulings and their subsequent revisions broadly in chronological order.

If this conclusion is accepted, then one important element in the case for viewing the *Book of Constitutions* as fundamentally muddled and incoherent immediately disappears. The existence of all these cross-references, and the fact that they work, makes it clear that the *Book of Constitutions* is organised on fundamentally chronological grounds – i.e. in the order in which the different rulings were issued – rather than thematically by sub-heading. To criticise the text because the sub-headings do not follow a logical order and because rulings relevant to one another do not appear side by side would be thus to misunderstand it. The way to read the text, and the way that its contemporary readers presumably used it, was to start at the beginning when looking for relevant rulings, and read through to the end of the book to see if the original ruling had been modified and altered in any way subsequently. Obviously, this is not an absolutely ideal mode of organisation, but in the world before word processors made reordering texts

<sup>8</sup> Favrod (1997), p. 24 note 75 (after Nehlsen [1978]) argues that BC 43 refers to BC 60 and modifies it, which would contradict my conclusions. I would argue, however, that they have been misled by rhetorical references to ancient law in BC 60 into thinking it predates BC 43. I would argue that what BC 60 actually does in substantive terms is close a loophole in the number of required witnesses half left open at BC 43.3; i.e. the laws are in the right order.

easy, it did not make the *Book of Constitutions* in any way impractical as a lawbook, as a few additional observations serve to underline.

First, the number of rulings collected in the Burgundian tradition is not so vast that it would be difficult for a practicing lawyer or judge to find what they needed. I have read it through carefully no more than half a dozen times in my life, for instance, but am confident I have a pretty good grasp of the kinds of matters it deals with. It amounts, after all, to no more than 81 pages in its *Monumenta* edition and that includes lengthy apparatus (approximately two-thirds of each individual page). If, as a lawyer or judge, you used it once a month say – later the norm for comital courts – then you would quickly know it backwards, especially as the individual rulings were equipped with sub-headings to help you find your way around. Equally important, keeping things in chronological order conveniently enacted a vital legal principle. In any legal system, which had a central law-giving authority empowered with the right to modify existing legislation over time, as well as fill in any gaps that might be detected, you needed to make sure – as a user – that you had identified not just any relevant law, but the most relevant and most recent. Arranging rulings chronologically facilitated this process.

Second, the fundamental model for the Burgundian legal system, as every commentator has rightly insisted, was its Roman imperial predecessor, from which the Burgundian kingdom had emerged only in gradual stages. It too of course operated a highly centralized system of law-making, with the right both to make and update legislation on a whole variety of topics (indeed, there is some reason to suppose that the whole idea of kings as legislators in this vein entered Germanic kingship through imitation of Roman emperors; Wormald [1977]). The most recent of its lawbooks available to lawyers in the Burgundian kingdom, the *Theodosian Code*, had been produced in the 430s, collecting and reordering thematically over a hundred years' worth of imperial legislation. But emperors continued to issue new laws: the *Novellae* or *Novels*. For these new laws, even when they were subsequently collected and given descriptive titles (exactly as was done in the case of Burgundian laws in the *Book of Constitutions*) chronological order was

maintained as the basic principle of organization. The relatively few novels we have from the Emperors Majorian, Marcian, Libius Severus and Athemius are preserved entirely in chronological order. The much more numerous novels of Theodosius II (put out in an official collection) were reworked, with more than one law appearing in some cases under each descriptive title. If, however, one looks just at the dates of the *first* law under each title, then the whole collection is without exception again in chronological order by date of issue of the initial law under each heading. The same is also true of most of the collected *Novels of Valentinian III*, where numbers 1–13 and 21–36 are arranged entirely chronologically, with just a little jumbling in between.<sup>9</sup> This suggests strongly that new imperial rulings produced after the Theodosian Code were basically collected chronologically, and this was, in fact, an entirely sensible way to proceed. As the enacting legislation which produced the *Theodosian Code* declared, «the laws which are later are most valid» (C.Th. 1.1.5). The potential relevance of all this to a chronologically arranged *Book of Constitutions* is obvious. Roman imperial novels, and their collection provided a model both Burgundian kings' legislative acts, and for how to collect this material over time.

Third, Roman influence on post-Roman but still late antique legal systems was very general, where centralized law-giving systems either continued to exist or came into being. In such systems, it was entirely standard to start by collecting legislation in chronological order, even if – sometimes – later textual revision might eventually generate a thematic law code. Sixth-century Merovingian canon law, for instance, went through exactly this process. From the 580s onwards, there built up a tradition of holding, on a reasonably regular basis, episcopal synods which drew in a wide range of bishops from across the Merovingian world. The bishops met to consider various issues, and published their decisions in the form of canons. As such meetings became more regular, the bishops, in making new decisions, soon started to refer to their previous rulings, and a pattern of cross-referencing such as that we have observed in the *Book of Constitutions* began to emerge.

<sup>9</sup> For the *Theodosian Code* and subsequent imperial novels, see Mommsen/Meyer (eds.) (1954).

This made it necessary to keep a record of episcopal decisions, of course, and, on this point, the manuscript evidence is very clear. Conciliar canons were first kept in essentially chronologically arranged collections (although canons of old councils recently unearthed did occasionally break up the pattern), before a thematically ordered text of Merovingian canon law was eventually produced in the early seventh century.<sup>10</sup>

In yet another case, we cannot be quite so definite because too much early material has been lost, but I would suggest that a similar pattern of development is indicated by surviving legal texts from the Visigothic successor state. The so-called *Code of Euric* certainly does not appear to have been thematically arranged; subjects appear in too haphazard a fashion within its surviving fragment. That it was ordered chronologically seems a priori likely, therefore, but cannot be proved. Like the *Book of Constitutions*, its extant rulings also do not come with dates attached, and, unfortunately, not enough of it survives to be able to follow up the question of legal development through cross-references (although there is one extant reference to preexisting legislation at *CE* 327). Nonetheless, given that both kingdoms' legal systems were emerging simultaneously from the same late Roman model, my working hypothesis would be that such rulings as have survived from the *Code of Euric* were collected and arranged in broadly chronological order. Subsequently, we have references to a number of law codes issued by various Visigothic kings, but the next extant text we have is the *Code of Reccesuinth* from the mid-seventh century, more commonly known as the *Forum Iudicum*. This was a fully thematically arranged code, preserving, like its Theodosian predecessor, the chronological order of the individual rulings within its sub-headings.<sup>11</sup> At some point between the later-fifth and mid-seventh centuries, therefore, Visigothic law clearly managed the jump to light-speed from chronological to thematic arrangement, but the surviving fragments of the *Code of Euric* suggest that this had not happened in the early years of the kingdom's existence.

<sup>10</sup> On the original chronologically arranged texts, see Turner (1903); Vessey (1993). For the thematically ordered text which superseded them, see Mordek (1975).

<sup>11</sup> The Visigothic kingdom's legal texts are edited by Zeumer (ed.) (1902).

Seen in the light of this material, the character of the *Book of Constitutions*, as suggested by the internal evidence of its cross-references, becomes entirely comprehensible, and looks much less muddled. Burgundian kings – like their Visigothic peers – abrogated to themselves, or were allowed by their subjects to claim (or some combination of the two), the centralised law-making powers of the old Roman emperors. They made and revised legal rulings, and these were collected, in highly usable form, with descriptive sub-headings, in broadly chronological order, as Roman lawyers had themselves done with imperial edicts in between the great moments of thematic codification, and Merovingian canon and Visigothic secular lawyers, at different moments, would also subsequently do. All the Burgundian legal system lacked, to parallel the history of these peers exactly, was a subsequent leap from chronologically-ordered material into thematically re-organized law code. At the moment when its development was artificially cut off by first Ostrogothic and then Frankish military intervention and conquest, this probably wasn't yet necessary. The bulk of legal material was not yet so large as to require such a complex process of revision.

## I.2 Writing the Book

If this vision of the nature of the *Book of Constitutions* is broadly correct, as I think it must be, then we can also make significant progress towards understanding the processes involved in turning original royal edicts into the kinds of ruling extant in the code. The longest individual ruling we have, apart from the primary constitution introducing and validating the *Book of Constitutions*, is the final law of the group transmitted outside the main collection (*AE*21). This law was generated at an assembly held at Amberieux, explicitly describing itself as a record of decisions taken there after discussion. It was clearly not unusual for Burgundian laws to be generated in this fashion: following, that is, discussion at some kind of council or assembly. The whole *Book of Constitutions* was ratified at one, since no less than thirty-one leading Burgundians were present to witness the primary constitution, which brought it into force. Another was explicitly given at a further council



held on 3 September 501 (*BC* 42). Six more rulings refer explicitly to the decisions they contain as having been reached through discussions with nobles (*obtimates* or *comites*) or as embodying «the consent of all», or being made after «careful consideration», both of which sound like formulaic phrases indicative of discussion at a council (*BC* 1.1, 53, 74, 78, 105; *AE* 18).

If the fact that it was generated at a council does not require undue comment, therefore, three other aspects of *AE* 21 make it look very different from the vast majority of the other Burgundian legal rulings extant in the *Book of Constitutions*. First, it is half as again long as the next longest (itself unusually long), and many times longer than most. Second, it deals not with one subject – or even one subject area – but several. The first five substantive clauses all deal in some way with the social after-effects of recent warfare (*AE* 21.2–6), even if the precise topics are quite varied, but the rest of the text deals with a wide range of quite different matters from valid and invalid coins, to the procedures to be followed regarding pledges, to a reminder that churches and priests must be respected (*AE* 21.7–14). Third, unlike all of the other rulings, it does not come with a descriptive sub-heading to give the reader some sense of its subject matter: just a note about the council at which it was generated. The oddities are, of course, linked. The law cannot have a subtitle because it does not deal with one subject, but several. Compared to the rest of the *Book of Constitutions*, and again to late Roman precedents, however, the oddities of *AE* 21 are highly suggestive.

The individual rulings one finds in edited late Roman legal compilations, particularly the *Theodosian Code*, look extremely similar in fact to those we read in the *Book of Constitutions*. They are usually short, focus on one substantive point, and come in chapters equipped with descriptive and reasonably accurate sub-headings. We know, however, that in their original form, the imperial edicts from which these rulings were taken often looked much more like *AE* 21. Like the document produced at the Burgundian assembly at Amberieux, these edicts often covered multiple and highly varied subjects: whatever, in fact, had been discussed and decided upon on in council on the given day. This point emerges clearly when rulings collected in the *Theodosian Code* are rearranged by date of issue. Not

always, but often, highly disparate subjects were covered in a single catch-all edict. What happened when such edicts were edited to appear in the code, therefore, was that individual sections of the same edict were separated from one another and placed in different, sometimes widely separated chapters of the final *Code* according to the particular subject matter that they addressed, while superfluous justificatory rhetoric was often also omitted. Indeed, the survival within the *Theodosian Code* of the two edicts which instructed the commissioners who created it, means that we are well acquainted with some of the details of the editing process which the commissioners followed. They were specifically allowed to omit the rhetorical verbiage which often prefaced lengthy imperial edicts (a great deal about legislating for the good of humankind etc. etc.) and were told to extract from the edicts only substantive decisions encompassing *generalitas*: a principle or point of general application, which was not just applicable to one case only (*C.Th.* 1.1.5–6). Now *generalitas* was certainly in the eye of the beholder, and some of the verbiage slipped through. Nonetheless, the edited laws in the *Theodosian Code* do very generally follow the principles laid out in these instructions.<sup>12</sup>

Comparing *AE* 21 to the type of ruling one finds elsewhere in both the *Book of Constitutions* and the *Additional Enactments* suggests that similar processes were applied within the Burgundian kingdom. The primary constitution acknowledges, for instance, that some kind of editing process underlay the creation of the code that it prefaced, noting that the laws included in the code had been «corrected by joint discussion» (*PC* 3). And the detailed evidence of texts strongly suggests that this process was highly analogous to documented Roman precedent. Several Burgundian laws make reference to their own general applicability (e.g. *BC* 49.1, 51, 74, 89.1), suggesting that *generalitas* was on the minds of Burgundian as well as Roman codifiers. *AE* 21 also came with prefatory verbiage, as do a relatively small number of the rulings which eventually made it into the

12 On these processes, see Seeck (1889); with more recent comment by Sirks (1993); and by Matthews (1993; 2000). See also now Honoré (1998), esp. cc. 6–7; Sirks (2007), *passim*.

*Book of Constitutions* (e.g. BC 50, 80, 89.1; AE 19). But in most cases, as in the *Theodosian Code*, the edited rulings are in their final form very baldly stated, lacking self-justificatory nonsense of any kind. It was also in line with Roman editing practice to retain laws in the text even though they had been superceded by subsequent legislation, and this too holds true, as we have seen, of the *Book of Constitutions*.

These particular correspondences suggest very strongly that a broadly similar editing process turned original edicts into rulings within codes both in the later Roman Empire and in the Burgundian kingdom. If material from AE 21 had it made it out of the collection of *Additional Enactments* and into a formal code at some point, it would thus have undergone several transformations. Items 2–6 might have ended up together under the same heading, but the order about coins (21.7) would likely have been included under a separate title (*Concerning Valid Coins?*), as would some of the others. Other parts, by contrast, might well have been omitted entirely, such as the justificatory verbiage (such as that in the Preface AE 21.1, and that at 21.11 on the need to judge cases according to established law) and those parts of the edict which merely reiterated existing law (e.g. 21.12 reiterating that Burgundians were not to demand anything further from their Roman hosts and 21.13 demanding that Churches and churchmen be respected).<sup>13</sup> In other words, once this kind of editing process had been applied, it would no longer be at all apparent from its edited remains that one edict, recording decisions made at a single assembly, had originally been responsible for several rulings which would be preserved in separate chapters of the edited code, each equipped with its own descriptive heading. And although it is impossible to prove absolutely, because – unlike their Roman counterparts in the *Theodosian Code* – the individual laws taken from composite edicts

<sup>13</sup> The survival or disappearance of explicit cross-references in the laws discussed above might also be explicable in terms of the editing process. Comparing Appendix 1.2 with 1.3, explicit notes of substantive cross-references commonly occur between the early 40s and mid-50s of the *Book of Constitutions*, but then, while cross references in substance remain very important from 59 through to the mid-70s, the edited rulings do not carry an explicit reference to «existing» or «previous» law. This might reflect the preferences of different individual editors as to what to include or omit.

did not each retain their date of issue, it seems to me nonetheless highly likely that many of the laws included under separate headings in the *Book of Constitutions* originated in composite edicts like AE 21.

There is good reason, moreover, to think that the demonstrable similarities between the editing processes behind both the *Theodosian Code* and the *Book of Constitutions* are not accidental, and that the Burgundian codifiers explicitly and deliberately followed established Roman precedent. To start with, the *Theodosian Code*, which laid out these principles in its own prefatory edicts (*C.Th.* 1.1.5–6), was well-known within the Burgundian kingdom. The *Lex Romana Burgundionum* drew upon a variety of Roman legal sources, but the greatest number of them – perhaps not surprisingly – are from the Code. De Salis, who edited the text for MGH, identified 64 direct citations from it and there may well be more.<sup>14</sup> Two extant sixth century manuscripts of the Code, likewise, originated at Lyons, which fell within the Burgundian realm, while the city of Autun – also part of the kingdom from an early date – was famous for its law schools and one of the main legal centres of the late Roman west. This school was responsible for the survival of some unique Roman legal texts, not least the palimpsest *Institutes* of Gaius. It is at least possible, therefore, that the developed and highly Romanising character of Burgundian law was an accidental by-product of having acquired control of Autun.<sup>15</sup>

The overall pattern of cross-references to «existing» or «previous» legislation also prompts one final thought about how the *Book of Constitutions* in its extant form came to be compiled. Looking at the distribution of these cross-references, it becomes rapidly apparent that, from law 42 onwards, as we have seen, the *Book of Constitutions* went through a massive change of pace. A few very early rulings include some general rhetorical comment about «adding to the laws» (BC 1.1, 1.3, 1.4, 2.2), and there is one vague

<sup>14</sup> See the introduction of De Salis (1892) to *Leges Burgundionum*. But no complete text of the *Theodosian Code* survives, so that the citation of *CJ* he identifies at *LRB* 30.3, for instance, may really be an additional citation from the full original text of *C.Th.*

<sup>15</sup> For the two 6<sup>th</sup> c. MSS of *C.Th.* from Lyons, see Lowe (1959), p. 13; 1934, p. 33, 1950, pp. 21–22. On the importance of Autun, see Volterra (1949); Riche (1965).

reference at BC 18.1 to an «ancient rule of blame» operating «among Burgundians». That, however, is the sum total of cross-reference to existing laws. The first 41 constitutions contain no substantive cross-references at all, signaled or not, to extant previous rulings. The contrast with what follows is sharp. As many as fifteen out of the next twenty constitutions (BC 42–61) contain substantive cross-references to extant laws within the code, the vast majority of them to BC 1–41, and cross-references continue to abound in the remainder of the collection (Appendix 1.2 & 1.3). All told, whereas the first 41 Burgundian legal texts produce no internal cross-references at all, in the remainder of the text they occur in approximately two out of every three laws (43 out of 68 including the *Additional Enactments*). The disparity between BC 1–41 and the rest of our Burgundian legal material could not be more striking, and the phenomenon clearly requires some kind of explanation. To my mind, the simplest and most likely is that BC 1–41 belong to a first Burgundian code, which then provided a clear and strong frame of reference against which subsequent legislation was aligned (hence the number of cross-references starting from BC 42 onwards).

In the absence of early manuscript evidence, the hypothesis cannot be proved, but the substantial difference between BC 1–41 and the rest of the text needs to be accounted for in some manner, and in both the Visigothic and Frankish kingdoms, not to mention the Roman Empire, outdated legal materials (including earlier editions of lawcodes) generally failed to survive, so the lack of MS evidence for this putative earlier code is itself no great objection. Charlemagne's edition is so predominant among surviving manuscripts of *Lex Salica*, for instance, that a virtually systematic destruction of earlier editions has to be envisaged. In the Visigothic kingdom, likewise, only a palimpsest of a small part of the so-called *Code of Euric* (chapters 276 to 337 out of maybe 350 in total) survive from the two hundred years or so of the kingdom's legal history which preceded the *Forum Iudicum* of Reccesuinth, while each moment of legal reform in the Roman Empire seems to have led to the destruction of the now outdated

materials.<sup>16</sup> As to the date of this putative earlier code of the Burgundian realm, that again can only be hypothesis. But Gregory of Tours tells us that Sigismund's father Gundobad called an assembly and issued *leges mitiores* in or shortly after the year 500 when he defeated his brother Godegisel who had allied himself with the Frankish King Clovis (*Historiae* 2.33).<sup>17</sup> Such indications as we have are perfectly compatible with this having been the moment when the earlier code was drawn up. BC 42, the first text to contain a cross-reference to earlier material is actually the first to carry a date too. That date, interestingly enough, is September 3<sup>rd</sup> 501; i.e. immediately after the issuing of the *leges mitiores*. The only ruling within BC 1–41 to carry any sense of date, BC 3, also speaks very clearly in the voice of Gundobad, and must have been originally issued in his reign. It seems reasonably likely, therefore, that BC 1–41 belongs to (or is the complete text of) an earlier Burgundian code, which subsequent individual rulings often extended or modified in some way, before they themselves were edited together with it to create the *Book of Constitutions* as we now have it.<sup>18</sup>

What this suggests more generally, of course, is that there was more than one moment of legal codification within the Burgundian kingdom: Gundobad's moment of glory in c.500 followed by another in the reign of Sigismund, whether that was March 517 (probably) or (possibly) March 518. This, too, would be very much in line with Roman precedent, where moments of codification were followed by a steady stream of new law – novels – some of which were later pulled together with the earlier codes into enlarged composite texts. Justinian's *Corpus iuris civilis* edited together jurist material, three pre-existing codes (including the Theodosian) and imperial novels, for instance, but the need to combine existing codes into one composite one was acknowledged as early as 429, and the Emperor

16 On the MS tradition of *Lex Salica*, see Eckhardt (ed.) (1962); Visigothic laws as above note 12.

17 Cf. Marius of Avenches s.a. 500; for full discussion of a range of alternative possibilities, see now Wood (2008).

18 The distinctive character of BC 1–41 has long been recognized: Favrod (1997), p. 26, who also notes that two medieval MSS arguably preserve part of a preface to Gundobad's putative code.

continued to issue novels of his own once the project was complete.<sup>19</sup> In the Burgundian case, Gundobad's original code and some subsequent new laws were pulled together into the code of law of King Sigismund to which the extant *Primary Constitution* of the *Book of Constitutions* originally applied. But that was still not the end of the story. As the existence of the *Additional Enactments* shows, new laws continued to be issued, some of which (the final four) had not been edited into extant texts of the *Book of Constitutions* by the time the Burgundian legal tradition came to halt.<sup>20</sup>

We are now in a position to offer some provisional conclusions about the creation of the *Book of Constitutions*. In essence, it is the record of a developing legislative system operating in the Burgundian kingdom in the late fifth and early sixth centuries. What we have is the result of sixth-century editors having abbreviated and slightly annotated (via descriptive titles) royal edicts which were sometimes – perhaps often – originally issued in the form of longer, composite edicts dealing with multiple subjects, and which were sometimes (maybe customarily) generated at large assemblies. The process of codification under King Sigismund also for the most part preserved the chronological order in which the edicts were originally issued, facilitating lawyers' use of the text, and, following Roman precedent, did not excise rulings which were now superceded. It may well also be that Sigismund's effort at codification built upon an earlier one on the part of his father Gundobad, the fossil of which is preserved at BC 1–41.

All this said, I cannot, and would not want to, claim to have solved all the problems. I do not know why BC 52 and 62 are out of chronological

19 The need for a comprehensive text such as the *Corpus Iuris Civilis* is laid out at C.Th. 1.1.5 to be the second stage of the Theodosian project, but it never happened. For an excellent introduction of what happened under Justinian, see Honoré (1981).

20 This raises the issue of the original size of Sigismund's legal compilation. If it were issued in 517, then the fact that BC 52 dates to the same day as the PC might suggest it originally ran only as far as BC 51. But if, as the distribution of cross references suggests, Gundobad's text had run to BC 41, this would mean that Sigismund's compilation only added 10 extra rulings, which does not seem many for an intervening decade and a half of legal activity since the *leges mitiores*. With this in mind it is worth noting that while BC 52 & 62 postdate the *Book of Constitution's* PC, BC 76 & 79 predate it. This might suggest that 52 & 62 were later insertions into Sigismund's original text, which ran at least to BC 79 and perhaps beyond, making for a satisfactorily substantial update to Gundobad's original text.

order, nor is it clear to me whether BC 1–41 was more likely all to have been written at a single moment, or again created by pulling together materials from what were originally separate edicts. It is also unclear to me why just a few laws should have been included with explicit evidence of their date of issue, except perhaps that BC 42 retained its date in order to mark the break between original code and subsequent legislation. None of these problems undermines the basic picture, however, which is firmly based upon a combination of internal evidence from the text (particularly the nature and incidence of its cross-references) and comparison with late Roman precedent. Both strongly suggest that the *Book of Constitutions* was not at all muddled, and not remotely difficult to use in practice. Indeed, what its evidence rather demonstrates is that a political community within the Burgundian kingdom – those who gathered for the major assemblies at least and perhaps others besides – used a legislative mechanism to tackle highly practical problems (such as married women's inheritance rights) and to adjust existing rulings when unforeseen difficulties arose in their application. This initial conclusion to the first of the major issues surrounding the *Book of Constitutions*, however, merely adds immediacy to the second. For if the text shows us a real community making use of the written law to tackle practical problems, this only makes it all the more imperative to be able to identify the community involved. Who were the users? To whom within the Burgundian kingdom did the strictures of the *Book of Constitutions* apply?

## II. Personality and territoriality

### II.1 The application of the law

One important and highly relevant body of evidence consists of the statements on this subject to be found within the *Book of Constitutions* itself. The best known comes from its primary constitution (PC) which established the validity of the collection as a lawbook:

Therefore all administering the law and judges must judge from the present time on between [*inter*] Burgundians and Romans according to our laws (PC 4).<sup>21</sup>

And cases between Romans and Burgundians do provide one distinct line of interest within the substantive rulings which follow. In particular, a series of laws address the issue which has become a *bête noir* of modern interpretations of the fall of the Roman Empire: the method by which «barbarian» outsiders were accommodated financially within the successor states they carved out from the Roman body politic. A generation ago now, Walter Goffart vigorously argued that the outsiders were everywhere accorded grants of taxation income rather than actual land, and the debate still continues, with the Burgundian evidence playing a starring role (Goffart [1980]).<sup>22</sup> For the purposes of the present paper, the answer doesn't matter particularly, but the *Book of Constitutions* makes it clear that, within the domain of the Burgundian kings, the allocation of these grants (whatever their nature) was a multi-stage process, which saw any number of piecemeal gifts to individuals being rounded off at one point with a general grant to any Burgundian freemen, who were by then still unendowed, of «one-third of the slaves and two-thirds of the land». Interestingly, the *Book of Constitutions* fails to preserve this original order, but does refer back to it at BC 54.<sup>23</sup> What it does preserve, however, is a developing body of law concerned to regulate the social and economic consequences of the close relationship that the lost original order had established between a whole series of Burgundian freemen and Roman landowners. A number of laws concerned themselves with what was to happen if one of the new partners was drastically to change the economic value of their holding, whether by creating vineyards out of arable land (vineyard being financially much more rewarding), or by bringing forest into arable production by assarting. In general terms, the law took the view that the

21 Amory (1993) tries to make *inter* mean «among» Romans and barbarians, but the sense of the text seems clear, especially in the light of what follows.

22 For counterargument, see, amongst others, Wood (1990), pp. 53–69.

23 The *Theodosian Code*, likewise, doesn't preserve all the edicts we know to have been issued in the fourth century, even important ones, such as those on religious toleration issued by Constantine, Jovian, and Valentinian & Valens.

other partner was entitled to some share in the new wealth generated (BC 31, 55.12, 67). Other laws tried to make sure that no Burgundians took more than their established portion of the land and slaves (BC 54.1, AE 21.12),<sup>24</sup> and established the principle that any Burgundian freeman (whether born or created by manumission) was entitled to his share of the allotment in due course and could not be disinherited by his father (BC 51, 57). The law also attempted to regulate the alienation rights of Burgundian freemen, allowing them to sell allotted lands in one place, only if they had more elsewhere, and granting the Roman partner rights of preemption should anything in fact be sold (BC 84). These economic arrangements had social effects as well, and these, too, the legislation addressed. No Burgundian was allowed to interfere in boundary disputes between Roman landowners (even though this might affect the value of the Burgundian's allotted share of a landholding), and the newly intimate relationship generated by such sharing of estates may underlie more general prohibitions about Romans trying to procure the legal assistance of Burgundians in inter-Roman legal cases (BC 55.1–5; cf. 22).

All of this is straightforward. The allocation of economic allotments on the basis of pairing individual Burgundian freemen with individual Roman landowners created a whole series of intimate relationships between new sets of partners from the two groups, and turned the former into a new and highly privileged social grouping within the kingdom. Any original act of this kind could never have been the end of the story, but was bound to generate a whole series of further issues as life went on and its consequences slowly worked themselves out. In addition to the major ones stemming more or less directly from the settlement, a few smaller ones also attracted legislative attention: a scam whereby Burgundians passed over the duty of providing hospitality to foreign legates onto the Roman population alone (BC 38.7); what should happen if a Roman girl married a Burgundian without her parents' consent (BC 12.5); and procedures to be followed if a Roman had a

24 But note – and this is the only major inconsistency I find in the Burgundian legal texts – that AE 21.12 says Burgundians got only half the land and no slaves.

case against a «barbarian» (= Burgundian?) slave (*BC* 17.5).<sup>25</sup> The aftermath of the settlement no doubt generated a whole series of other issues as well, and this general context may be the key to interpreting another well-known passage from the primary constitution:

«Let no Roman or Burgundian count, in the absence of the other judge, presume to decide any case however often they may desire it, so that consulting frequently they may not be in doubt concerning the provisions of the law (*PC* 13).»

Evidently it was customary for judges to sit in pairs, and it would be only sensible for Burgundian and Roman judge to preside together when dealing with the no doubt many cases generated by the new relationships between Burgundian freemen and Roman landowners.<sup>26</sup> From all of this, however, one interprets *PC* 13, there is no doubt that the process of settling individual Burgundian freemen on individual Roman landowners threw up many new issues between the two parties and one concern of the *Book of Constitutions* – affecting about 10 laws out of the total of 109 (including the *AE*) extant laws – was certainly to regulate them.<sup>27</sup>

Cases between Romans and Burgundians were not, however, its only concern. Twelve rulings in eleven laws explicitly state that they were meant for Burgundians alone. They are listed at Appendix 2.1.<sup>28</sup> An evolving approach to female property rights occupies four of them (*BC* 14, 24, 44, 101), two more are concerned with other aspects of property law (*BC* 54, 84), two others address manumission among Burgundians (*BC* 40, 57), and the others deal with a variety of smaller issues. In one of the traditional views

25 I do wonder if, in the few places where the word «barbarian» appears in the text, we are not looking at a corruption for «Burgundian».

26 *Nullam causam absente altero iudice vel Romanus comes vel Burgundio iudicare praesumat*. The clause has usually been interpreted in the manner indicated in the text. Amory, 1993, pp. 20–21, wants it to mean merely «any judge, whether Roman or Burgundian», but the phrase *absente altero* strongly suggests something much more specific.

27 In what follows, I will attempt to put figures on the number of laws aimed a different categories of addressee. This is not a straightforward process because individual laws can contain several rulings, and these could have different addressees. For simplicity, however, I have stuck to laws rather than rulings within laws, which means that my figures are slight approximations. Matters are in the end clear enough I think (as will emerge) for this not to matter.

28 De Salis, 1892, p. 11, gave 10 examples of laws just for Burgundians (*BC* 14, 18, 24, 40, 42, 51, 60, 61, 79, 101), without claiming the list as exhaustive. His 10 include some in my second category & at least one law addressed to «anyone» (*BC* 79), which I am unconvinced about (see below).

of the *Book of Constitutions* – considering it personal law – this small group explicitly addressing Burgundians alone is regarded as just the thin end of the wedge. The existence of the previous category of laws – addressing Romans of necessity because of their interrelations with Burgundians – was never denied, but, otherwise, as has recently been restated with vigour, the traditional claim is that the *Book of Constitutions* addressed Romans only «exceptionally» and «rarely» (Favrod, 1997, S. 24, N 73). The implicit claim here, of course, is that the vast majority of the text's other rulings were addressed to Burgundians alone and that it should consequently be viewed as a text of personal law. Do their contents sustain this claim?

In addition to the eleven laws explicitly for Burgundians, there are another twenty, whose wording does not explicitly state that they were just for Burgundians, but whose substantive contents makes this, in my view, at least an arguable proposition. These are collected at Appendix 2.2, where I also offer brief notes on why I think this may be so. I have used there three criteria of varying importance. Most important is the evidence provided by substantive cross-reference between the contents of these laws, and those of the eleven laws which are explicitly for Burgundians. Many of the twenty texts modify or extend rulings given in those laws, so it seems arguable that they too were aimed just at Burgundians, even if the edited text does not explicitly say so. In addition – and sometimes the criteria overlap – I have included some laws in this group because they differ from long-established Roman norms (such as *BC* 1). The third possible indication I have noted involves references to «our people» (*populus noster*), collected at Appendix 2.3. But the significance of this phrase is not unproblematic. In some cases, enough to attract our attention, it clearly or arguably means «Burgundians» as opposed to «Romans» (*BC* 1, 43, 45, 51, 54.1, 74). There are three other cases, however, where a reference to «our people» begins a law which goes on to address everyone in the kingdom (*BC* 46, 76, 77), so that it is a far from infallible guide.<sup>29</sup> Even

29 Unless one supposes that an abuse noted first among Burgundians has stimulated a measure that then applies to everyone. This is not impossible. Amory (1993), 8–9 argues that *populus noster* clearly changed its meaning over time from designating just Burgundians to the entirety of the kingdom's population, but his argument is based on the phrases *leges nostrae* (*PC* 3), *provinciae ad nos pertinentes* (*BC* 6.1), *regnum nostrum* (*BC* 47) and *regio nostra* (*AE* 21.1). These are certainly

if the application of some of these laws is debatable on an individual basis, there is nonetheless no doubting the broader point. In addition to the ten or so laws addressing issues between Romans and Burgundians, the *Book of Constitutions* also contains a substantial body of material – perhaps 30 laws out of 109 – explicitly or arguably addressed to Burgundians alone.

We have accounted thus far for about 40 out of the 109 laws altogether in the *Book of Constitutions* and *Additional Enactments*. A third very straightforward body of material explicitly addresses itself to Burgundians and Romans together. The normal phrase is *tam Burgundio quam Romanus*, and its significance appears quite straightforward. Such laws were addressed to both Burgundians and Romans equally (hence it forms a slightly different group from those laws addressing the issues thrown up between the two parties by the settlement process). These laws are listed at Appendix 2.4, with some variants noted, and eighteen laws altogether fall into this category, including the *Additional Enactments*. This is a substantial body of material within the text as a whole: encompassing about one sixth of all the laws. If you add to these laws the 10 more addressing Burgundians and Romans over what we might call settlement issues, then this figure immediately rises to about one quarter of the whole. Twenty-five percent of the laws in the *Book of Constitutions*, in other words, explicitly address themselves in some way to the Burgundian kingdom's Roman population. I cannot agree, therefore that the *Book of Constitutions* addressed Romans only «rarely» and «exceptionally».<sup>30</sup> If one quarter of your time is spent doing something, this may not be your majority activity, but neither is it «rare» or «exceptional».

A little further probing makes the case for seeing the *Book of Constitutions* as Burgundian personal law still more difficult to sustain. A large number of the remaining rulings not so far accounted for are addressed in one of three ways. Twelve laws not falling into any other category are addressed to what Fischer Drew translated as «a native freeman»; the Latin is *ingenuus* and its variants. Eleven such laws are addressed «whoever» (Latin

*quicumque*), and another nineteen «if anyone» (*si quis*). Taking these three forms of address together, another forty-two laws not in any of our other categories are up for grabs, and I have listed them at Appendix 2.5–7. In fact, they all look like stylistic variants for the same body of people, and often turn up – seemingly interchangeably – in different clauses of the same laws. It is of extreme importance to decide, therefore, which population group or groups these three terms address.

Adherents of the personal law theory obviously need to claim them as laws just for Burgundians (although that would still leave, as we have seen, an uncomfortably large one quarter of the text addressing Romans). In fact, I think it much more likely that, like the previous category addressing Romans and Burgundians together, all three of these modes of address were ways of making law for the entire population of the kingdom. To start with, this is, *a priori*, what you would expect *si quis* and *quicumque* to mean. In a lawbook which demonstrably sometimes addresses the entirety of the kingdom's population, the natural meaning of «if anyone» or «whoever» would be that total population. The same, interestingly, is true of *ingenuus*. Used in conjunction with freedmen and slaves as one of three basic social castes, this is not a Roman concept. It is very clear from a whole series of rulings, however, that Roman society in the Burgundian kingdom, was recast after this model, with Romans finding themselves turned into freemen, freedmen, or slaves. Without further qualification, therefore, freeman could apply perfectly well to Romans in the Burgundian kingdom. Equally important, there are several laws where the catch-all descriptive term *tam Burgundio quam Romanus* (or one of its variants) is combined with each of these other three forms of address. *BC* 4, 8, 26, and 47 combine it with *ingenuus*, *BC* 9, 10, 13, 21, and 28 combine it with *si quis*, and *BC* 7, 21, 31, 38, and 96 combine it with *quicumque*. You could just about argue, I suppose, that these three phrases were only meant to include Romans as well as Burgundians only when the catch-all descriptive was present, but that seems very forced. What it really suggests is exactly the opposite, namely that the appearance of all these three forms of address – like *tam Burgundio quam Romanus* – meant that a law was addressing the entire population of the

inclusive phrases as he argues, but the point at issue here concerns *populus* not *noster*, and these other usages of *noster* do nothing to gloss it.

<sup>30</sup> Cf. Favrod (1997), p. 24.

kingdom. We can therefore add about another 40 further laws to the 28 or so we had already identified as addressing Romans as well as Burgundians, so that out of the 109 extant Burgundian laws, fully 68, or pretty much two-thirds, address the Roman population of the kingdom (if often in conjunction with Burgundians). The law-making of Burgundian kings, at least in so far as it is represented by this collection of edicts, therefore, most commonly addressed neither their Burgundian nor their Roman subjects alone, but both groups together, whether in regulating specific issues of contention between them – such as the complexities of the cohabitation pressed upon them by the method used for endowing Burgundian freemen – or in simply passing new laws which were to apply equally to everyone in the kingdom.<sup>31</sup>

Again, not every puzzle can be solved. I'm not sure how many of my arguably Burgundian laws (Appendix 2.2) really were just for Burgundians. There is also a group of eight laws which I cannot make my mind up about at all (Appendix 2.8). But the fact that we as outsiders, reading these laws fifteen hundred years later, aren't entirely sure of every point of detail doesn't necessarily mean that contemporaries would have been so puzzled. Indeed, in the case of the vast majority of the rulings in the *Book of Constitutions*, it is perfectly clear even now which population group they were designed to address. Some laws were addressed at particular groups (just Burgundians), some concerned themselves with particular problems (those generated by the new coexistence of Burgundian freeman and Roman landowner), and most addressed the kingdom's population as a whole.

In broad terms, therefore, the picture suggested by the internal evidence of the text is perfectly coherent. The king of the Burgundians clearly took upon himself – or was accorded (or a mixture of the two) – the power to act as the supreme legal authority for everyone in the kingdom, enacting many new laws which affected its entire population. In that sense, the *Book*

31 And the number would only be increased by however many of the laws arguably addressing just Burgundians (my Appendix 2.2) that one chose not to accept as such. Amory (1993) followed by Wormald (1999), p. 38 picks up only on those laws addressed to Romans and Burgundians, and hence puts a much lower figure on the number of laws aimed at the entire population of the kingdom.

of *Constitutions* is fundamentally a territorial law code, so that we have come to an answer to one of the major questions with which we began. At the same time, particular circumstances sometimes required specific laws for particular sections of the population, so that just Burgundians, or sometimes just Romans were addressed, as we have seen, by specific laws which were not designed to apply to others. In addition to Burgundians and Romans, smaller ethnic groups (for want of a better term) were occasionally addressed as well. The code contains one law specifically for Jews living within the kingdom (*BC* 102) and another for Gothic freeman who had escaped into Burgundian territory from Frankish captivity (*BC* 21.4). But, as these examples make clear, even these elements of personal law operated only within an overarching territorial framework. *BC* 102 and 21.4 were laws not for *all* Jews and Goths, but only those Jews and Goths who had happened to end up within the frontiers of the Burgundian kingdom. The same was true, of course, for laws addressing Romans, since there were many other nominal Romans left in other parts of the former western Empire, over which the Burgundian king had no jurisdiction, and possibly even for those addressing Burgundians, since there may have been other Burgundians living outside the kingdom. Thus far the *Book of Constitutions* gives us a coherent vision of a legal system where the king had the power to make laws – whether new or modificatory in nature – either for the population in its entirety or for particular groups within it.<sup>32</sup>

## II.2 Group identities: text and reality

This line of argument needs to be pursued, however, a little further. In recent years, it has been strongly argued that entities, like the Burgundians, who established the western successor states to the Roman Empire had no coherent group identities. Accepting this would make the *Book of Constitutions'* use of group labels problematic *a priori*, of course, and, more specifically,

32 I thus broadly agree with the vision of the text offered by Amory (1993), pp. 10–15 although to my mind Amory overcomplicates matters and doesn't stress sufficiently that, even in its more personal moments, the *Book of Constitutions* remained fundamentally a territorial code.



Patrick Amory has argued both that the text is highly inconsistent in its use of such labels and that clearly discernible Roman and Burgundian sub-groups within the kingdom's overall population had ceased to exist (had they ever in fact done so) by the second decade of the sixth century when the *Book of Constitutions* was being compiled (Amory [1993]).<sup>33</sup>

The *Book of Constitutions* certainly bears clear witness to the fact that a process of acculturation was underway, which could not but eventually blur any original distinction between Romans and Burgundians. The law envisages and legislates for the possibility of intermarriage. It gives no sense of how common this was, but once intermarriage became at all frequent, then clear distinctions between the groups would begin to disappear. Equally, if not perhaps more important, the code also makes it clear that, in legal terms, the Roman population had been recategorised in a way which would have substantially advanced the erosion of any original cultural or ethnic distinctions. The *Book of Constitutions* clearly applies a 3-fold social categorization to Romans as well as Burgundians, envisaging the world divided permanently into strata of freemen, freedmen (tied heritably), and slaves. This is a non-Roman vision of the world, which probably came out of preexisting Germanic society in the late Roman period, since one finds it right across the western successor states.<sup>34</sup> Whatever its origins, it certainly facilitated interaction between Roman and Burgundian freemen, say, who now shared a common status within the kingdom, with common rights and responsibilities. It is entirely in tune with such a vision that Burgundian kings – more often than not as it would seem (if the arguments offered above are accepted) – aimed their legislation at Romans and Burgundians together, treating both groups in exactly the same fashion. There is no hint in the Burgundian materials, for instance, of apartheid-style wergilds, which assigned different monetary values to the wergilds of individuals of the same social rank according to their ethnic identity (however that was

<sup>33</sup> The bibliography on ethnicity in the early middle ages is now enormous, but reconsideration began with Wenskus (1961). Important subsequent contributions include Wolfram (1979); Amory (1997); Pohl/Reimitz (eds.) (1998); Geary (2002); Gillett (ed.) (2002).

<sup>34</sup> For the evidence and some introductory discussion, see Heather (2000), 437–468.

to be measured), such as one finds in *Lex Salica* and some Anglo-Saxon materials (*Lex Salica* 41, 1–10).<sup>35</sup> The developing Burgundian kingdom was destroyed by the Franks, but, before that happened, there were already a number of important lines of evolution in place which were tending to erode any original divide between indigenous Roman and outside settler.

That said, in my view, there is one major structural feature of the kingdom to which Amory gives insufficient attention, and which would have continued both to maintain the distinction between Roman and Burgundian, and render it meaningful: the mechanism by which Burgundian freemen were provided for economically. In its final act, as we have seen, this paired up Burgundian freeman and Roman landowners on a one-to-one basis, giving the former a defined and demarcated share of the latter's assets: whether of the actual land or of some of the revenues from the land. The *Book of Constitutions* both describes the process and includes a number of measures designed to regulate the detailed working of these new relationships, and some of the knock-on issues they generated (see above). What the settlement process did, in fact, was create two distinct groups of landholders in the countryside whose lives were governed in some important respects by different regulations: note, especially, the restrictions imposed upon Burgundians who might wish to sell their allotments, and the preemption rights granted to original Roman landowners (BC 84). This was not a distinction which was likely to erode quickly. It gave a great deal of extra point, for one thing, to possessing of the status of Burgundian freeman, and meant that individuals within this category were likely to protect their privileges. I strongly suspect, in fact, although it certainly can't be proved, that detailed land records at the level of the *civitas* were utilized to create an administrative record of the new relationships between Burgundian freemen and Roman landowners, and this record would itself have helped maintain a clear sense of who was who.

<sup>35</sup> Cf. 32, 3–4 where Romans likewise face higher penalties than Franks for the same offence; *Laws of Ine* 23, 2–3.

Landownership in the later Roman Empire was subject to the tightest of recording regimes. Within each *civitas* capital, there existed a complete and highly detailed record of landownership within the city's territory, which was kept up to date by the formal recording of every transfer of ownership (actually functional possession), whether by will, sale, or lease. It was indeed the recording of property transfers in the municipal archive which rendered them legally valid. In the Roman context, this was necessary for the accurate allocation of tax liabilities. These same records – of who owned what – also clearly contained valuations of the normal annual revenues to be derived from each estate (the basis of the land's tax valuation which was also part of the record) and hence were in all likelihood utilized to work out in detail the original allocations of Burgundian freemen to Roman landowners. It is also hard to see how laws such as that controlling Burgundians' alienation and Romans' preemption rights, could possibly have worked had not these local administrative records been maintained. So much else of the legal machinery of the Burgundian kingdom followed late Roman norms, as we have seen, that this is not difficult to imagine.<sup>36</sup> Be that as it may, the fundamental point is that the settlement process translated into a new context, and to some extent cemented within the functioning of the kingdom, the original divide between immigrant settler and indigenous landowner. This would not quickly have been eroded, being a structural political and economic plank in the life of the kingdom, despite the other pressures towards integration which certainly existed. To my mind, the settlement process meant that distinctions between Roman and Burgundian would have continued to retain real meaning as the kingdom developed, based upon their different economic and legal positions, and there is no *a priori* reason to suppose that the lawmakers behind the *Book of Constitutions* were being completely misleading in sometimes – or, perhaps better, in certain contexts – talking about Roman landowners and Burgundian freeman

36 For an introduction to the basic mechanisms of late Roman taxation of agriculture, see Jones, 1964, c. 9. Odovacar's deed of gift to Pierius (*P. Ital.* 10–11) dated to March 18 489 shows both that the information survived the end of the actual Empire in Italy, and that estate values to landlords as well as tax liabilities owed to the state were its key components.

as distinct and distinguishable groups still in the 510s. This represents the passage, after all, of no more than one political generation.

What this doesn't tell us much about, however, is how culturally distinct these two groups had originally been before their new socio-economic relationship came to be established. One strand in recent scholarship, particularly on the Roman frontier, has looked to erode traditional conceptions of a wide gap between Roman and non-Roman Europe in the late Roman period. And there is, indeed, more than half a real point in this. Peasant cultures on either side of the frontier were very similar by this date, and, in economic terms, the Roman frontier was often a zone of interaction rather than a clear dividing line. The danger in this line of thought, however, is that one can lose sight, first, of how different Roman landowning society was from anything across the frontier, and, second, of the fact that the frontier was a real political barrier, even if economic, cultural, and other transactions flowed fairly easily across it in both directions.<sup>37</sup> However you look at it, the Roman landowning class was a group with a very specific identity, based on the unity and sense of superiority generated by its shared Latin culture transmitted through the intensive literary education provided by the grammarian. It also had its own very specific ways of handling its financial affairs. In particular, a centuries old and highly-developed legal system defined and protected the landed property which was the basis of the group's wealth, and provided well-established and above all secure means whereby this land could be exploited by various kinds of lease, and transferred between the generations through marriage and inheritance settlements.<sup>38</sup>

The *Book of Constitutions* has only a few, but nonetheless highly suggestive, references to the continued operation of Roman law in the Burgundian kingdom. Its primary constitution declared that in the context of judicial venality, Romans were to be judged by Roman law (*PC* 8). Boundary disputes between Romans, even where a Burgundian had received part of the

37 The best general overview of modern understandings of the Roman frontier remains Whittaker (1994), but on the politics see also Heather (2001), pp. 15–68.

38 For an introduction to the political, social, cultural, and economic formation of this class, see e.g. Matthews (1975; 1985); Kaster (1988); Heather (2005), c. 3.

estate by public gift, were likewise to be settled by Roman law (BC 55), and one of the *Additional Enactments* ruled that, when it came to foundlings, Romans were to treat them according to the norms of Roman law, while Burgundians were to handle such matters as they had traditionally done; disputes on this matter between Burgundians and Romans were to be handled as the king had established (AE 20). Different laws also make reference to the normal ways by which, under Roman law, wills, gifts, and sales were validated. Now, as we have seen, many of the laws made by Burgundian kings did affect Romans within the kingdom, but there are, strikingly, no rulings in this category dealing with property law. It rather looks, therefore, as though Romans were expected to carry on using Roman law, unless and until the king changed something by specific edict, and that especially Roman property law was generally left intact. This was quite common in the successor states, and made excellent political sense. The whole point of Roman law – reducing it to basics – was to protect a highly unequal property distribution which massively favoured a small landowning class over the rest of the population. In many, but not all, successor states, kings were willing to maintain the existing and highly privileged position of Roman property owners in return for continued social order and other kinds of services (e.g. taxation revenue) that these established elites could provide. In the Burgundian kingdom, the landowners' wealth was certainly hit by the allocation system, so it did make good sense for the kings – adding some carrot to the stick – otherwise to act to maintain the privileges of their Roman landowning subjects.<sup>39</sup>

Which Roman lawbooks were actually used by the Romans of the Burgundian kingdom is very much a moot point. The *Lex Romana Burgundionum* was presumably one of them, but there is no supposition within that text that it was to be used to the exclusion of all others. The absence of a Preface makes it an open question, even, whether or not this was a royally sponsored compilation.<sup>40</sup> Otherwise the *Book of Constitutions* specifically

39 On this overall significance of Roman law, see e.g. Heather (2000; 2005, c. 3).

40 For introductions to this text, see De Salis (1892); Chevrier/Pieri (1969).

adopted one measure because it had been found in what that text calls «title one hundred and five in the law of Constantine» (BC 105). What this mysterious text may have been is again unclear. I see no reason, in fact, why we should not suppose that the full battery of Roman legal texts that had normally been trundled out in the mid to late fifth century would not have continued to be used, as appropriate, in the Burgundian kingdom: namely the writings of some of the jurists, especially texts at least attributed to Papinian, the *Theodosian Code*, and later imperial novels. These were, indeed, the very sources with which the compilers of the *Lex Romana Burgundionum* worked, so that they were certainly available in the Burgundian kingdom, within whose boundaries, as we have seen, the important law school at Autun fell. The same kinds of material were also used on a larger scale in the Visigothic kingdom to compile the *Lex Romana Visigothorum* or *Breviary of Alaric*, providing further confirmation that these were the central texts of practical fifth-century Roman law in the west.<sup>41</sup> How long the broader cultural identity of the Roman landowning class maintained itself in the Burgundian kingdom is doubtful. North of the Alps, it doesn't look as though grammarians continued to function past the year 500 AD. Roman legal structures, especially with regard to property law, however, were clearly much longer-lived and continued to provide the Roman landowners of the Burgundian kingdom, and their descendants, with some sense of unity and difference.

Did the other partners in this new relationship – what the *Book of Constitutions* refers to as Burgundian freemen – also have some kind of original cultural or legal unity of their own before the settlement process made them such a distinct group within the new kingdom? The prevailing trend in historiography dealing with the problem of group identity among the outsiders, whose military power was central to the establishment of the western successor states, is currently to minimize estimates of its strength and cultural unity. These groups are often now seen – in opposition to the old trend of labeling them «peoples» – as very fluid and culturally diverse

41 Refs. as above notes 16 & 17 with Haenel (ed.) (1847–1849) on the *Breviary of Alaric*.

groupings, rather than closed biologically self-perpetuating populations with their own distinct cultures.<sup>42</sup> This trend is a necessary and reasonable reaction to the kinds of nationalistic assumption which prevailed even up to the 1960s, but there is a real danger that the emphasis on fluidity is itself hardening into a new and all-encompassing orthodoxy. This would be as unsatisfactory as the old nationalistic vision it sought to replace. Looked at in the round, the evidence of the *Book of Constitutions* gives some support to the vision of Burgundian kings attracting a wide range of support from all kinds of population groups (the fluidity thesis), but, at the same time, does not rule out the possibility that there was also a real sense of Burgundian identity – with attendant cultural and socio-economic norms – in operation at the beginning of the kingdom's history and which, like its Roman counterpart, played a real role in shaping its subsequent history.

The evidence for fluidity is straightforward. At AE 21.4, Sigismund declared himself happy to receive free Gothic captives who escaped from the Frankish kingdom into the Burgundian realm. On the crucial issue of whether these fleeing Goths received land privileges, like Burgundian freemen, the law is unfortunately silent. More generally, the whole point of recategorising the Roman population into free, freed, and slave was, I suspect, to facilitate the imposition on the kingdom's Roman population of the kinds of duties (particularly military ones) incumbent upon Burgundian freemen.<sup>43</sup> It is entirely unconvincing, moreover, to suppose that Burgundian kings first became interested in recruiting extra supporters from outside, as it were, only when establishing their successor state in the 460s and 470s, especially given the huge discontinuities of their earlier fifth-century history. Not only had they made a number of separate treks towards the Rhine and then across it into Sapaudia, but they had also been ravaged by the Huns in the 430s. As the archaeological evidence in part confirms, the kinds of losses and general level of military threat suggested

42 A good introduction to the evolving debate is provided by the literature cited above at note 36.

43 We have no evidence from the Burgundian kingdom, but in both the Frankish and Visigothic kingdoms military service was quickly demanded of freemen and freedmen (but not slaves), whatever their cultural background: Heather (2001).

by this kind of historical narrative would have made a willingness to recruit a natural reflex for Burgundian kings, as it was for many of their Germanic peers, who all faced the same kinds of problems.<sup>44</sup>

At the same time, the legal evidence at least leaves open the possibility that there was a substantial Burgundian group identity, which was not based solely upon political allegiance to a particular king or ruling line. The first point to notice is that – like Roman identity – any Burgundian identity was not shared in equally by all Burgundian social groups. Burgundian society was not equal, but sub-divided into three hierarchically-ranked strata: free, freed, and slave, with three further subdivisions of status within the free class. Slaves had very little stake, one presumes, in any Burgundian identity, deriving few if any privileges and benefits from their particular status within the group. The freed – especially if they were militarized like Frankish and Visigothic freedmen – may have had some, but the chief beneficiaries were, of course, those at the top of the social heap: the free. «Real» Burgundians were the members of the freeman class, just as «real» Romans were members of the landowning classes by whom and for whom the Empire was run. It is thus not enough to document recruitment into the group – even on a large scale – to disprove the idea of a group identity which did not depend solely on allegiance to a particular king, leader, or royal line. The key question is whether outsiders were being recruited into the politically crucial freeman class or not.<sup>45</sup>

It is difficult to argue, it seems to me, that this freeman class, which benefited so markedly in economic terms from their shares in Roman landowners' assets, came into existence only at the moment of settlement. As we have seen, Roman society was itself reordered along the lines of this tri-partite model (free/freed/slave: all in permanent relationships with one another), which suggests that it already existed (as does the fact that this kind of reordering happened in most of the successor states). The precise

44 See, on the Burgundians in particular, Wood (1990); 2003, p. 243–269. Escher (2006) similarly examines discontinuity from an archaeological perspective.

45 On the relationship between social status and ethnic identity, see in more detail Heather (2008), p. 17–50.

details of the settlement, likewise, make best sense if Burgundian freemen were bringing dependents with them to the shares of the estates they received. *BC* 54 stipulates that Burgundian freemen should receive one half of the land but only one third of the labour force. In antiquity, before the invention of tractors, availability of labour inputs was a critical determinant of agricultural output, and hence the overall profitability of an estate. The likeliest explanation of the ruling that Burgundian freemen received a disproportionately small part of their new estates' labour forces is that they were expected to be bringing into the equation dependents of their own, as well as the one third of the Roman serfs they stood to inherit. The legal materials also refer (if admittedly in sometimes rather a vague way) to Burgundians having their own customary ways of doing things. *BC* 18 supercedes an old norm for allocating blame in the case of accidents, and *AE* 20 states that Burgundians have their own ways of dealing with the question of foundlings.

More generally, the various changes, which the *Book of Constitutions* records, imply that the Burgundian free class had previously had its own, quite different, approach to landed property. Put briefly, it would seem that, according to the ancient situation, a freeman only enjoyed something approaching usufruct for life in any inherited property, possessing no rights at all to make a will or alienate any part of it by gift. Sons all received equal shares, perhaps in the father's lifetime, and daughters had no inheritance rights with regard to land. All of these points are referred to and changed by different edicts, making it clear that the acquisition of Roman estates quickly prompted a massive and thorough-going revolution in Burgundian freemen's attitudes to property (which, again broadly-speaking, seem to have brought Burgundian norms much more into line with old Roman ones). Obviously this is rather double-edged evidence for the existence of a sense of Burgundian identity among a Burgundian free class, with their own ways of doing things. It does suggest that the class pre-existed the moment of settlement, and was not created by it, but also indicates that they came to prize a greater range of personal rights over landed property, something which they had perhaps come to appreciate from contact with Roman property law.

This is not a point that I want to overstress, but it does seem to me that the legal evidence can be used to suggest that Burgundian freemen, with their own identity and ways of doing things, were a historical reality, and deserve to be taken seriously. It is also supported by another body of evidence entirely: linguistic materials. As Wolfgang Haubrichs has shown, the linguistic evidence strongly suggests that the Germanic language element of the Burgundian kingdom preserved a distinctly east Germanic character, despite the fact that Burgundians had operated in areas dominated otherwise by west Germanic dialects since the third century (Haubrichs 2008, p. 135–184). The preservation of this degree of linguistic difference strongly suggests the existence of a functioning language community, and, that being so, it is far from impossible to suppose that its continued functioning encompassed other cultural traits besides. To suggest that a Burgundian was anyone following one of the Gibichung kings, is on the one hand to ignore the documented inequalities in Burgundian society, which makes clear the particular importance of freemen, and, on the other, to take an highly reductive approach to a body of evidence which leaves open a wider range of possibilities. I cannot prove that Burgundian freemen had a strong sense of their distinct identity, and wouldn't want to pretend I can. There is, however, absolutely nothing in the texts to disprove such a proposition, and some evidence to support it.

### III. Conclusions

This is self-evidently a preliminary study, and many puzzles remain. But in bringing it to a close, several areas of conclusion are nonetheless worth highlighting.

First, and certainly most important in the context of this volume of studies, the *Book of Constitutions* is the record of a post-Roman successor state which had, in contemporary terms, a sophisticated and centralized legal system, following many established Roman patterns. There may well have been a moment under Gundobad in the politically charged aftermath

of defeat of the Franks when a large body of law was produced as a single document, but, for the most part, new law was generated by real cases and situations being brought to the attention of a central law-making authority – the king sometimes (perhaps customarily?) operating in consultation with his great men at assemblies – who considered the problems and made relevant decisions. The fact that this kept on happening makes it clear that, at the level of Burgundian freemen and Roman landowners at least, the «state» remained an important entity in the conduct of their lives, something which was not true everywhere in the post-Roman west. The evolving and growing body of law generated by this process was – again after established Roman legal principles – periodically collected and codified, the original edicts being selected for qualities of *generalitas*, stripped of unnecessary verbiage, and arranged in a broadly chronological order. Comparing it to other sub-Roman law-making bodies operating in a broadly Roman manner, notably the Visigothic kingdom and, at times, units within the Christian Church, the Burgundian state's systems for law-making and law collection operated firmly within a well-established mould. All the kingdom lacked was sufficient longevity for it eventually to need to rework its chronologically collected laws into a fully thematic law code, but this was the fault of the Ostrogoths and Franks! None of this should occasion too much surprise. The Burgundian kingdom emerged in stages from the shadow of the west Roman state and contained within its borders a major school of Roman law.

Second, what this also suggests more generally, I would argue, is that, sometimes at least, law-codes are worth taking seriously as records of social history. Where what you have is the record of an evolving situation, where existing rulings on matters of real importance were being regularly updated, then there is little reason to dismiss such codes as «normative» texts, which tell you little about social realities. This is not at all to deny the importance of the work done on practical dispute settlement in recent years working with other types of legal materials such as charters, but the developmental aspect of the Burgundian legal system means that it too deserves to be taken seriously as a reflection of a significant historical reality.

Third, it is impossible to view the *Book of Constitutions* as Burgundian personal law. Even the earlier 41 title text, perhaps indeed Gundobad's *leges mitiores*, contained several rulings which affected Romans as well as Burgundians, and this is true on a still larger scale of the extant *Book of Constitutions* as we now have it. At the very minimum, counting only those of its laws where Romans are specifically mentioned, you are still left with the fact that one quarter of its laws addressed themselves in some way to the Roman population of the kingdom. But, as we have seen, there is good reason to suppose that laws addressed «to freemen», «whoever» and «if anyone» should also be understood as still more laws aimed at the entire population of the kingdom. If that is accepted, then Burgundian kings spent about two-thirds of their legislative effort on Romans (sometimes as one part of the general population, sometimes because of more particular issues affecting them alone, or sometimes because of problems generated by the settlement). The *Book of Constitutions* is territorial law – a law whose strictures had no validity outside the boundaries of the kingdom – even if kings sometimes passed laws which affected only part of the kingdom's population (the same is true today of some legislation passed by European states, but that doesn't make it anything other than territorial law).

But fourth – and finally – this is not to say that clear distinctions between Romans and Burgundians had died out on every level. On many, as we have seen, they had (or were in the process of so doing), as the kings' habit of legislating for both groups underlines, and the fact that the Roman population was recategorised along Germanic lines. But, at the highest social level of Burgundian freemen and Roman landowners, the settlement process had created two legally distinct groups of landholders, and there is no reason to suppose that this distinction quickly or easily died out. Despite the fact that the identity of the group addressed in every law is not clear to us – at a distance of a millennium and a half – I see no reason to suppose that the early sixth-century inhabitants of the Burgundian kingdom would have been in much doubt. Although individuals must have tried to bend the rules to their own advantage, as human beings do in every context, and perhaps move across ethnic boundaries according to immediate advantage, the legal

category in which one held one's landed estates – whether as Burgundian settler or Roman owner – was a matter of documentary record which it was not at all easy to hide.

All in all, therefore, Roman law thus continued on two different levels in the post-Roman Burgundian kingdom. Most obviously, it continued to apply exactly as before to the kingdom's Roman population in any area where not superseded by one of the new regulations collected in the *Book of Constitutions*. To judge by the *Lex Romana Burgundionum*, this still amounted to a wide variety of practices in the second decade of the sixth century, but Roman law on this level was nonetheless set on a trajectory towards eventual extinction. Over time, the number of areas where existing Roman imperial law was superseded by new laws passed in the assemblies of the Burgundian kingdom could only increase. But on a second, and in some ways more profound level, the structures and practices of Roman law were still in essence fully alive in Burgundy in c.510. Recording rulings in written form, collecting edited versions of those which had the quality of *generalitas* in chronological order, and making new law with conscious and careful cross-reference to any existing legislation on the topic: in all of these practices law in the Burgundian kingdom faithfully followed Roman precedent, even if, somewhat paradoxically, each individual new legislative act diminish the amount of original Roman law that still applied. How long such practices would have continued, had the kingdom not been conquered by the Franks, is impossible to say, but, had it continued – and we have no reason to suppose that it would not – then my hypothesis would be that, like its Visigothic peer, the Burgundian kingdom would eventually have needed to move from chronologically-arranged rulings to a fully thematic law code, again fully in line with Roman imperial precedent.

## Appendix one:

### Cross-References in the Book of References of Constitutions

#### 1. General References to «Adding to Existing Laws»:

##### *Book of Constitutions*

1.1; 1.3; 1.4 (Gifts out of property)

2.2 (reasonable retaliation leading to death)

18.1 (changing existing «burgundian» law of blame for deaths caused by animal bites)

In none of these cases is there an extant written law which the provision changes.

#### 2. Explicit & Substantive Cross-Reference to Extant Laws:

##### *Book of Constitutions*

42: Property & marriage, referring back to 24 [dated 501]

43: Gifts & wills, referring back to 1

46.4: Wergilds, referring back to 2

47: Further laws on theft, referring back to 4

48: Wounds, an explicit extension of 37 which dealt only with swords

50: Wergild for killing agents of the king, a further extension of 2 & 46

51: Succession rights of sons, extension of 14

52: Betrothed woman uniting herself to another man, changing 44

53: Mother/son property split after death of father, changes 24.3

54.2: Forest assarts, reference to 13

55: Boundary disputes, referring back to 22

60: Number of necessary witnesses to a gift; reinforcement of 43

74: Widows property rights, amplification of 42.1

75: Property divisions between aunts & nephews, amplification of 53, 24 etc.

77: Torturing suspected slaves: extending & modifying 7

84: Burgundians selling allotted lands, amplification of 54 (lost allotment law...)

- 88: Emancipation, to be enacted by the same legal means as wills, extension of 60 & 43  
 89: Animals & vineyards, extension of 64, 49, 23 (specific reference to 23?)

3. *Substantive Cross-Reference to Extant Laws not explicitly signaled:*

*Book of Constitutions*

- 49: Wandering animals, 49.2–3 modifying 23, 49.1 suggested by 41?  
 59: Care of Grandchildren, extension of 24  
 61: Women willingly uniting themselves to a man, extension of 12.4  
 62: Only sons, an extension of 24 (62.2 a repetition of 24.1; 62.2 the novelty) [dated June 517]  
 64: Deaths of Wandering Animals, extension of 23 & 49  
 65: Mothers/sons & paternal debts after property division, extension of 62, 24, 14 etc.  
 66: Orphaned girls given in marriage, extension of 42.2  
 67: Forests, new law with partial restatement of 54.2  
 68: Killing of adulterers, extension of 36 and 44  
 69: Witnessing of Gifts, different rules, therefore unsigned modification of (?) 24  
 70: Thefts, series of extensions to 4  
 72: Injury caused by traps, extension to 46 (now distinguished cultivated from uncultivated areas)  
 73: Horses & Scindola, extension in line with 23, 49, 64  
 76: Striking of Royal Servants, extension of 50 [dated 513]  
 78: Succession of Inheritance, after 1.2  
 85: Wardship, extension of 59  
 86: Marriage Ornaments, alteration of 51 & extension of 66  
 91: Joint freeman/slave thefts, in line with 70, but specifies the number of blows for the slave  
 92: Cutting of Women's Hair in their own courtyards, amplification of 33  
 95: Fees for animal trackers, amplification of 16. 3  
 96: Guarantors of Oaths, extension of 19

- 99: Sales, to be enacted by same legal means as wills & emancipation so implicit extension of 88, 60, 43

*Additional Enactments*

- 18: Pigs (in particular) in Vineyards, slight extension & confirmation of 89  
 19: Thievery, reinforcement of 4  
 21.8: Pledges, modification of BC 19  
 21.12: Roman property, restatement of 54 (lost allotment law)

**Appendix two:**

**Groups addressed by particular laws**

1. *Laws Explicitly for «Burgundians»*

*Book of Constitutions*

14. Female inheritance of Property  
 17.1. Statute of limitations; no case involving Burgundians pre-dating Battle of Chalons to be heard (but could be Roman vs a Burgundian?)  
 17.4. What to do with Burgundians who won't appear in court  
 18.1. Ancient Burgundian rule of blame regarding hurts inflicted by animals to be removed  
 24. Multiple marriages of Burgundian women & property implications  
 38.7 Burgundians not to pass duties of hospitality to foreign legates on to Romans  
 40. Manumission among the Burgundians  
 44. Adultery of Burgundian girls and widows  
 54.1 Established Land division arrangements not to be exceeded & 50:50 share of forests etc.: to do with establishment of Burgundians, who are specifically mentioned in 54.2, as well being referred to as «our people» in 54.1.  
 57. Manumission of Burgundian freedmen  
 84. Curtailment of Burgundians' rights to sell their allotments  
 101. Marriage prices of Burgundian women of various statuses.



## 2. *Laws arguably but not explicitly for Burgundians only*

### *Book of Constitutions*

1. Fathers can make gifts from common property before endowing sons, but not from royal gift (Roman fathers had long had this right + reference in 1.3 to «our people»)
3. How to tell freedmen (refers to permanent, heritable freedman status of non-Roman type with reference to sequence of Burgundian kings) 17.2/3. Lost serfs & killed freemen: but predicated upon battle of Chalons clause (17.1 above), so to tie up loose ends (suggested particularly by 17.3)?
42. Inheritance among the childless: doesn't refer specifically to Burgundians, but extends 24 which does
43. Gifts: extends 1, emphasis on oral rather than written procedure, and reference in 43.1 to «our people»
45. Denying accusations by oath can be refused at cost of trial by battle: repeated references to «our people»
51. Those not giving their sons due portions of property: said to be established «of old among our people» that sons get an equal division of property; no such rule among Romans + reference to «our people»
53. Inheritance of sons dying intestate after father's death, while mother lives: specific & substantial change to 24.3 addressed to Burgundian women (see above) & not any part of Roman inheritance law
59. Care of children if mother remarries: extension of 24 which was addressed specifically to Burgundian women (see above)
60. Employing witnesses for gifts: applies same principle as 43 to gifts, distinguishes Roman way of doing things (documents) from «barbarian»: looks like a ms corruption for «Burgundian»?
62. Only son/mother property divisions: an extension of 24 which was addressed to Burgundian women (see above)
65. Mothers/sons & paternal debts after property division, extension of 62, 24, 14 etc, where 14 & 24 specifically addressed to Burgundians
66. Orphaned girls given in marriage: extension of 42.2, 24 etc., where 24 specifically addresses Burgundians

68. Adulterers, extension of 44 which specifically addresses Burgundians
69. Wedding gifts, change to 24 which specifically addresses Burgundians
74. Widows property rights, amplification of 42.1, which is a further amplification of 24 which specifically addresses Burgundians
75. Property divisions between aunts & nephews, amplification of 53, 24 etc. where 24 specifically addresses Burgundians
78. Succession of Inheritance, after 1.2
85. Wardship, extension of 59, itself an extension of 24 addressed specifically to Burgundian women (see above)
86. Marriage Ornaments, alteration of 51 & extension of 66 (see above)

## 3. *Laws referring to «our people»*

### *Book of Constitutions*

1. See category 2.2, arguably meaning Burgundians only
43. See category 2.2, arguably meaning Burgundians only
45. See category 2.2, arguably meaning Burgundians only
46. See categories 5–6, starts with «our people», goes on to «anyone» and «any native freeman»
51. See category 2.2, arguably meaning Burgundians only
- 54.1 See category 2.1, meaning Burgundians only
74. See category 2.2, arguably meaning Burgundians only
76. See category 6, starts with «our people», goes on to «anyone»
77. See category 5, starts with «our people», goes on to «any native freeman»

## 4. *Laws Addressed to «Burgundian or Roman»: usually «tam Burgundio quam Romanus» (title or text), but some slight variations*

### *Book of Constitutions*

- 4.1 & 4.3 Theft
- 6.3 (*seu Burgundionis seu Romani*) & 6.9 Fugitives
- 7.1 twice used (once *inter Burgundionum et Romanum haec forma servabitur*)
- 8.1 Crimes
9. Acts of violence (*Burgundio aut Romani*)

10. Killing of Slaves (in title; 10.1 says «Roman or barbarian»)  
 13.1 Assarts  
 15.1 Starting fights  
 21. Contracts with slaves  
 26.1 & 2 Knocking out teeth  
 28.1 Cutting Wood  
 31.1 Planting Vineyards  
 38.5 Punishing the refusal of hospitality to foreign ambassadors (note 38.7 above)  
 47.1 Condemnation of thieves' families (*barbarus* for *Burgundio*?)  
 50.1 Killing agents of the king or of private persons  
 96. Guarantors for oaths  
 100. Property of woman giving herself to a husband

#### *Additional Enactments*

18. Vineyards

5. *Laws addressed to «freeman»: usually «ingenuus» (important variations given)*

#### *Book of Constitutions*

- BC 4. 1 & 4. 3 Theft: both read *tam Burgundio quam Romanus ingenuus*;  
 4. 5, 4. 6, 4. 7 just *ingenuus*  
 BC 5. 1, 5. 4 & 5. 6 Assault  
 BC 6. 9 & 6. 10 Fugitives  
 BC 8. 1 Crimes: *si ingenuus... tam barbarus quam Romanus*  
 BC 26. 4 & 26. 5 Knocking out of Teeth  
 BC 26. 2 *de mediocribus personis ingenuis, tam Burgundionibus quam Romanis*  
 BC 27. 1, 27. 4 & 27. 9 Broken fences, closed roads etc.  
 BC 30. 1 Violation of women: *quicumque ingenuus*  
 BC 32. Binding people illegally = injuries suffered by men? *quis ingenuus*

- BC 47. 1 Condemnation of thieves' families: *ingenuus tam barbarus quam Romanus*  
 BC 50. 1 Killing agents of the king or of private persons: *tam Burgundio quam Romanus ingenuus*  
 BC 63. Stealing grain  
 BC 70. Thefts  
 BC 89. 5 Animals & Vineyards  
 BC 91. Freeman committing thefts with slaves  
 BC 92. 1 Women's Hair  
 BC 103. 6 Vineyards

#### 6. *Laws addressed to «anyone», «si quis» unless otherwise stated*

- BC 2. Of murder: *si quis hominem ingenuum ex populo nostro cuiuslibet nationis*  
 BC 5. 1 Assault  
 BC 6. 1 Fugitives  
 BC 9. 1 Acts of violence: *si quis Burgundio aut Romanus*  
 BC 10. 1 Killing of Slaves: *si quis Romanus sive barbarus*  
 BC 11. 2 Inflicting wounds  
 BC 12. 1 Stealing of girls  
 BC 13. 1 Assarts: *si quis tam Burgundio quam Romanus*  
 BC 19. 5 Removal of pledges before a case has been heard  
 BC 21. 1 Contracts with slaves: *si quis tam Burgundio quam Romanus*  
 BC 25. 1 Thefts with violence  
 BC 27. 1 & 4; 27. 7–9 Broken fences, closed roads etc  
 BC 28. 1 Cutting Wood: *si quis tam Burgundio quam Romanus*  
 BC 29. 2 Assault & its complications  
 BC 34. 3 Divorce  
 BC 36. Incestuous adultery  
 BC 38. 8 Hospitality  
 BC 41. 1 Crops burned by fire  
 BC 48. 1 Wounds

- BC 49. 1 Animals causing damage  
 BC 56. 1 Slaves bought in Alamannia  
 BC 71. 1 & 2 Compounding for Thefts instead of bringing it before judges  
 BC 72. Traps for animals  
 BC 82. 1 of Guarantors  
 BC 90. 1 Judgements  
 BC 97. Dog stealing  
 BC 98. Falcons  
 BC 99. Sales made without documents or witnesses  
 AE 21. 8

7. Laws addressed «whoever», «*quicumque*» (+ grammatical variants)

- BC 6. 4 & 5 Fugitives  
 BC 7. 1 Criminous slaves: preceded by *inter Burgundionum et Romanum haec forma servabitur*  
 BC 16. 1 Hunting for strayed animals  
 BC 19. 3 & 3 Removal of pledges before a case has been heard  
 BC 21. 2 Contracts with slaves: 21. 1 begins *si quis tam Burgundio quam Romanus*  
 BC 23. 1 & 4 Damage caused by animals  
 BC 30. 1 Violation of women: *quicumque ingenuus*  
 BC 31. 1 Planting Vineyards: *quicumque tam Burgundio quam Romanus*  
 BC 37. Threatening with drawn swords  
 BC 38. 1 (Romans & Barbarians are mentioned at 38. 5, while 38. 7 and 38. 11 made it clear that duties of hospitality applied to both groups)  
 BC 39. 1 Procedure for dealing with unknown strangers  
 BC 67. Division of forests  
 BC 83. 1 Of Those who Identify Their Property in the hands of Others  
 BC 93. Broken limbs  
 BC 94. 1 Ships  
 BC 95. Animal trackers  
 BC 96. Guarantors for oaths: *quicumque tam Burgundio quam Romanus*

- BC 103. 1 Vineyards (103. 6 mentions *ingenuus*)  
 BC 104. Asses  
 BC 105. Taking Oxen as pledges  
 AE 21. 3, 6, 9–10

8. Laws of Questionable Application

*Book of Constitutions*

34. Divorces: addressed «any woman» and «anyone», but 34.1 says a woman wanting to leave her husband is to «be smothered in mire»  
 46. Bows: refers to «our people», but then to «freemen»  
 52. The Aunegild/Fredegisil case: all Burgundians, but ends with a general prescription?  
 61. Women establishing their own secret relationships: addressed to «whatever woman, barbarian by nation», but extending 12.4 which had general applicability (see category 6)  
 76. Starts with reference to «our people», but finishes «whoever» (*quicumque*)  
 77. Starts with reference to «our people», but finishes by addressing freemen  
 87. Age of legal majority for sales & bequests set at 15; presumably everyone, but labeled only minors?  
 92. To «anyone» but concerns the cutting of a woman's hair as form of assault

**Bibliography**

- Amory, Patrick (1993). The Meaning and Purpose of Ethnic Terminology in the Burgundian Laws. In *Early Medieval Europe* (vol. 2.1) (pp. 1–21).  
 Amory, Patrick (1997). *People and Identity in Ostrogothic Italy 489–554*. Cambridge.  
 Brunner, Heinrich (1961). *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2 vols. (3<sup>rd</sup> edn. with C.F. von Schwerin). Berlin.  
 Chevrier, Georges/Pieri, Georges (1969). *La Loi Romaine des Burgondes*. Milan (IRMA I 2b.aa.d).  
 Conrad, Hermann (1962). *Deutsche Rechtsgeschichte*. Karlsruhe.

- Davies, Wendy/Fouracre, Paul (eds.) (1986). *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*. Cambridge.
- Davies, Wendy/Fouracre, Paul (eds.) (1995). *Property and Power in the Early Middle Ages*. Cambridge.
- De Salis, Ludovicus R. (ed.) (1892). *Leges Burgundionum* (MGH, Legum Sectio I. 2. 1.). Hannover.
- Eckhardt, Karl A. (ed.) (1962). *Pactus Legis Salicae* (MGH, Legum sectio I. 4. 1.). Hannover.
- Escher, Katalin (2006). *Les burgondes Ier-Vie siècles après J.C.* Paris.
- Favrod, Justin (1997). *Histoire politique du Royaume Burgonde (443–534)*. Lausanne.
- Geary, Patrick J. (2002). *The Myth of Nations: the Medieval Origins of Europe*. Princeton.
- Gillett, Andrew (ed.) (2002). *On Barbarian Identity: Critical Approaches to Ethnicity in the Early Middle Ages*. Turnhout.
- Gluckman, Max (1965). *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*. Oxford.
- Goffart, Walter (1980). *Barbarians and Romans A.D. 418–584. The Techniques of Accommodation*. Princeton NJ.
- Haenel, Gustav F. (ed.) (1847–1849). *Lex Romana Visigothorum*. Leipzig.
- Haubrichs, Wolfgang (2008). Ein namhaftes Volk: Burgundische Namen und Sprache des 5. und 6. Jahrhunderts. In V. Gallee (ed.), *Die Burgunder: Ethnogenese und Assimilation eines Volkes* (pp. 135–184). Worms.
- Heather, Peter J. (2000). State, Lordship and Community in the West (c. A.D. 400–600). In Av. Cameron et al. (eds.), *The New Cambridge Ancient History* (vol. 14) (pp. 437–468). Cambridge.
- Heather, Peter J. (2001). The Late Roman Art of Client Management & The Grand Strategy Debate. In W. Pohl/I. N. Wood (eds.), *The Transformation of Frontiers from Late Antiquity to the Carolingians, Proceedings of the Second Plenary Conference, European Science Foundation Transformation of the Roman World Project* (pp. 15–68). Leiden.
- Heather, Peter J. (2005). *The Fall of Rome: A New History*. London.

- Heather, Peter J. (2008). Ethnicity, Group Identity, and Social Status in the Migration Period. In I. Garipzonov et al. (eds.), *Franks, Northmen, and Slavs: Identities and State Formation in Early Medieval Europe* (pp. 17–50). Turnhout.
- Honoré, Anthony M. (1981). *Tribonian*. London.
- Honoré, Anthony M. (1998). *Law in the Crisis of Empire 379–455 AD: The Theodosian Dynasty and its Quaestors, with a Palingenesia of Laws of the Dynasty*. Oxford.
- Jones, Arnold H. M. (1964). *The Later Roman Empire: A Social Economic and Administrative Survey*, 3 vols. Oxford.
- Kaster, Robert A. (1988). *Guardians of Language: The Grammarian and Society in Late Antiquity*. Berkeley.
- Lowe, Elias A. (1934). *Codices Latini antiquiores I: Vatican City*. Oxford.
- Lowe, Elias A. (1950). *Codices Latini antiquiores V: Paris*. Oxford.
- Lowe, Elias A. (1959). *Codices Latini antiquiores VII: Germany*. Oxford.
- Matthews, John F. (1993). The Making of the Text. In J. Harries/I. N. Wood (eds.), *The Theodosian Code* (pp. 19–44). London.
- Matthews, John F. (1975). *Western Aristocracies and Imperial Court A.D. 364–425*. Oxford.
- Matthews, John F. (1985). *Political Life and Culture in Late Roman Society*. London.
- Matthews, John F. (2000). *Laying down the Law: A Study of the Theodosian Code*. Yale.
- Mommsen, Theodor/Meyer, Paul M. (eds.) (1954). *Theodosiani libri XVI cum Constitutionibus Simmondianis et Leges novellae ad Theodosianum pertinentes*, 2 vols. Berlin.
- Mordek, Hubert (1975). *Kirchenrecht und Reform im Frankenreich: die collectio Vetus Gallica: die älteste systematische Kanonensammlung des fränkischen Gallien: Studien und Edition*. Berlin.
- Nehlsen, Hermann (1978). *Lex Burgundionum*. In A. Erler/E. Kaufmann (eds.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (vol. 2) (coll. 1901–1915). Berlin.

- Pohl, Walter/Reimitz, Helmut (eds.) (1998). *Strategies of Distinction: The Construction of Ethnic Communities 300–800*. Leiden.
- Riché, Pierre (1965). *Enseignement du droit en Gaule du Vie au Xie siècle*. Milan (IRMA I a.5.b.bb).
- Seeck, Otto (1889). Die Zeitfolge der Gesetze Constantins. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung*, 10, pp. 1–44, pp. 177–251.
- Sirks, Adriaan J. B. (1993). The Sources of the Code. In J. Harries/I. N. Wood (eds.), *The Theodosian Code* (pp. 45–67). London.
- Sirks, Adriaan J. B. (2007). *The Theodosian Code: A Study*. Friedrichsdorf.
- Turner, Cuthbert H. (1903). Chapters in the History of Latin MSS. III. The Lyons-Petersburg MS of Councils. *Journal of Theological Studies*, 4, pp. 426–434.
- Vessey, J. Mark G. (1993). The Origins of the Collectio Sirmondiana: A New Look at the Evidence. In J. Harries/I. N. Wood (eds.), *The Theodosian Code* (pp. 178–199). London.
- Volterra, Edoardo (1949). Western Post-classical Lawschools. *Cambridge Law Journal*, 10, pp. 196–207.
- Wenskus, Reinhard (1961). *Stammesbildung und Verfassung. Das Werden der frühmittelalterlichen Gentes*. Cologne.
- Whittaker, Charles R. (1994). *Frontiers of the Roman Empire: A Social and Economic Study*. Baltimore.
- Wolfram, Herwig (1979). *Geschichte der Goten: von den Anfängen bis zur Mitte des sechsten Jahrhunderts: Entwurf einer historischen Ethnographie*. Munich.
- Wood, Ian N. (1986). Disputes in Late Fifth- and Sixth-century Gaul: Some Problems. In W. Davies/P. Fouracre (eds.), *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*. Cambridge.
- Wood, Ian N. (1990). Ethnicity and the Ethnogenesis of the Burgundians. In W. Pohl/H. Wolfram (eds.), *Typen der Ethnogenese unter besonderer Berücksichtigung der Bayern* (vol. 1) (pp. 53–69). Vienna (Denkschriften der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Kl., 201).
- Wood, Ian N. (2003). Gentes, Kings and Kingdoms – The Emergence of States: The Kingdom of the Gibichungs. In H.-W. Goetz et al. (eds.),

- Regna And Gentes: The Relationship between Late Antique and Early Medieval Peoples and Kingdoms in the Transformation of the Roman World* (pp. 243–269). Leiden.
- Wood, Ian N. (2008). Le Breviaire chez les Burgondes. In M. Rouche/B. Dumezil (eds.), *Le Breviaire d'Alaric. Aux Origines du Code Civile* (pp. 151–160). Paris.
- Wormald, Patrick (1977). Lex Scripta and Verbum Regis: Legislation and Germanic Kingship, from Euric to Cnut. In P. H. Sawyer/I. N. Wood (eds.), *Early Medieval Kingship* (pp. 105–138). Leeds.
- Wormald, Patrick (1999). *The Making of English Law: King Alfred to the Twelfth Century* (vol. 1). Oxford.
- Zeumer, Karl (ed.) (1902). *Leges Visigothorum* (MGH, Legum Sectio I. 1.). Hannover/Leipzig.

## Römisches Recht

### Rezeption und literarische Repräsentation in der englischen Kultur und Literatur

Uwe Baumann<sup>1</sup>

#### I.

Rezeption und literarische Repräsentation des Römischen Rechts in der englischen Kultur und Literatur scheint auf den ersten Blick kein Thema für einen großen Vortrag zu sein, hält doch Glöckner (2002, S. 832) in den der Rezeption gewidmeten Bänden des *Neuen Pauly* zum Lemma «Römisches Recht» in gewohnt prägnanter Klarheit fest:

«England hatte durch den in Bologna ausgebildeten Juristen Vacarius und dessen *Liber pauperum* sehr früh das R[ömische] R[echt] kennengelernt, doch bildete sich das *Common Law* in der Folge eigenständig aus. Bezeichnenderweise erlangten gelehrte Juristen [Civilians] dort nur geringe Bed[eutung], weil sich die Ausbildung des eng[lishen] Juristen in der praktischen Tätigkeit, fern der Univ[ersitäten], in den Inns of Court abspielte.»

Die hoch komplexen Vorgänge der Rezeption des Römischen Rechts in Europa gehören speziell mit Blick auf die zentralen Faktoren dieser kultur- und sozialhistorischen Prozesse, das universitäre Rechtsstudium und die Entstehung einer Schicht gelehrter Juristen, zu den in der Rechtsgeschichte «am häufigsten behandelten Gegenständen» (Glöckner, 2002, S. 829)<sup>2</sup>, wobei England aufgrund seines Sonderwegs dabei weitgehend

1 Der Vortrag versucht, einem interessierten, aber nicht spezialisierten Publikum Grundzüge der Rezeption des Römischen Rechts in der englischen Kultur und Literatur zu vermitteln. Wie es dieser Zweck erfordert, mischt sich dabei Bekanntes mit weniger Geläufigem. Der Vortragstil wurde durchgängig beibehalten, jedoch für die Drucklegung die Zitatnachweise und einige wenige Literaturhinweise ergänzt.

2 Vgl. ebenfalls Stolleis (2002, bes. S. 53): «Über wohl kein Thema der Rechtsgeschichte ist mehr nachgedacht und geschrieben worden als über den Einfluß des Römischen Rechts in der Form des

ausgeklammert wird. Als Römisches Recht im Kontext dieser rechtshistorischen Untersuchungen wird das einheitliche Studium des sog. Gemeinen Rechts (*ius commune*) an den mittelalterlichen Universitäten verstanden. Dieses Studium «basierte auf dem Text der justinianischen Kompilation, an dessen Teilen (Codex, Institutionen, Digesten) sich bereits die Gliederung der juristischen Fakultäten orientierte. [...] Die Absolventen dieser Ausbildung waren professionell geschulte Juristen, die sich rasch zu einem eigenen Berufsstand entwickelten. Sie verfügten infolge ihres Studiums nicht allein über eine gemeinsame Basis im Sinne eines einheitlichen Kanons von Regeln des materiellen Rechts. Ihnen war daneben die an den Quellen des röm(ischen) (und kanonischen) Rechts orientierte und erarbeitete Begrifflichkeit nebst zugehöriger (scholastischer) Methodik gemein» (Glöckner, 2002, S. 830).

So verlockend es wäre, einige interessante rechtshistorische Diskussionen der Moderne nachzuzeichnen, die sich an Entscheidungen des *House of Lords* entzündeten, die mit dem Ziel der Harmonisierung zwischen schottischem und englischem Recht Konzepte des Römischen Rechts heranzogen,<sup>3</sup> so muss ich – nicht nur als rhetorische *captatio benevolentiae* – feststellen, dass dieses nicht in meine Provinz, meine Zuständigkeit fällt: Ich bin kein Rechtshistoriker, sondern ein anglistischer, klassischer Literatur- und Kulturwissenschaftler, der darüber hinaus – aus einem früheren Leben – über bescheidene Kompetenzen als Althistoriker mit dem Schwerpunkt Römische Geschichte verfügt. Aus dieser Perspektive ergibt sich geradezu zwingend die Erweiterung des Begriffs Römisches Recht, konnte dieses doch zur Zeit der justinianischen Kodifizierung auf eine mehr als tausendjährige, wechselvolle Geschichte seiner materiellen Bestände, seiner Institutionen und seiner (nicht nur geographischen) Geltungsbereiche zurückblicken. Mit einem Wort: Römisches Recht als Recht Roms, bzw. das Recht in Theorie und Praxis, wie es das Leben im Römischen Reich prägte, wird damit explizit und selbstverständlich auch implizit zum Gegenstand der

mittelalterlichen und frühneuzeitlichen *Ius Commune* auf die heutige europäische Rechtskultur.»

3 Vgl. mit weiterführender Literatur Evans-Jones (2000).

Rezeption und literarischen Repräsentation in der Literatur und Kultur Englands, wann immer Rom, Römische Geschichte, Römische Stoffe, Motive und *exempla* rezipiert wurden und werden.<sup>4</sup> Bevor aus diesem – im besten Sinne unüberschaubar reichen – Fundus engagierter und immer wieder auch höchst produktiver Rezeptionszeugnisse<sup>5</sup> einige exemplarische Texte vorgestellt und analysiert werden sollen,<sup>6</sup> gilt es noch, ein (rechts-) geschichtlich höchst interessantes Phänomen in aller Kürze zu würdigen: dass nämlich zwischen dem Römischen Recht des Altertums, speziell ab der späten Republik, und dem englischen Recht, insbesondere der Zeit von etwa 1150 bis 1600 oder 1800, «eine grosse Zahl auffallender Übereinstimmungen» (Peter, 1968, S. 66) bestehen.

## II.

Diese vielleicht überraschende Erkenntnis ist gleichwohl nicht neu; schon 1861 verwies Henry Sumner Maine, der Begründer der historischen Rechtswissenschaft in England, auf diese Parallelen,<sup>7</sup> bevor 1901 Bryce in seinen *Studies in History and Jurisprudence* mit vielen Beispielen diese Ähnlichkeiten belegte.<sup>8</sup> Die bedeutsame Studie von Buckland und McNair (1936) *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline* explizierte, in «welch großem Umfang die materiellen Lösungen des Privat- und Prozeßrechts [...] aber auch die schon von Bryce beobachteten *methods of*

4 Vgl. als ersten Überblick den Beitrag «United Kingdom» von Busse/Baumann/Kuhn-Chen (2002) im *Neuen Pauly: Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte*.

5 Vgl. zur terminologischen Differenzierung die Lemmata «Rezeptionsforschung, empirische» von Barsch (1998) und «Rezeptionsgeschichte» von Zapf (1998) im *Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie*. Vgl. ebenfalls den Eintrag «Rezeption (privatrechtlich)» von Kiefner (1990) im *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*.

6 Die Auswahl gründet selbstverständlich in subjektiven Erwägungen, versucht aber zum einen exemplarische, teils auch repräsentative Textzeugnisse vorzustellen, und zum anderen allzu viele Überschneidungen mit früheren Publikationen (siehe dazu das Literaturverzeichnis) zu vermeiden.

7 Vgl. Maine (1861).

8 Vgl. Bryce (1901, bes. Bd. I, S. 1 ff., S. 85 ff. und S. 145 ff. sowie Bd. II, S. 172 ff., S. 247 ff. und S. 349 ff.).

law making» miteinander übereinstimmen» (Peter, 1968, S. 67). In kluger Synthese fokussiert Peter (1968, S. 68) pointiert drei Einzelercheinungen, die diese innere Verwandtschaft oder Analogien<sup>9</sup> zwischen Römischem und englischem Recht überzeugend erweisen:

1. die Tatsache, dass das ältere englische Recht ebenso wie das klassische Römische Recht ein Juristenrecht war, [...]
2. die eigenartige, weitgehend analoge Spaltung der Rechtsordnung in eine ältere, strengere und eine jüngere, nach Billigkeit strebende Schicht, der wir in den beiden Rechten begegnen,
3. die Tatsache, dass in beiden Rechten die Mittel der prozessualen Verwirklichung des Rechts, d. h. die Klagen und Klageformeln, lange Zeit im Mittelpunkt der juristischen Bemühungen standen und dass die Ausgestaltung dieser Klagen und Rechtsbehelfe der juristischen Erfassung des materiellen Privatrechts voranging.

Spricht der dritte Punkt für sich selbst und ist auch in erster Linie für das engere Gebiet der Rechtsgeschichte von Interesse, so bedürfen die beiden ersten Punkte einiger knapper kulturhistorischer und damit in unser eigentliches Gebiet zurückführender Erläuterungen.

Dem Römischen Recht der Antike fehlte, genau wie dem englischen Recht, eine Kodifizierung, dennoch muss es schon im England des Mittelalters und im Rom der Republik materiell feste Rechtssätze gegeben haben, die z. B. definierten, was ein Diebstahl ist, wann ein Betrug vorliegt, die regelten, was ein Käufer tun konnte, wenn ihm ein mangelhaftes Kaufobjekt ausgehändigt wurde. Wiewohl solche Rechtsfragen anfänglich in «archaisch, abgeschlossen lebenden Gesellschaft[en]» (Peter, 1968, S. 69) durchaus auf der Basis eines ungeschriebenen Gewohnheitsrechts geregelt werden konnten, so bedurfte es in Rom und England aufgrund der rasanten und komplexen

<sup>9</sup> Vgl. hierzu Peter (1968, S. 68, Anm. 30): «Ich spreche von innerer Verwandtschaft, um damit deutlich zu machen, daß die beobachteten Übereinstimmungen (Analogien) zwischen Röm. und engl. Recht auf unabhängiger Parallelentwicklung beruhen, also nicht etwa aus der Übernahme (Rezeption) von Einrichtungen und Sätzen des Röm. Rechts durch die Engländer zu erklären sind.»

historisch-soziologischen Entwicklung jeweils differenzierterer Lösungen, die wiederum in einer Vielzahl von Rechtsquellen gründeten.

So gab es gegen Ende der Römischen Republik bekanntlich – neben dem überlieferten Gewohnheitsrecht – vier Arten von geschriebenem Recht (*ius scriptum*): 1. die Zwölftafelgesetze, 2. die von der Volksversammlung auf Antrag der Konsuln erlassenen Einzelgesetze (*leges rogatae*), 3. die Senatsbeschlüsse (*senatus consulta*) und 4. die Edikte der Magistrate, «wobei zu beachten ist, dass der Prätor als der mit der *iurisdictio* betraute Magistrat in seinem Edikt für die häufigsten Streitfälle jeweils generell bestimmte, unter welchen Voraussetzungen er einem Bürger eine Klage gegen den in Anspruch genommenen Gegner gewähren oder verweigern werde» (Peter, 1968, S. 70).<sup>10</sup> In den Quellen nur umrisshaft zu erkennen ist, wie aus diesen einzelnen Bausteinen «[d]as Haus des Römischen Rechts» (Peter, 1968, S. 70) errichtet wurde, eine gewaltige Leistung seiner Baumeister, der römischen Juristen. Aus den besonders rechtskundigen (ehemaligen) Magistraten und Senatoren der mittleren Republik, die bei schwierigen Rechtsfragen um Rat gefragt wurden, entwickelte sich schnell eine eigene soziologische Gruppierung, die schon im 2. Jahrhundert v. Chr. als *iuris consulti*, Rechtsberater oder kurz: Juristen, in den Quellen erscheint, die ihre Rechtsauskünfte (*responsa*) zum Teil sammelten und in Büchern zusammenstellten. Auf ganz ähnliche Weise lässt sich auch die Genese des englischen Rechts, des *common law*, des Mittelalters (bis etwa 1800) als Juristenrecht erklären. Rund hundert Jahre nach der normannischen Eroberung entstanden als wichtige Etappen auf dem Weg, den locker gegliederten Lehnstaat England in ein «straff organisiertes Staatswesen moderner Prägung umzugestalten» (Peter, 1968, S. 74),<sup>11</sup> zentrale Gerichtshöfe, die im Laufe der Zeit in London ihren festen Sitz erhielten: *Court of King's Bench*, *Court of Common Bench* und *Exchequer*. Diese Gerichtshöfe der Krone entschieden die ihnen vorge-

<sup>10</sup> Vgl. auch Kunkel (1973); Söllner (1996) und Mayer-Maly (1999). Vgl. insgesamt auch die entsprechenden Bände des *Handbuchs der Altertumswissenschaft. Abt. 10: Rechtsgeschichte des Altertums*, im Einzelnen: Wieacker (1988 und 2006); Kunkel et al. (1995); Kaser (1971 und 1975) sowie Kaser (1975).

<sup>11</sup> Vgl. insgesamt auch die oben in Fn. 7–10 zitierten Studien.



legten Streitfälle nicht, wie es zuvor gängige Praxis war, nach Maßgabe der unterschiedlichen Stadt-, Dorf- oder Ortsrechte, sondern im Wesentlichen nach von ihnen selbst aufgestellten Regeln und Maximen.

Ebenso wie in Rom gründeten diese Regeln und Maximen freilich auch in England in einer ganzen Reihe unterschiedlichster Rechtsquellen: lokale Gewohnheitsrechte, Stadtrechte, Anordnungen des Königs mit Gesetzescharakter, die *Magna Charta*, Parlamentsgesetze, einige Rechtsaufzeichnungen aus der Zeit vor 1150. Die unbestreitbare Großleistung der Juristen des 12. und 13. Jahrhundert war es, «diese rudimentären Rechtsquellen z. T. mit Hilfe der Begriffe, die ihnen die Literatur der Glossatoren des Römischen Rechts bot, vor allem aber mit einer konsequenten und weitsichtigen Rechtsprechung zu einer Einheit» (Peter, 1968, S. 76) zu verschmelzen,<sup>12</sup> die dann zur Grundlage des konsequent über viele Jahrhunderte praktizierten Präjudizienrechts wurde.

Ohne die historischen Entwicklungsstadien innerhalb des Römischen und englischen Rechts hier ausdifferenzieren oder auch nur holzschnittartig nachzeichnen zu können, wird man als zweites wichtiges gemeinsames Phänomen festhalten dürfen:

«[...] in Rom wie England [kam es] zur Spaltung der ganzen Rechtsordnung in zwei verschiedene Schichten: Dem überlieferten *ius civile* stand das jüngere Amtsrecht des Prätors (*ius honorarium* oder *ius praetorium*) gegenüber, und dem *common law* im engeren Sinne des Wortes, d. h. dem traditionellen Gewohnheits- und Präjudizienrecht, fügte sich als jüngere, das alte Recht ergänzende, teilweise aber auch korrigierende Rechtsschicht die *Equity* an, das Billigkeitsrecht also, das der *aequitas* besonders ver-

12 Elegant und prägnant zugleich schildert Franklin (2009, S. 402 ff.) in dem modernen historischen Kriminalroman *The Relics of the Dead* erste Neuerungen der englischen Rechtsprechung unter Henry II. um 1174, wobei die gewählte Erzählperspektive die Differenzen zu den Verhältnissen auf dem Kontinent besonders betont: «Adelia's experience of lawyers in Salerno had been of bearded old men who talked of Digests, Codices and the Summa Azzonis, the Roman law they'd learned at the great University of Bologna. Master Dickon was of a kind she hadn't met before, home-grown, young, lacking breeding but not intelligence, and very un-lawyerlike [...] «See, he's not a lover of Roman law and I ain't either. Too much inquisition, too stuck with them old Byzantines, too many delays. What he's doing, see, is using Anglo-Saxon law, what our great granddads was accustomed to. He's like a baker, if you understand me, using good English dough and trimming it, kneading it, reshaping it and flouring it with a touch of genius. One of these days every court in the land'll be using it.» Franklin (2009, S. 402–404).

pflichtete Kanzler in seinem Kanzleigericht (*Court of Chancery*) entwickelt hatte. Der Dualismus von *Law* und *Equity* kennzeichnet seit dem 16. Jahrhundert die englische Rechtsgeschichte, [seit 1616 jedoch] ist [...] unbestritten, dass bei einer unterschiedlichen Regelung derselben Frage durch das *common law* und die *Equity* die Regeln der *Equity* dem älteren Recht vorgehen.» (Peter, 1968, S. 84–88)

Wie diese bedeutsamen strukturellen Übereinstimmungen zwischen Römischem und englischem Recht primär Resultate einer historisch parallelen Entwicklung sind, so gilt dieses auch für eine Reihe einzelner materieller Aspekte des Rechts, etwa in den sehr detailliert ausdifferenzierten gesetzlichen Regelungen zur Stellung der Ehefrau, wiewohl in Einzelaspekten, etwa in den Veränderungen der ehelichen Vermögensordnung durch *manusfreie Ehen* und *Equity*-Regeln, durchaus auch eine Rezeption Römischen Rechts vorliegen könnte.<sup>13</sup>

### III.

In Buch II des goldenen Büchleins *de optimo reipublicae statu deque nova insula Utopia*, oder auch kurz: *Utopia*, erschienen 1516, hält der erfahrene Weltreisende und Philosoph Hythlodæus mit seinem Bericht über die vortreffliche Verfassung der Utopier der europäischen Politik seiner Zeit (und der des Verfassers Morus) einen Spiegel vor, wobei etliche der Vergleichsaspekte im realpolitischen Buch I bereits konkret angesprochen wurden. Die Idealität der utopischen Verfassung zeitigt gravierende Konsequenzen für das Recht, Gesetze und Juristen:

«Gesetze haben sie überaus wenige; denn dank ihrer Verfassung kommen sie mit ganz wenigen aus. Das tadeln sie denn auch in erster Linie bei anderen Völkern, dass dort unzählige Bände von Gesetzen und Kommentaren noch nicht genügen. Sie selber halten es dagegen für höchst unbillig, irgend jemanden auf Gesetze zu verpflichten, die entweder zu zahlreich sind, als dass es möglich wäre, sie zu lesen, oder zu dunkel, als dass sie jedermann verstehen könnte. Auch schließen sie grundsätzlich sämtliche Advokaten

13 Vgl. insgesamt Eggenstein (1995).

aus, die ja ihre Prozesse so schlaue zu betreiben und über die Gesetzesbestimmungen so spitzfindig zu disputieren wissen.» Morus (übers. 2003, S. 111)<sup>14</sup>

Ganz konsequent legen die Utopier ihre wenigen Gesetze immer nach dem Prinzip der offenkundigen Bedeutung aus, was jeden Einzelnen in den Stand setzt, sein Anliegen selbst vor Gericht zu vertreten. Aus prinzipiellen Erwägungen wie auch aufgrund historischer Erfahrungen verweigern sich die Utopier der – in Buch I so beklemmend realistisch geschilderten – europäischen Bündnis-Politik: «Die Gemeinschaft der Menschennatur sei ein Ersatz für Bündnisse, und die Menschen würden wirksamer und fester durch gegenseitiges Wohlwollen als durch Verträge, besser durch die Gesinnung als durch Worte miteinander verbunden» Morus (übers. 2003, S. 115).<sup>15</sup>

Mag man in dieser schönen Hoffnung auf die Natur des Menschen, der etwa nahezu gleichzeitig Machiavelli ein dezidiert anderes, negatives Menschenbild entgegensetzt,<sup>16</sup> einen Zug utopischer Naivität erkennen, so wirkt diese – speziell mit Blick auf Gesetze und Juristen – wohlthuend sympathisch, wenn man sie mit den entlarvenden Bemerkungen und Erzählungen Raphaels aus Buch I vergleicht. In der Diskussion, ob ein Philosoph seine Fähigkeiten einem Herrscher als Berater zur Verfügung stellen sollte, verweist Raphael zweimal auf die – in der Imagination, zugleich aber auch in der historischen Realität – verderblichen, opportunistischen Einflüsse von Juristen und Juristerei auf den Herrscher: Zum einen könnten (und

14 Vgl. auch die Formulierungen im Original, hg. von Surtz/Hexter (1965): «*Leges habent perquam paucas. sufficiunt enim sic institutis paucissimae. Quin hoc in primis apud alios improbant populus, quod legum interpretumque uolumina, non infinita sufficiunt. Ipsi uero consent iniquissimum: ullos homines his obligari legibus: quae aut numerosiores sint, quam ut perlegi queant: aut obscuriores quam ut a quouis possint intellegi: porro caudicos: qui causas tractent callide: ac leges uafre disputant: prorsus omnes excludunt.*» (CW 4, 194/6–196/14); Vgl. zur Utopia allgemein Baumann/Heinrich (1986, S. 128–187 und S. 201–214).

15 Vgl. im Original (CW 4, 198/26–198/28): «*Naturae consortium, foederis uice esse, & satius, ualentiusque homines inuicem beneuolentia, quam pactis, animo quam uerbis connecti.*» Von der historischen und argumentativen Reichweite dieses Konzepts scheint Raphael in seinem Bericht über die Utopier freilich auch nicht so richtig überzeugt zu sein: der nächste Abschnitt fokussiert bezeichnenderweise das Kriegswesen («*De Re Militari*»); vgl. hierzu – mit weiterführender Literatur – Baumann (1997, S. 49–86).

16 Vgl. die einschlägigen Details bei Buck (1985), Hoeges (1984) und Münkler (1984).

würden) Juristen dem Herrscher raten, direkten politischen Druck auf die Rechtsprechung auszuüben und sich so zusätzliche Macht und Reichtümer zu sichern,<sup>17</sup> zum anderen könnten sie dem Herrscher mit dem Rekurs auf uralte, dunkel formulierte und längst vergessene Gesetze weitere Einnahmequellen eröffnen, da Übertretungen dieser – im Grunde unbekanntem Regelungen – an der Tagesordnung wären.<sup>18</sup> Dass in diesen imaginierten Ratschlägen selbstverständlich eine mehr als deutliche Kritik an der Rechtspraxis unter Heinrich VII. aufscheint, die Morus bereits 1509 in seinem Epigramm Nr. 19 durchaus vergleichbar attackiert hatte,<sup>19</sup> können wir hier übergehen; für unser Erkenntnisinteresse, Rezeption des Römischen Rechts, interessanter ist die Tatsache, dass Raphael in diesen Kontexten zweimal bewusst und explizit auf Regelungen und Maximen des Römischen Rechts als Modell und Vorbild verweist. «Warum sollten wir denn Bedenken tragen, jene alte Methode der Bestrafung von Verbrechen für nützlich zu halten, die schon im Altertum, wie man weiß, die Römer so lange [ange-]wandt haben, diese alten Praktiker der Staatskunst? Sie pflegten nämlich Schwerverbrecher zur Arbeit in Steinbrüchen und Erzgruben zu verurteilen, wo sie beständig Fesseln zu tragen hatten» Morus (übers. 2003, S. 34)<sup>20</sup>. Und mit Blick auf die durch Rechtsbeugung zu gewinnenden Reichtümer erinnert Raphael an eine von Valerius Maximus überlieferte vorbildliche Maxime Roms: «Eben dies meinte sicherlich auch Fabricius, der stolze und vornehm denkende Römer, wenn er äußerte, er wolle lieber über reiche Leute herrschen als selber reich sein» Morus (übers. 2003, S. 47 f.).<sup>21</sup>

Vorsätzlich unerwähnt blieb bisher, dass der Verfasser der *Utopia*, Thomas Morus oder Sir Thomas More, nicht nur ein berühmter, Europa weit

17 Vgl. Morus (übers. 2003, S. 46); vgl. auch im Original, CW 4, 92/3–92/15.

18 Vgl. Morus (übers. 2003, S. 45–47); vgl. auch im Original, CW 4, 90/22–94/8.

19 Vgl. CW 3 II, Ep. 19, S. 100–113; vgl. ebenfalls Baumann (1984, S. 49–54).

20 Vgl. auch im Original: «*Cur enim dubitemus eam uiam utilem esse castigandis sceleribus: quam scimus olim tam diu placuisse Romanis administrandae reipublicae peritissimis? Nempe hi magnorum facinorum conuictos in lapidicinas, atque fodienda metalla damnabant, perpetuis adseruandos uinculis*» (CW 4, 74/13–74/17).

21 Vgl. im Original: «*Quod ipsum sensit certe uir erecti ac sublimis animi Fabricius, cum responderet malle se imperare diuitibus, quam diuitem esse*» (CW 4, 94/28–94/30). Zudem vgl. den Kommentar zu dieser Stelle CW 4, 368–369.

geschätzter Humanist war, sondern auch ein untadeliger Berufsjurist, der sogar in seiner Rechtspraxis versuchte, einige der in der *Utopia* explizierten Grundsätze, insbesondere die prinzipielle Gleichheit vor dem Gesetz und die Abscheu vor technisch-formalistischen Argumentationen, zu praktizieren<sup>22</sup>. Morus war, nicht nur die beiden Raphael in den Mund gelegten Verweise auf römische Vorbilder dokumentieren dies, ein hervorragender Kenner der römischen Antike, der römischen Geschichte und des Römischen Rechts. So versuchte er sich als junger Mann an der rhetorischen Gattung der *declamatio*, fiktiver Prozessreden, von denen eine, die Verteidigung des Platonischen Staates, inklusive der Frauengemeinschaft, leider verloren ist,<sup>23</sup> mit der anderen antwortete er – im gelehrten Wettstreit mit Erasmus von Rotterdam – auf Lukians *Tyrannoktonos*.<sup>24</sup> Dieser gelehrte Kenner des Römischen Rechts und englische Berufsjurist Morus zeichnet in seiner *Utopia*, sowohl in Buch I als auch in Buch II, ein düsteres Bild der Juristerei und des Berufsstandes des Juristen, und er bleibt damit nicht allein; in vielen der humanistischen Staatsentwürfe bleiben die Juristen ausgegrenzt.<sup>25</sup>

Das Zerrbild des englischen Juristen, über dessen arrogante und zugleich demaskierende Selbstinszenierung Raphael in Buch I berichtet,<sup>26</sup> fügt sich ein in die lange Tradition römischer und mittelalterlicher Ständesatire, die Juristen kollektiv primär Eitelkeit, Dummheit, Geld- und Machtgier, und insbesondere die Abkehr von allgemeinen Prinzipien der Gerechtigkeit zuschreibt.<sup>27</sup> Aber vielleicht ist dieser englische Jurist gar kein Rechtspraktiker, sondern ein ausschließlich im wissenschaftlichen Disput erfahre-

22 Vgl. die wichtigsten Belege bei Guy (1980, bes. S. 35 ff.); Marius (1984, bes. S. 44 ff.); sowie Hastings (1977) und Osgood (2006).

23 Vgl. den berühmten Biographie-Brief des Erasmus von Rotterdam an Ulrich von Hutten (Allen IV, 999, Z. 87 ff. und Z 251 ff.).

24 Vgl. dazu Baumann (1986); vgl. ebenfalls Baumann (1985, bes. S. 113 ff.).

25 Vgl. mit vielen Belegen und weiterführender Literatur Brundage (2002, bes. S. 84 f.).

26 Vgl. Morus (übers. 2003, S. 24–32); vgl. auch im Original CW 4, 60/5–70/28.

27 Vgl. eine Fülle einprägsamer Belege bei Brundage (2002, S. 56–103). Bezeichnenderweise stehen auch einige Epigramme des Thomas Morus selbst in dieser Tradition der mittelalterlichen Ständesatire und brandmarken die Verschlagenheit und Gerechtigkeitsferne des Juristen (vgl. Baumann, 1984, S. 65).

ner Rechtsgelehrter<sup>28</sup> des an den Universitäten beheimateten Römischen Rechts, des *civil law*?

#### IV.

In Oxford und Cambridge war das Studium des Römischen Rechts, des *civil law*, eine in erster Linie theoretische, akademische Disziplin, und es war – modern formuliert – ein «Orchideenfach». Zwischen 1544 und 1551 wurde in Cambridge nur ein einziger Student promoviert und acht Bachelor-Titel verliehen; zwischen 1591 und 1601 sind immerhin 25 Bachelor-Abschlüsse und 11 *doctores* zu verzeichnen. Durchaus vergleichbar waren die Zahlen in Oxford: Jeweils vier Bachelor-Abschlüsse sind in den Jahren 1544 und 1545 bezeugt, und nur insgesamt 107 Bachelors of Civil Law sind für die Jahre 1571 bis 1603 registriert. Aus den rund vier Jahrzehnten zwischen 1603 bis 1641 sind in England nur knapp 200 Doctors of Civil Law bekannt.<sup>29</sup>

Versuche, durch organisatorische und administrative Maßnahmen die beklagenswerte Situation zu verbessern, waren zunächst nicht sehr erfolgreich, selbst die Gründung entsprechender Lehrstühle, des Regius Chair of Civil Law in Cambridge (1540) und des entsprechenden Regius Chair in Oxford (1546) zeitigten keine sofortigen oder nachhaltigen Erfolge, neue Colleges (z. B. Emmanuel College) wurden teils unter Verzicht auf Professuren für Römisches Recht und Medizin gegründet, in anderen Colleges wurden Professuren für Römisches Recht in solche für Theologie umgewidmet.<sup>30</sup>

28 Die wenigen Details der Charakterisierung seines Argumentationsstils legen eine solche Vermutung zumindest nahe; vgl. Morus (übers. 2003, S. 31): «Während ich so sprach, hatte sich mittlerweile der Rechtsgelehrte zur Rede gesammelt und sich vorgenommen, in jener feierlich-pedantischen Methode der Schuldisputanten zu antworten, die lieber wiederholen als entgegen; sehen sie doch den besten Teil ihres Ruhmes im guten Gedächtnis!» Vgl. auch im Original: «*Iam me haec loquente iuris ille consultus interim se ad dicendum composuerat, ac statuerat secum modo illo solenni disputantium uti, qui diligentius repetunt quam respondent, adeo bonam partem laudis ponunt in memoria*» (CW 4, 70/12–70/15).

29 Vgl. weitere Details, Belege und Literatur bei Binns (1990 bes. S. 333 ff.).

30 Vgl. Binns (1990, bes. S. 336 ff.) und Mullinger (1884).

Aber wie so häufig, wenn strukturelle, administrative Eingriffe nicht die intendierten, nachhaltigen Effekte zeitig(t)en, waren es außergewöhnliche Persönlichkeiten, die das düstere Bild des Studiums und des Ansehens des Römischen Rechts aufhellten. John Cowell wurde 1594 zum Regius Professor in Cambridge ernannt<sup>31</sup>, vielleicht eine Erklärung für die danach steigenden Absolventenzahlen; die Berufung eines der brilliantesten Juristen seiner Zeit als Regius Professor of Civil Law im Jahre 1587 nach Oxford, Alberico Gentili, ist hingegen in ihrer Bedeutung kaum zu überschätzen.

Anfang der 1580er Jahre als italienischer Protestant nach London gekommen, wurde Alberico Gentili<sup>32</sup> schnell zum Protegé des Earl of Leicester, der ihn nach Oxford als Doctor of Civil Law empfahl; die Berufung zum Regius Professor 1587 verdankte er dem Einfluss von Sir Francis Walsingham. Regius Professor blieb er bis zu seinem Tod im Jahre 1608, obwohl er einen nicht unbeträchtlichen Teil seiner späteren Jahre in London verbrachte und seine Pflichten in Oxford durch Stellvertreter wahrnehmen ließ. Als Protegé des Earl of Leicester, und als Bekannter einflussreicher Männer wie Sir Francis Walsingham oder Sir Philip Sidney, war Gentili freilich auch rein fachlich eine ausgezeichnete Wahl. Bereits mit seinem ersten Buch, das 1582 in London gedruckt wurde, *De iuris interpretibus*,<sup>33</sup> dem Earl of Leicester gewidmet, wurde er zur anerkannten juristischen Kapazität, speziell in seiner dezidierten Stellungnahme für die klassischen Positionen eines spätmittelalterlichen Bartolismus gegen die humanistischen Neuerer: «Gentili's book is still the best, clearest, and most illuminating account of these two rival intellectual methods [...]» Binns (1990, S. 339). Dieses Werk, in sechs Bücher gegliedert, die in Dialogform Gespräche zwischen ihm und seinem jüngeren Bruder Quinto «wiedergeben» und jeweils nach einem berühmten römischen Juristen benannt sind (*Scaevola*, *Paulus*, *Cato*, *Trebatius*, *Pomponius* und *Antipater*), eröffnet eine lange Reihe zentraler

31 Vgl. Binns (1990, bes. S. 337); vgl. ebenfalls Levack (2004). Literarischen Ruhm und einen wichtigen Platz in der Rezeptionsgeschichte des Römischen Rechts verdankt er im Wesentlichen zwei Büchern: *Institutiones juris Anglicani* (1605) und *The Interpreter* (1607).

32 Vgl. die wichtigsten Belege bei Binns (1990, S. 338 ff.) und Gause (2004).

33 Vgl. Binns (1990, bes. S. 338–346).

Veröffentlichungen, die Gentili einen Ehrenplatz in der Geschichte des Römischen Rechts, des *civil law* sichern, und damit auch zentrale Bedeutung für die Rezeption des Römischen Rechts (im engeren, rechtshistorischen Verständnis) in der englischen Kultur der Renaissance. Die bekanntesten dieser Studien sind – neben ausführlichen Berichten über feierliche Promotionen, die Reden der Disputationen, kleinere Traktate über Astrologen und Magie – insbesondere *De legationibus libri iii*, 1585 gedruckt, Sir Philip Sidney gewidmet, und *De iure belli commentationes duae; commentatio tertia* von 1589, genau wie die später überarbeitete und ergänzte Fassung *De iure belli, libri iii* (1598) bezeichnenderweise einem leibhaftigen Kriegshelden, dem Earl of Essex, gewidmet.<sup>34</sup> Mit diesen beiden Studien wurde Gentili einerseits zu einem wichtigen Interpreten, einer Autorität des europäischen Völker- und Kriegsrechts, andererseits zeitigten seine subtil entwickelten Richtlinien auch durchaus realpolitische, praktische Konsequenzen. So folgte die englische Obrigkeit beispielsweise dem Rat Gentilis, wie mit dem spanischen Botschafter Mendoza, der in einen Attentatsversuch auf die Königin verstrickt war, zu verfahren sei. Mendoza wurde, wie von Gentili empfohlen, lediglich gebeten, England zu verlassen.<sup>35</sup> Des Weiteren boten einige der Distinktionen Gentilis, insbesondere über die Bestimmungen der römischen Rechtssätze über Schauspiel und Theater, interessante Argumentshilfen, die in den englischen juristischen Auseinandersetzungen um das öffentliche Theater wiederholt herangezogen wurden.<sup>36</sup>

## V.

Gut 30 Römerdramen sind uns aus der Blütezeit des Englischen Renaissance-dramas (bis 1642) erhalten, die nahezu allesamt für unsere Erkennt-

34 Vgl. die Details bei Binns (1990, bes. S. 344–349) und Gause (2004).

35 Vgl. Belege und Analyse bei van der Molen (1937, bes. S. 49–50). Vgl. ebenso Binns (1990, S. 349).

36 Dieser Komplex, Theater und Recht, bzw. Rechtsprechung, verdiente eine ausführlichere Analyse, konstituiert jedoch ein eigenes Thema. Vgl. insgesamt Fraser (1970); Binns (1972); Markowicz (1977, bes. S. 1 ff.); vgl. ebenso Binns (1990, bes. S. 350 ff.).

nisinteressen von Bedeutung sind: So verweisen das anonyme *Aprius and Virginia* (1564) und John Websters *Apprius and Virginia* (1624)<sup>37</sup> schon im Titel auf den exemplarischen Rechtsfrevler des Decemvir Apprius Claudius, der seine juristische Stellung ausnutzt, Virginia zu vergewaltigen, oder in Thomas Lodges *The Wounds of Civil War, or Marius and Scilla* (1588) wird der Jurist und Rhetor Anthony gleichsam als Verkörperung der verderblichen Persuasionskunst der Rhetorik präsentiert – und getötet,<sup>38</sup> und selbstverständlich bleibt auch der ungeheuerliche Frevler wider göttliches und menschliches Recht des Oktavian, das bei den Vestalinnen deponierte Testament des Antonius zu rauben, in den Römertragödien über Oktavian und Antonius nicht unerwähnt.<sup>39</sup>

Die für unsere Zwecke zweifellos interessanteste Tragödie ist jedoch Ben Jonsons *Sejanus His Fall*, 1603 aufgeführt, 1605 in einer einzigartigen Quarto-Ausgabe, mit minutiösen Quellenangaben für jede Szene, erstmals gedruckt,<sup>40</sup> und auch heute noch gelegentlich mit großem Erfolg aufgeführt, z. B. 2005 von der RSC in Stratford im Rahmen der «Gunpowder Season».

In den ersten drei Akten seiner Tragödie *Sejanus His Fall* zeigt Jonson im Detail auf, wie Seian seine ehrgeizigen Pläne langsam, Schritt für Schritt, verwirklicht, seine Gegner einen nach dem anderen beseitigt und dabei neben Mord perfiden Intrigen, einer ganzen Schar von Spitzeln und Informanten, auch bewusst auf die zynische Inszenierung von Schauprozessen setzt. Einen ersten dramatischen Höhepunkt präsentiert Jonson zu Beginn des dritten Aktes: In einer Sitzung des Senats erhebt plötzlich der Konsul Varro (im Auftrag Seians) Anklage gegen Silius, einen treuen Freund und Kampfgefährten des Germanicus (II,2,285–295). Silius habe den Kampf gegen Sacrovir, den Führer des gallischen Aufstandes, hinausgezögert und sich mit den Geldern der Provinz die eigenen Taschen gefüllt (III,1,179–190). Diese Anklage wie die folgende knappe «Verhandlung» ist die vollendete

37 Vgl. allgemein Baumann (1996, bes. S. 25 ff., S. 71 ff. und S. 84 ff.); vgl. ebenso den Überblick Baumann (2007).

38 Vgl. Lodge, *The Wounds of Civil War*, IV, 2, S. 144–151\*. Vgl. dazu insgesamt Gentili (1984) und Baumann (1996, S. 108–119).

39 Vgl. Belege und weiterführende Literatur bei Baumann (1996, bes. S. 173 ff.).

40 Vgl. Bolton (1966, ix ff.).

dramatische Umsetzung der Schilderung, die Tacitus in seinen *Annalen* über den Majestätsprozeß gegen Silius bietet (ann. 4,18,120,2).<sup>41</sup> Wie bei Tacitus macht auch Jonsons Silius kein Hehl aus seiner Meinung, unverblümt hält er der Anklage entgegen, er wisse schon, wer seinen Sturz wolle (III,1,244–247): «This boast of law, and law, is but a form, / A net of Vulcan's fling, a mere engine, / To take that life by a pretext of justice, / Which you pursue in malice». Silius durchschaut die Ränke Seians, er weiß, dass sein Leben verwirkt ist und wendet sich an den Kaiser selbst; er wirft Tiberius persönlichen Neid und Missgunst vor. Seit er, Caius Silius, den Aufstand der Rheinlegionen niedergeworfen habe, hätte Tiberius ihn gefürchtet und gehasst (III,2,302–305): «so soon, all best turns, / With doubtful princes, turn deep injuries / In estimation, when they greater rise, / Than can be answered». Silius hat innerlich mit seinem Leben abgeschlossen; aber er will sich nicht aburteilen und wie ein Feigling zum Tode führen lassen (III,2,326–339):

«All that can happen in humanity,  
The frown of Caesar, proud Sejanus' hatred,  
Base Varro's spleen, and Afer's bloodying tongue,  
The Senate's servile flattery, and these  
Mustered to kill, I am fortified against;  
And can look down upon: they are beneath me.  
It is not life whereof I stand enamoured:  
Nor shall my end make me accuse my fate.  
The coward, and the valiant man must fall,  
Only the cause, and manner how, discerns them:  
Which then are gladdest, when they cost us dearest.  
Romans, if any here be in this Senate,  
Would know to mock Tiberius' tyranny,  
Look upon Silius, and so learn to die.»

41 Vgl. hierzu Koestermann (1965, S. 85–91); Shotter (1967); vgl. allgemein zu den Majestätsprozessen Bauman (1967); Koestermann (1955); Rogers (1935); Zaech (1972). Vgl. insgesamt zu Jonsons *Sejanus His Fall*: Baumann (1996, bes. S. 212 ff.); Baumann (1998). Baumann (1999). Im Folgenden greife ich sowohl auf die Ergebnisse wie auch auf einige Formulierungen dieser Studien zurück.

Mit seinen letzten Worten stößt er sich den Dolch in die Brust. Silius stirbt – Jonson weicht hier signifikant von der antiken Überlieferung ab<sup>42</sup> – den Freitod des Stoikers (vgl. bes. III,2,336), als *exemplum* für die Nachwelt. Seine großartige, illusionslose Sterberede, zu gleichen Teilen Apotheose des Freitods und Schmähung des Tyrannen Tiberius, vermittelt dies nachdrücklich – und Silius wird zumindest von Arruntius verstanden (III,1,340–343).

Dem zweiten Schauprozess, gegen den Historiker Cremutius Cordus, räumt Ben Jonson noch breiteren Raum ein, da er eine prinzipielle Frage aufgreift, die für Jonson selbst und – in ihrer theoretischen Dimension – für unser Verständnis des Römerdramas der englischen Renaissance insgesamt zentral ist. Die erste Erwähnung des Cremutius Cordus in Jonsons *Sejanus* führt gleichsam bei den Agenten Seians auf ganz natürlichem Wege zur Frage, ob und wie Cremutius Cordus mit seiner Darstellung des Untergangs der römischen Republik in die von Parteienhass zerrissene politische Gegenwart hineinwirkt; die darstellende Analyse der unmittelbaren Vorgeschichte der Gegenwart wird damit gleich von Anfang an als politisch höchst brisant eingestuft. Explizit auf die politischen Gefahren, die vom Geschichtswerk des Cremutius Cordus ausgehen, verweist dann Seian in einer vertraulichen Unterredung mit Tiberius (II,2,303–312):

«[...] Then, is there one Cremutius  
Cordus, a writing fellow, they have got  
To gather notes of the precedent times,  
And make them into annals; a most tart  
And bitter spirit (I hear) who, under colour  
Of praising those, doth tax the present state,  
Censures the men, the actions, leaves no trick,  
No practice unexamined, parallels  
The times, the governments, a professed champion,  
For the old liberty →»

42 Tacitus vermerkt nur lapidar (ann. 4,19,4): «*et Silius imminentem damnationem voluntario fine praevertit*». Vgl. zu Prozess und Tod des Silius: Hennig (1975, S. 47–52).

Genau dieses, sozusagen im Gewand der historischen Darstellung die Gegenwart kritisch zu reflektieren und Missstände vermittlels von Korrespondenzbeziehungen («parallels / The times, the governments») zu entlarven, wird dann in der Gerichtsszene des dritten Aktes zum Anklagepunkt gegen Cremutius Cordus. Sorgsam auf drei Redner verteilt (III,1,379–406), um so gleichsam kollektive Empörung zu suggerieren, und genau auf die große von Tacitus überlieferte Verteidigungsrede des Cremutius Cordus abgestimmt,<sup>43</sup> präsentiert Jonson den Prozess des Cremutius Cordus (III,1,379–470). Alle drei Ankläger, Satrius, Natta und Afer, beziehen sich in ihren Vorwürfen ausschließlich auf das Geschichtswerk des Cremutius Cordus, alle drei Ankläger rügen den scharfen, bissigen Ton der *Annalen* und alle drei Ankläger rücken die zeitgenössische Aktualität ins Zentrum der Anklage (III,1,384–388; 390–392; 401–403):

«The annals thou hast published, where thou bite'st  
The present age, and with a viper's tooth,  
Being a member of it, dare'st that ill  
Which never yet degenerate bastard did  
Upon his parent.  
[...] comparing men,  
And times, thou praisest Brutus, and affirm'st  
That Cassius was the last of all the Romans.  
[...]  
Nor is't the time alone is here disprised,  
But the whole man of time, yea Caesar's self  
Brought in disvalue; [...]»

Für unsere Zwecke bleibt festzuhalten, dass Jonson mit seiner historisch sehr genauen Präsentation des Prozesses gegen Cremutius Cordus, speziell mit der Anklage und der überzeugenden Verteidigungsrede des His-

43 Vgl. Tac. Ann. 4,34,2–35,3; vgl. zum Bericht des Tacitus Koestermann (1965, Bd. 2, S. 117–126); Hennig (1975, S. 55 ff.); vgl. ebenfalls Cancik-Lindemaier/Cancik (1986); Rogers (1965); Suerbaum (1971). Die taciteische Verteidigungsrede des Cordus integriert Ben Jonson in englischer Übersetzung nahezu vollständig in seine Tragödie (III,1,407–460); vgl. hierzu ausführlich, wenngleich im Detail zu korrigieren, Platz (1976, bes. S. 180 ff.).

torikers, explizit das Deutungsverfahren über Korrespondenzbeziehungen thematisiert<sup>44</sup> und zugleich verteidigt, indem er Cordus – gerade im Vergleich zu den Schergen Seians und auch zum Kaiser selbst – als moralisch und intellektuell integre Figur zeichnet. Mehr noch, Jonson zeigt in der (übersetzten) Verteidigungsrede des Cordus auf, dass die Intentionen eines Autors, seinem Publikum mittels Korrespondenzbeziehungen kritische Analysen der Gegenwart zu unterbreiten, nicht im strengen juristischen Sinne beweisbar sind.

Diese in der Szene präsentierte Verteidigung des Cremutius Cordus wird für Jonson selbst, im Verbund mit der sorgfältigen Auflistung aller historischer Quellen für seine Tragödie, zur juristisch überzeugenden Verteidigungsstrategie in eigener Sache, die Anklage vor dem *Privy Council* zeitigte, wiewohl die Einzelheiten nicht ganz klar sind,<sup>45</sup> jedenfalls keine nachteiligen Folgen für den Dramatiker.

## VI.

Ungeachtet der juristischen Schwierigkeiten, den englischen Dramatikern über Korrespondenzbeziehungen vermittelte – die Zensurgesetze unterlaufende – Kommentare zu tagesaktuellen politischen Fragen und/oder zu allgemeinen Fragen, etwa der Legitimität von Herrschaft, einem Widerstandsrecht gegen den Herrscher,<sup>46</sup> nachzuweisen, wobei der Rekurs auf die römische Geschichte, das Römische Recht dabei gängige Praxis war,<sup>47</sup>

44 Vgl. dazu, mit Details und weiterführender Literatur, Baumann (1992) und (1994).

45 Vgl. Jonson, *Sejanus His Fall*, bes. xii; Baumann (1999, S. 437, Anm. 41).

46 Vgl. dazu allgemein die glänzende Analyse von Bushnell (1990); vgl. ebenfalls Hogg (1995, bes. die Artikel von Wymer, S. 45 ff., Corbin, S. 59 ff., und De Silva, S. 239 ff.) und die Materialien bei Baumann (1999, bes. S. 436 ff.).

47 Vgl. z. B. Rebhorn (1990, S. 99), der es – berechtigterweise – nicht mehr für nötig hält, seine allgemeine Aussage durch entsprechende Belege zu sichern: «He [sc. Sir William Cornwallis] and Bacon thus reveal a normal tendency in their day to see Elizabethan politics through the lens of ancient Rome.» Vgl. ebenfalls Limon (1986), eine überaus anregende Detailstudie zu den politisch so brisanten – zumeist antispanischen und damit auch gegen die Friedens- und Ausgleichspolitik des Königs gerichteten – Tragödien der Spielzeit 1623/1624, in der insbesondere Philip Massingers *The Bondman* als gutes Beispiel für die politisch funktionalisierte Antikenrezeption gelten

blieb die politische Brisanz offenkundig, zumal der englische König selbst sich immer wieder klassisch-römischer Konzepte bei seiner öffentlichen, propagandistischen Selbstinszenierung bediente.

Statt vieler,<sup>48</sup> dafür nur ein – freilich in seiner Bedeutung kaum zu überschätzendes – Beispiel: der königliche *adventus* in London im Jahre 1661, der zugleich die Restitution der Monarchie feierte. Die ursprünglich für den 6. Februar 1661 geplante offizielle Krönungszeremonie, die jedoch von König Charles II. selbst aus «many weighty reasons» auf den 23. April 1661 verschoben wurde, setzte ganz auf ambitionierte spektakuläre Effekte. Bisher war noch kein anderer Monarch am 23. April, dem Tag des heiligen Georg, des englischen Nationalheiligen, gekrönt worden. Die Krönungsfeierlichkeiten wie auch der traditionelle *adventus* des Herrschers orientierten sich dabei zum einen an klassisch-römischen Vorbildern und zum anderen an den vergleichbaren Zeremonien der Tudorherrscher;<sup>49</sup> der König selbst gab dabei die Leitlinien der Feierlichkeiten vor.

Einer der beiden Organisatoren der Feierlichkeiten, John Ogilby, veröffentlichte 1662 einen imposanten Folioband von 192 Seiten, in dem er minutiös und verwirrend detailreich die offizielle Dokumentation des *adventus* und der Krönungsfeierlichkeiten präsentierte:<sup>50</sup> *The Entertainment of His Most Excellent Majestie Charles II in His Passage through the City of London to His Coronation*.

Die Wahl Ogilbys und des freilich politisch als *persona non grata* weitgehend im Hintergrund agierenden Sir Balthazar Gerbier erwies sich schnell als außerordentlich gute Personallösung, verstanden die beiden es doch, mit den freilich nicht ganz geringen Mitteln von rund 11.000 Pfund, und

darf, während Thomas Middletons *A Game at Chess* sich in vergleichbarer Absicht der Form der politischen Allegorie bedient.

48 Vgl. z. B. nur für die Rückgriffe auf klassische (und britannische) Mythologie die Überblicksdarstellungen bei Baumann (1999a); Baumann (2005).

49 Vgl. dazu Belege und weiterführende Literatur bei Baumann (1999a, S. 436 ff.). Vgl. insbesondere Goldberg (1983, S. 33–85) und zum römischen *adventus* Lehnen (1997).

50 Vgl. John Ogilby (1662) *The Entertainment of His Most Excellent Majestie Charles II in His Passage through the City of London to His Coronation*. Im Folgenden wird das Vorwort der Faksimile-Ausgabe als Knowles (1988) zitiert. Der Abdruck einiger Abbildungen aus dem Band Ogilbys erfolgt jeweils mit freundlicher Genehmigung der British Library, London.

unter Einsatz ganzer Heerscharen von Bau- und Zimmerleuten, vier monumentale Triumphbögen zu errichten, durch die der feierliche Einzug des Herrschers erfolgen konnte.<sup>51</sup>

Nach einer ausführlichen Geschichte des römischen Triumphs, in der er seine herausragende antiquarische Gelehrsamkeit unter Beweis stellt (vgl. Ogilby, 1662, S. 2–12), präsentiert Ogilby den ersten Triumphbogen (vgl. Ogilby, 1662, S. 13 ff. und Abb. I). Der sich östlich vom Tower her nähernde Zug des Königs erblickte links vor dem Triumphbogen die Personifikation der Rebellion und rechts diejenige der Britischen Monarchie, die unter Musikbegleitung ihre Gegnerinnen zurückdrängte und dem zurückkehrenden Monarchen den Weg durch den Triumphbogen öffnete. Das untere linke Bild zeigt die Landung des Königs in Dover, das rechte untere Bild ein Tropaion von abgeschlagenen Köpfen, dessen prominentester augenscheinlich Oliver Cromwell repräsentieren soll. Das Bild über der Dedikationsinschrift «represents the King, mounted in calm Motion, USURPATION flying before him, a figure with many ill-favoured Heads, some bigger, some lesser, and one particularly shooting out of his Shoulder, like CROMWEL'S; another head upon his Rump, or Tayl; Two Harpies with a Crown, chased by an Angel; Hell's Jaws opening» (Ogilby, 1662, S. 28). Mit einem Wort, der Durchzug des Königs und seines Gefolges unter dem Triumphbogen spielt die Szene über der Dedikationsinschrift nach. Die Rückseitenbilder des Triumphbogens vollenden den Handlungsbogen, indem sie Charles bei der Übernahme der Stadtschlüssel, einen Schild mit Bienen (dem hieroglyphischen Symbol für treue Untertanen) und die durch seine Ankunft bewirkte Wiederherstellung des kollektiven Glücks («the Restauration of our Happiness by His Majestie's Arrival») zeigen. Die Dedikationsinschrift ist – wie Ogilby detailliert ausführt – römischen Vorbildern nachempfunden, entscheidender ist jedoch der ikonographische Kontext, der durch die sorgfältig auf die bildlichen Darstellungen abgestimmten Bildunter- und -überschriften evoziert wird. Auf ingeniose Weise verknüpfte Ogilby

Verse aus dem sechsten Buch der *Aeneis*, dem vierten Buch der *Eklogen* und dem ersten und vierten Buch der *Georgica* mit der englischen Gegenwart, womit Charles bei seiner Annäherung an den Triumphbogen symbolisch die Position des Aeneas zugewiesen bekommt, der die Leiden der Titanen in der Unterwelt betrachtet. Die englischen Titanen sind dabei die Rebellen des Interregnums. Mit dem Durchzug durch diesen ersten Triumphbogen wird Charles zur imperialen Verkörperung des Augustus, die Erfüllung der Prophezeiung des Anchises. Die Erfüllung dieser Prophezeiung wird ins Werk gesetzt von der Zeit in Verbindung mit Fortuna, wie die *inscriptiones* explizieren: «*Volvenda dies en attulit ultro und Multa dies, variusque labor mutabilis aevi [...] In solido rursus Fortuna locavit*» (Ogilby, 1662, S. 28 ff.). Die Inschriften auf der Rückseite des Bogens verkünden, dass die Ankündigungen für Aeneas und – durch die symbolische Parallele – für Charles Realität geworden sind: Charles II., der nun als neuer Augustus zurückkehrt und seine Stadt betritt, führt ein neues goldenes Zeitalter herauf: «*Felix temporum reparatio, Redeunt saturnia regna*» (Ogilby, 1662, S. 37). Die Leitidee Ogilbys für die Konzeption des ersten Triumphbogens, den Einzug Charles' II. in symbolischer Parallelität zum Einzug des Octavius/Augustus nach seinem Sieg im römischen Bürgerkrieg zu inszenieren, stilisierte speziell durch den Rückgriff auf das Buch VI der *Aeneis* die republikanischen Rebellen zu monströsen Höllenknechten und schrieb gleichzeitig dem König die göttergleichen Qualitäten des vergilischen Augustus zu, ergänzt um die messianische Aura der Vierten *Ekloge*. Diese Übertragung des vergilischen Schemas auf die englische Geschichte ist die wohl ausgefeilteste Manifestation augusteischen politischen Denkens in der Restaurationszeit, obwohl sie in vielen Einzelheiten an zeitgenössische Balladen, Gedichte und Pamphlete anknüpft (vgl. Knowles, 1988, S. 20 ff.).

Die Darstellung des Towers auf dem zweiten Triumphbogen (vgl. Abb. II), insbesondere die *inscriptio* «*Clauduntur belli portae*» (Ogilby, 1662, S. 66) verweist – wie Ogilby anmerkt – auf den römischen Janus-Tempel, «never shut, but in the time of Peace; not opened, but in time of War» (Ogilby, 1662, S. 66). Die von Ogilby benutzte Formel «*clauduntur belli portae*» ist jedoch – in der Terminologie der Intertextualitätsforschung – ein

51 Vgl. Knowles (1988, S. 13 ff.). Vgl. insgesamt auch Pierce (2007, bes. S. 16 ff.). Vgl. auch Walker (1820) und Walkling (1997).



nicht markierter Verweis auf die Prophezeiung Jupiters in Buch I der *Aeneis*, mit der er Venus die Zukunft Roms (das berühmte «*imperium sine fine*») enthüllt: «*claudentur Belli portae*» (I,294). Der Tempuswechsel von «die Tore des Krieges werden geschlossen» zu «die Tore des Krieges sind geschlossen» verdeutlicht die Gegenwart der Manifestation augusteischen Friedens und imperialer Machtfülle, die Charles symbolisch durch sein Durchschreiten des ersten Triumphbogens hat Realität werden lassen.

Für unsere Zwecke mag das bereits genügen: Nachdem Charles auf dem zweiten Triumphbogen als englischer Neptun gefeiert worden war (vgl. Ogilby, 1662, bes. S. 51 ff.), der seinen imperialen Anspruch auf die Herrschaft zur See an römischen Vorbildern ausrichtete, vollendete sich mit dem Durchzug durch den vierten Triumphbogen (vgl. Ogilby, 1662, S. 139 ff.: «The Garden of Plenty», Abb. III) gleichsam die bereits bei der Geburt des Königs angekündigte – durch die Triumphbögen ikonographisch / inschriftlich veranschaulichte – Verheißung: Charles als augusteisch-messianischer Heils- und Friedensbringer ist für sein Reich Garant für Sicherheit, Reichtum, Fruchtbarkeit und Fülle. Mit seiner Rückkehr ist das goldene Zeitalter auf die Insel zurückgekehrt, eine Tatsache, der die Krönung des nächsten Tages dauerhafte Geltung verleihen sollte (vgl. Ogilby, 1662, bes. S. 32 ff.).

Was sich mit den Hauptwerken Gentilis andeutete, dürfte spätestens jetzt hinreichend dokumentiert sein: dass die Diskussionen um die Prinzipien des internationalen Kriegs- und Völkerrechts, von *bellum iustum*-Konzepten<sup>52</sup> bis zur diplomatischen Immunität, die Diskussionen um verfassungs- und staatstheoretische Konzepte, wie Gottesgnadentum, die Idee der Freiheit, Mischverfassung und Republikanismus,<sup>53</sup> speziell im 16. und 17. Jahrhundert allesamt reiche Materialien für eine Geschichte der Rezeption und literarischen Repräsentation des Römischen Rechts (im weiteren Sinne) bereitstellen, so überreich freilich, dass jeder Einzelaspekt, etwa Mischverfassung oder Republikanismus, einen gesonderten Vortrag verdiente.

52 Vgl. exemplarisch Janssen (2004); Duchhardt/Veit (2000) und Baumann (1997).

53 Vgl. exemplarisch Burns (1991, bes. S. 159 ff.); Eglin (2001, bes. S. 45 ff. und S. 105 ff.); Fröhlich (2010, bes. S. 93 ff.); Kraus (2006, bes. S. 41 ff.); Nippel (1980); Nippel (2007); Peltonen (1995); Riklin (2006); Sullivan (2004); Voegelin (1968).

## VII.

Gleiches gilt für die Römerdramen des Klassizismus, etwa John Drydens *All For Love, or, The World Well Lost* (1678), Nathaniel Lees *Nero* (1675), *Theodosius* (1680) und *Lucius Junius Brutus* (1681), oder Joseph Addisons *Cato* (1713), und gleiches gilt auch für die große historische Analyse von Edward Gibbon, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire* (1776–1788). Der klassische historische Roman, von Edward Bulwer-Lyttons *The Last Days of Pompeii* (1834) bis zur fiktionalen Autobiographie des Kaisers Claudius von Robert Graves, *I Claudius* und *Claudius, The God* (1934), verdiente ebenso eine detaillierte Analyse im Rahmen unserer Fragestellung, aber hier wie überall gilt: «so many books and so little time».

Ein anderes, letztes Beispiel soll daher unsere Reihe exemplarischer Texte und Textgattungen beschließen, das zugleich nochmals die enorme, geradezu überbordende Reichhaltigkeit der Rezeptionszeugnisse dokumentiert: Seit etwa drei Jahrzehnten erfreut sich eine neue hybride Romangattung der uneingeschränkten Gunst des Publikums: der moderne historische Kriminalroman,<sup>54</sup> wobei das antike Rom der späten Republik und der frühen Kaiserzeit eine besonders favorisierte Epoche für die Verbrechensaufklärung durch sehr unterschiedlich konzipierte, zumeist «hard-boiled detectives» ist. Berühmt und mittlerweile auch in viele Sprachen übersetzt sind insbesondere vier große Serien:<sup>55</sup>

54 Vgl. dazu allgemein Ashley (1996, bes. S. vii ff.); Ashley (1993, bes. S. xiii ff.); Baumann (1998a); Brodersen (2004, bes. die Essays von Dappert, S. 127 ff; Schröder, S. 143 ff.; Korthaus, S. 157 ff.; und Lowe, S. 217 ff.); Korte/Paletschek (2009); Korte/Paletschek (2009a, bes. S. 9 ff.); Saupe (2009, bes. S. 195 ff.). Einen typologischen – nicht sehr häufigen – Sonderfall analysiert Borgmeier (2008).

55 Hinzu kämen im Grunde noch die Serien von John Maddox Roberts und Steven Saylor, deren amerikanische Herkunft zum marginalen biographischen Detail wird, und einige weitere kleine Serien, Einzelbände und selbstverständlich ebenso die für Kinder und Jugendliche geschriebenen Serien und eine kaum mehr überschaubare Fülle von Kurzgeschichten. Vgl. exemplarisch (ohne Kinder- und Jugendbücher): Albert A. Bell, *All Roads Lead to Murder* (2002); *The Blood of Caesar* (2008); Philip Boast, *Son of Heaven* (2007); *The Third Princess* (2006); Ron Burns, *Roman Nights* (1991); *Roman Shadows* (1992); Charles Connell, *Meet Me at Philippi* (1948); Paul C. Doherty, *Domina* (2002); *Murder Imperial* (2003); *The Song of the Gladiator* (2004); *The Queen of the Night* (2006); *Murder's Immortal Mask* (2008); Ruth Downie, *Medicus* (2007); *Terra Incognita* (2008); *Persona non Grata* (2009); *Caveat Emptor* (2010); Robert Harris, *Pompeii* (2003); Albert Noyer, *The Secundus Papyrus* (2003), *The Cybelene Conspiracy* (2005); Joan O'Hagan, *A Roman*

### 1. Simon Scarrow: The Eagle Series (ab 2000):

*Under the Eagle* (2000), *The Eagle's Conquest* (2001), *When the Eagle Hunts* (2002), *The Eagle and the Wolves* (2003), *The Eagle's Prey* (2004), *The Eagle's Prophecy* (2005), *The Eagle in the Sand* (2006), *Centurion* (2007), *The Gladiator* (2009) und *The Legion* (2010).

Diese Serie typologisch fast klassischer historischer Romane zeichnet in mittlerweile 10 Bänden die militärischen Karrieren von zwei Centurios, Quintus Licinius Cato und Lucius Cornelius Macro, nach, wobei besonders die ersten fünf Bände, die der Eroberung Britanniens unter Claudius gewidmet sind, als literarische Repräsentationen römischer Geschichte und Römischen Rechts in England hochinteressant sind, und darüber hinaus speziell in Bd. V: *The Eagle's Prey* (2004) explizit die römische Militärgerechtigkeitsbarkeit und ihre drakonischen Strafen ins Zentrum der Handlung rücken.

### 2. Rosemary Rowe (eigentl. Aitken): Roman Mysteries (ab 1999):

*The Germanicus Mosaic* (1999), *A Pattern of Blood* (2000), *Murder in the Forum* (2001), *The Chariots of Calyx* (2002), *The Legatus Mystery* (2003), *The Ghosts of Glevum* (2004), *Enemies of the Empire* (2005), *A Roman Ransom* (2006), *A Coin for the Ferryman* (2007) und *Death at Pompeia's Wedding* (2008), *Requiem for a Slave* (2010) und *The Vestal Vanishes* (2011).

Diese, mittlerweile bereits 12 Bände umfassende, Serie historischer Kriminalromane spielt im römischen Britannien, gegen Ende der Regierungs-

---

*Death* (1988); John Maddox Roberts, *SPQR* (1990), *SPQR II*, *The Catiline Conspiracy* (1991), *The Sacrilege: An SPQR Mystery* (1992), *The Temple of the Muses: An SPQR Mystery* (1992), *SPQR V: Saturnalia* (1999), *SPQR VI: Nobody Loves a Centurion* (2001), *Tribune's Curse* (2003), *SPQR VIII: The River God's Vengeance* (2004), *The Princess and the Pirates* (2005), *SPQR X: A Point of Law* (2006), *Under Vesuvius* (2007), *Oracle of the Dead* (2008), *The Year of Confusion* (2010); Steven Saylor, *Roman Blood* (1991), *Arms of Nemesis* (1992), *Catiline's Riddle* (1993), *The Venus Throw* (1995), *A Murder on the Appian Way* (1996), *Rubicon* (1999), *Last Seen in Massilia* (2000), *A Mist of Prophecies* (2002), *The Judgement of Caesar* (2004), *The Triumph of Caesar* (2008); Kelli Stanley, *Nox Dormienda* (2008); *The Curse Maker* (2011); Marilyn Todd, *I, Claudia* (1995), *Virgin Territory* (1996), *Man Eater* (1997), *Wolf Whistle* (1998), *Jail Bait* (1999), *Black Salamander* (2000), *Dark Horse* (2002), *Dream Boat* (2002), *Second Act* (2003), *Widow's Pique* (2004), *Stone Cold* (2005), *Sour Grapes* (2005), *Scorpion Rising* (2006).

zeit des Commodus, und bietet im Kontext der Verbrechensaufklärung durch Libertus, eines auf Mosaik spezialisierten Handwerkers, im übrigen beste Voraussetzung, die einzelnen Puzzleteile der Aufklärungsarbeit zusammen zu fügen, immer wieder überzeugende Einblicke in Römisches Staats- und Privatrecht, und spart auch die interkulturellen Konflikte zwischen Römischer und Keltischer Tradition, zwischen Römischem und Keltischen Recht nicht aus.

### 3. David Wishart: The Marcus Corvinus Series (ab 1995):

*Ovid* (1995), *Germanicus* (1997), *The Lydian Baker* (1998), *Sejanus* (1998), *Old Bones* (2000), *Last Rites* (2001), *White Murder* (2002), *A Vote for Murder* (2003), *Parthian Shot* (2004), *Food for the Fishes* (2005), *In at the Death* (2007), *Illegally Dead* (2008) und *Bodies Politic* (2010).

In bisher dreizehn Bänden schildert Wishart die Aufklärungsarbeit des römischen Senators Marcus Valerius Messalla Corvinus, anfangs im Auftrag Livias, später auch durchaus aus eigenem Antrieb, unter Tiberius, Caligula und Claudius, wobei diese Aufklärungsarbeit immer wieder verdeutlicht, wie zynisch die Herrschenden Roms Egoismus und politisches Kalkül über Recht und Gesetz stellen, im Übrigen auch im Kontext für das Reich zentraler, politisch höchst brisanter Konstellationen (z. B. *clades Variana* oder der Tod des Germanicus).

### 4. Lindsay Davis: The Falco Series (ab 1989):

*The Silver Pigs* (1989), *Shadows in Bronze* (1990), *Venus in Copper* (1991), *The Iron Hand of Mars* (1992), *Poseidon's Gold* (1993), *Last Act in Palmyra* (1994), *Time to Depart* (1995), *A Dying Light in Corduba* (1996), *Three Hands in the Fountain* (1997), *Two for the Lions* (1998), *One Virgin Too Many* (1999), *Ode to a Banker* (2000), *A Body in the Bath House* (2001), *The Jupiter Myth* (2002), *The Accusers* (2003), *Scandal Takes a Holiday* (2004), *See Delphi and Die* (2005), *Saturnalia* (2007), *Alexandria* (2009) und *Nemesis* (2010).

Diese mit bisher 20 Bänden umfangreichste Serie, von denen einige zum Teil auch in Britannien spielen,<sup>56</sup> präsentiert mit M. Didius Falco einen an Raymond Chandlers Philip Marlowe orientierten Privatermittler, der im Rom des Kaisers Vespasian, teils im Auftrag von privaten Klienten, teils im Auftrag des Kaiserhauses selbst, Kapitalverbrechen aufklärt.

Alle vier Serien zeichnen sich durch – zumeist gut recherchierte – Detailschilderungen des römischen Alltagslebens aus und vermitteln anhand der jeweiligen spannenden Aufklärungshandlung einem breiten, modernen Publikum Einblick in eine ihm weitgehend fremd gewordene Kulturepoche. Speziell die Falco-Serie mit ihren Undercover-Missionen in die Provinzen des Römischen Reiches, den ausführlichen Schilderungen der häuslich-nachbarschaftlichen Probleme des Zusammenlebens in einer heruntergekommenen Wohn-Insula, den tiefen Einblicken in die Welt des Kaiserhofes und seiner Administration und – quasi als Gegenentwurf – in die bedrückend düstere, monotone Welt der *vigiles*, wie auch das aufregende Privatleben Falcos, seine Beziehung zu Helena Justina, zu seinem Vater, seiner Mutter, seinen Schwestern und seinen Freunden, konstituiert einen ungemein schillernden Kosmos römischen Lebens im 1. Jahrhundert n. Chr., in dem immer wieder deutlich wird, dass Recht und Gesetz heuristische Zielvorgaben abstecken, das wirkliche Leben aber bisweilen völlig anderen «Gesetzen» folgt. Das gilt selbst in der eigenen Familie, wo sich sowohl Helena Justina als auch Falcos Mutter durchgängig über alle Restriktionen, die ihnen Römisches Recht und traditionelle Gender-Konzepte auferlegen, konsequent hinwegsetzen. Und es gilt noch mehr in der großen Welt der Macht- und Finanzpolitik, der Welt der Banker und Juristen, die als ein Haifischbecken der besonderen Art vorgestellt wird, wie der Band XV: *The Accusers* (2003) in aller Klarheit expliziert.

Der Wunsch, ein «courtroom drama» zu schreiben, und die intensive Lektüre von Steven H. Rutledges Studie *Imperial Inquisitions: Prosecutors and Informants from Tiberius to Domitian*,<sup>57</sup> vermittelten die entscheidenden

<sup>56</sup> Vgl. insbes. *The Silver Pigs* (1989), *A Body in the Bathhouse* (2001) und *The Jupiter Myth* (2002).

<sup>57</sup> Vgl. Davis (2010, S. 78).

Anregungen für diesen außergewöhnlichen Roman, der in seiner minutiösen Entlarvung der Welt der römischen Juristen und ihrer manipulativen Praktiken ein beklemmend düsteres Gesamtbild entwirft, wobei es darüber hinaus – was diesen Eindruck verstärkt – auch noch exzellent recherchiert ist. Die senatorischen *Informer*, Silius Italicus und Paccius Africanus, hatten offensichtlich bereits schon vor Jahren damit begonnen, die Familie der Metelli unter Druck zu setzen und sie finanziell ausbluten zu lassen, weil sie um ein sorgsam gehütetes Familiengeheimnis wussten. Im Verlauf der Handlung, die wir natürlich, wie bei der Analyse von Kriminalromanen üblich, mit ihren überraschenden, juristischen Wendungen (bis zur Lösung des Falles) nicht detailliert nachzeichnen wollen, muss Falco selbst die Rolle eines Juristen übernehmen, oder wie es die Verfasserin in ihrem *Official Companion* formuliert: «Falco himself acts as a courtroom prosecutor» Davis (2010, S. 79). Und als «courtroom prosecutor» gelingt es Falco, den Charakter und die Motive seines Opponenten öffentlich so zu diskreditieren, dass Paccius Africanus, im Übrigen auch historisch ein Jurist, der sich unter Nero einen mehr als zweifelhaften Ruf als Ankläger erworben hatte, woran Falco das Gericht erinnert, mit schmutzigen Tricks, gekauften Zeugen und einer völlig aus der Luft gegriffenen Anklage zurückschlägt. Ohne die weiteren juristischen Winkelzüge nachzeichnen zu müssen, wie wohl es auf eine überaus kurzweilige Einführung in das römische Prozesswesen hinauslaufen würde, können wir festhalten: Der gesamte, sehr gut recherchierte, historische Kriminalroman bestätigt das eingangs von Falco gezeichnete, beklemmend düstere Bild des römischen Juristen, das auch von der selbstironisch-launigen Parallelität zu seinem eigenen sozialen wie beruflichen Stand als Privatermittler nicht aufgehellt wird:

«Ich war seit über einem Jahrzehnt Privatermittler (böse Zungen nannten uns auch Denunzianten), bevor ich endlich lernte, was diese Arbeit mit sich brachte.

Es hätte mich nicht überraschen sollen. Ich wusste, wie die Gesellschaft uns betrachtete – Rumlungerer von niederer Geburt, Emporkömmlinge mit zu wenig Geduld für einen ehrlichen Beruf oder korrupte Adlige. Ich selbst, Marcus Didius Falco, Sohn eines äußerst plebejischen Gauners Didius Favonius, Erbe von nichts und mit lauter Nullen als Vorfahren, nahm stolz die unterste Ebene für mich in Anspruch. Meine

berühmtesten Kollegen arbeiteten im Senat und waren selbst Senatoren. Im Auge der Öffentlichkeit waren wir alle Parasiten, nur darauf aus, ehrbare Männer zu ruinieren. Ich wusste, wie das auf Straßenniveau funktionierte – ein Mischmasch aus unbedeutenden Ermittlungsaufträgen, alle schlecht bezahlt und verachtet, ein Beruf, der oft auch gefährlich war. Ich sollte die glorreiche Wahrheit des Denunziantentums im Senatorenstil erleben. Im Spätsommer jenes Jahres, nachdem ich mit meiner Familie von meiner Britannienreise zurückgekehrt war, arbeitete ich mit Paccius Africanus und Silius Italicus zusammen, zwei der berühmtesten Denunzianten in dieser Branche; manche mögen sogar von ihnen gehört haben. Juristen. Was bedeutet, dass diese edlen Männer kriminelle Beschuldigungen vorbrachten, von denen sich die meisten nur mit Mühe aufrechterhalten ließen, sie mit unverhohlenen Lügen und wenigen Beweisen untermauerten, mit der Absicht, Mitsenatoren anzuschwärzen und sich dann große Teile der umfangreichen Besitztümer der zum Untergang verurteilten Kollegen einzuverleiben. Das Gesetz, stets gerecht, sieht anständige Entschädigung für den selbstlosen Einsatz bei erniedrigender Arbeit vor. Gerechtigkeit hat ihren Preis. Für die Denunziantengemeinschaft beträgt dieser Preis mindestens fünfundzwanzig Prozent; das bedeutet fünfundzwanzig Prozent von allen am Meer gelegenen Villen, Stadthäusern, Landgütern und anderem Grundbesitz des Verurteilten. Bei Fällen von Amtsmissbrauch oder Hochverrat kann es sein, dass sich der Kaiser einmischt; er kann größere Entschädigungen gewähren, manchmal viel größere. Da sich der Mindestbesitz eines Senators auf eine Million Sesterzen beläuft – und für die Elite bedeutet das Armut –, kann es sich dabei um eine hübsche Anzahl von Stadthäusern und Olivenhainen handeln.» Davis (übers. 2007, S. 15 f.)

[«I had been an informer for over a decade when I finally learned what the job entailed. There were no surprises. I knew how society viewed us: lowborn hangers-on, upstarts too impatient for honest careers, or corrupt nobles. The lowest grade was proudly occupied by me, Marcus Didius Falco, son of the utterly plebeian rogue Didius Favonius, heir to nothing and possessing only nobodies for ancestors. My most famous colleagues worked in the Senate and were themselves senators. In popular thought we were all parasites, bent on destroying respectable men.

I knew how it worked at street level – a hotch-potch of petty investigative jobs, all ill-paid and despised, a career that was often dangerous too. I was about to see the glorious truth of informing senatorial-style. In the late summer of the year that I returned with my family from my British trip, I worked with Paccius Africanus and Silius Italicus, two famous informers at the top of their trade; some of you may have heard of them. Legals. That is to say, these noble persons made criminal accusations, most of which were just about viable, argued without blatant lies and supported by some evidence,

with a view to condemning fellow senators and then snatching huge proportions of their doomed colleagues' rich estates. The law, ever fair, makes decent compensation for selfless application to demeaning work. Justice has a price. In the informing community the price is at least twenty-five per cent; that is twenty-five per cent of all the condemned man's seaside villas, city property, farms, and other investment holdings. In abuse of office or treason cases, the Emperor may intervene; he can bestow a larger reward package, much larger sometimes. Since the minimum estate of a senator is a million sesterces – and that's poverty for the élite – this can be a nice number of town houses and olive groves.» Davis (2004, S. 1 f.)]

Wie realistisch düster und vielleicht auch beklemmend irritierend das Porträt des Juristenstandes in diesem Roman auch wirkt, Davis legt in einem knappen Nachwort, das sie im Januar 2004 als Antwort auf Beschwerden («complaints were received about its harsh treatment of Lawyers»), für die Paperback-Ausgabe ergänzte, Wert auf die folgenden Klarstellungen:

«Although the list of characters does not say so, Ti Catius Silius Italicus and C. Paccius Africanus are historical characters. Their actions in this novel are fictional, but other details of their careers as informers and senators are as recorded by Roman historians. Any inference about their characters and methods is based on those events.

In the opinion of the author, her portrayal of lawyers bears favourable comparisons with her treatment elsewhere of other professions (see estate agents, brides, architects, bankers, writers, publishers, generals, politicians, clerks) and is kinder than most references to gangsters, brothers-in-law and bathroom contractors.

The author has friends who are lawyers.

The author employed lawyers during the writing of this book and was well served by them.

No lawyers were harmed in the making of this book.» Davis (2004, S. 335)

## VIII.

Ich komme zum Schluss und fasse selbstverständlich nichts mehr zusammen. Aber ich möchte doch noch, in Ergänzung der bisher schon explizierten *Desiderata* zu einzelnen Texten, Textgruppen und Konzepten, auf zwei weitere, interessante Untersuchungskomplexe hinweisen, die mit dem bisher Ausgeführten weiter konturiert werden könnten:

Erstens gilt es, bei allen Porträts von Juristen in der englischen und lateinischen Literatur Englands, von Chaucers Man of Law,<sup>58</sup> über die Juristen im Roman des 18. und 19. Jahrhunderts bis hin zu Juristen im modernen Kriminalroman, genauer hinzuschauen, für welche Tradition des Rechts die jeweiligen Juristen stehen, und

zweitens könnten die Gerichtsszenen etwa im Renaissancedrama (u. a. William Shakespeare, *The Merchant of Venice* (IV,1); John Webster, *The White Devil* (III,2); Thomas Middleton & William Rowley, *A New Way to Please You, or The Old Law* (V,1)) genauer analysiert werden,<sup>59</sup> was insbesondere dort spannende Fragen in den Blick nimmt, wo mit dem gewählten setting Italien (*The Merchant of Venice*; *The White Devil*) eigentlich an Römischem Recht orientierte Rechtspraxis auf der Bühne präsentiert wird, eine Rechtspraxis, die zumindest in ihren Ursprüngen und Konkretisierungen dem englischen Publikum unbekannt war, und welche überzeugenden Lösungen die Dramatiker für dieses Dilemma fanden.

58 In einem historischen Kriminalroman aus der Reihe der «alternativen Canterbury Tales» von Doherty (1994, S. 7) charakterisiert die Erzählinstanz ihn eindeutig als Vertreter des Common Law: «When the lawyer spoke his tone was often cynical and, when asked about the law, he could quote it freely from the first statutes of King Henry III to the most recent Acts of Parliament.»

59 Die Fülle solcher Dramen ist selbstverständlich allein schon für das Drama der Englischen Renaissance (bis zur Schließung der Theater 1642) kaum mehr überschaubar; mit zu den bekanntesten gehören John Websters *The Devil's Law-Case*, Thomas Heywoods und Richard Bromes *The Late Lancashire Witches* und die große Gemeinschaftsproduktion (von Thomas Dekker, John Ford und William Rowley) *The Witch of Edmonton*, wobei speziell Dramen über Hexenprozesse auch weit über die Renaissance hinaus (vgl. exemplarisch Christopher Fry, *The Lady's Not For Burning*) für einschlägige Untersuchungen überaus interessante Beispiele konstituierten. Das gleiche gilt – *cum grano salis* – für alle historischen Dramen, die Stoffe für die Bühne einrichten, die juristische Themen in allgemeiner Perspektive oder ganz konkret juristische Auseinandersetzungen und Zivil- oder Strafprozesse in den Mittelpunkt rücken, etwa Dramen über Thomas Beckett oder Thomas More.



Abb. 1: John Ogilby, *The Entertainment*, [12/13]: 1. Triumphbogen



Abb. II: John Ogilby, The Entertainment, [42/43]: 2. Triumphbogen

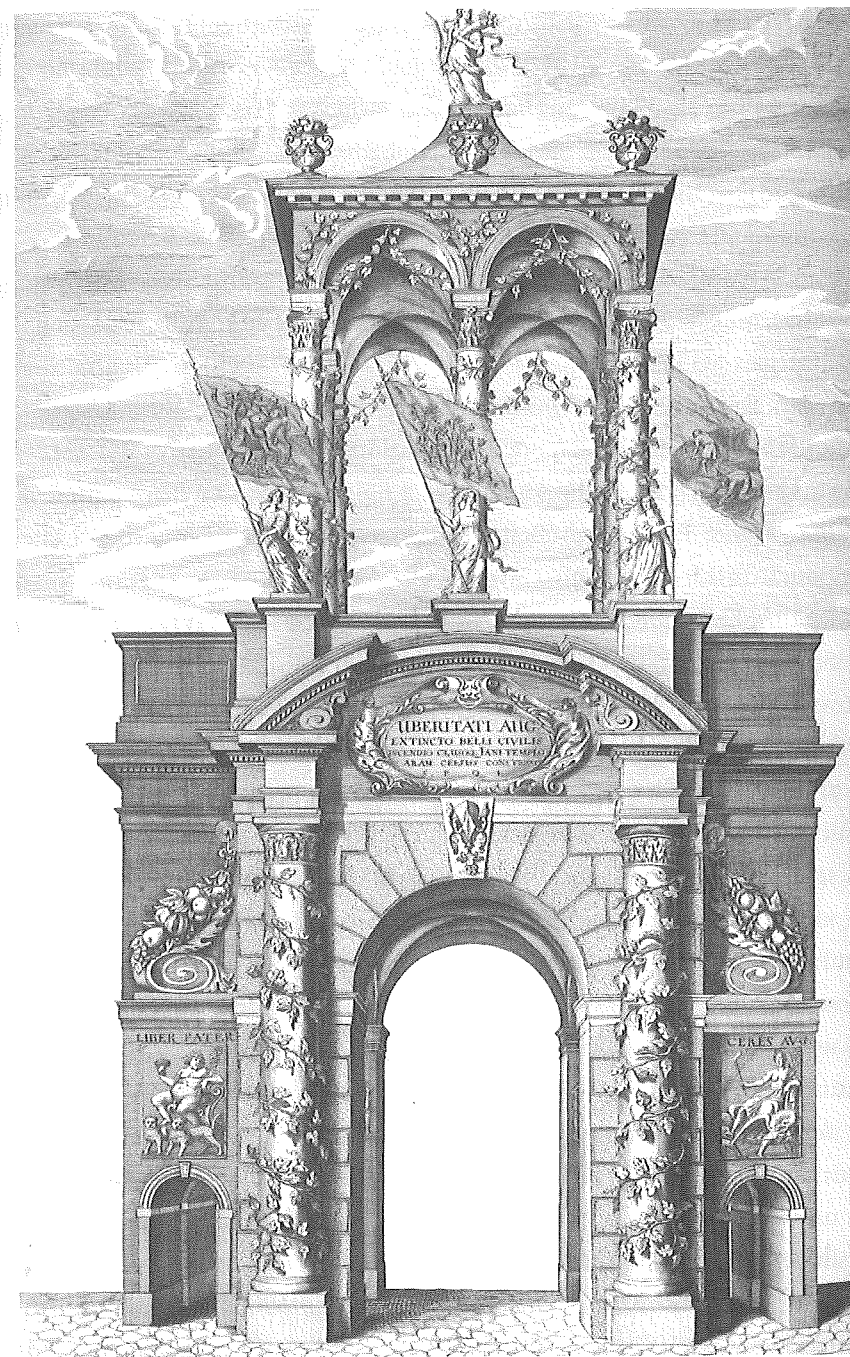


Abb. III: John Ogilby, The Entertainment, [138/139]: 4. Triumphbogen

## Literaturverzeichnis

- Ashley, Mike (Hg.) (1993). *The Mammoth Book of Historical Whodunnits*. London.
- Ashley, Mike (Hg.) (1996). *Classical Whodunnits. Murder and Mystery from Ancient Greece and Rome*. London.
- Barsch, Achim (2008). Rezeptionsforschung, empirische. In A. Nünning (Hg.), *Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie* (4. Aufl., S. 621–623). Stuttgart.
- Bauman, Richard A. (1967). *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and the Augustan Principate*. Dissertation, Johannesburg.
- Baumann, Uwe (1984). *Die Antike in den Epigrammen und Briefen Sir Thomas Mores*. Paderborn (Beiträge zur englischen und amerikanischen Literatur Bd. 1).
- Baumann, Uwe (1985). Thomas More and the Classical Tyrant. *Moreana*, 86, 108–126.
- Baumann, Uwe (1986). Lukianübersetzungen. In U. Baumann/H. P. Heinrich (Hg.), *Thomas Morus. Humanistische Schriften* (S. 40–54). Darmstadt (Erträge der Forschung Bd. 243).
- Baumann, Uwe (1992). Das Drama der englischen Renaissance als politische Kunst. Die zeitgenössische Aktualität der Römerdramen. *Literaturwissenschaftliches Jahrbuch*, 33, 101–131.
- Baumann, Uwe (1994). Das Drama der englischen Renaissance als politische Kunst. Die zeitgenössische Aktualität der Römerdramen. *Literaturwissenschaftliches Jahrbuch*, 35, 63–100.
- Baumann, Uwe (1996). *Vorausdeutung und Tod im englischen Römerdrama der Renaissance (1564–1642)*. Tübingen (Kultur und Erkenntnis Bd. 13).
- Baumann, Uwe (1997). Krieg und Frieden in der humanistischen Theorie und der politischen Praxis der frühen Tudorzeit. In U. Baumann/H. Boverter (Hg.), *Europa: Wiege des Humanismus und der Reformation. 5. Internationales Symposium der «Amici Thomae Mori» 20. bis 27. Mai 1995 in Mainz* (S. 49–86). Frankfurt a. M.

- Baumann, Uwe (1998). Die Tragödien Ben Jonsons als humanistische Auseinandersetzung mit Niccolò Machiavelli. In B. Bauer/W. G. Müller (Hg.), *Staatstheoretische Diskurse im Spiegel der Nationalliteraturen von 1500 bis 1800* (S. 295–318). Wiesbaden (Wolfenbütteler Forschungen Bd. 79).
- Baumann, Uwe (1998a). Mord im Mittelalter: Die historischen Kriminalromane von Paul C. Doherty. In D. Petzold/E. Späth (Hg.), *Unterhaltungsliteratur der achtziger und neunziger Jahre* (S. 7–27). Erlangen (Erlanger Forschungen Reihe A. Geisteswissenschaften. Bd. 81).
- Baumann, Uwe (1999). Tyrannen, Attentäter und Intrigen: Die Darstellung des römischen Kaiserhofes in der Jakobäischen Tragödie. In U. Baumann (Hg.), *Basileus und Tyrann. Herrscherbilder und Bilder von Herrschaft in der Englischen Renaissance* (S. 419–440). Frankfurt a. M. (Düsseldorfer Beiträge aus Anglistik und Amerikanistik Bd. 8).
- Baumann, Uwe (1999a). Politik, Propaganda und Mythologie. Zur politischen Mythologiedeutung in der englischen Renaissance. In B. Guthmüller/W. Kühlmann (Hg.), *Renaissancekultur und antike Mythologie* (S. 207–229). Tübingen.
- Baumann, Uwe (2005). Artus-Stoff und Arturische Motive in der Geschichte, Kultur und Literatur Englands der Tudor- und Stuartzeit. In S. Zimmer (Hg.), *König Artus lebt! Eine Ringvorlesung des Mittelalterzentrums der Universität Bonn* (S. 273–296). Heidelberg.
- Baumann, Uwe (2007). Historia magistra vitae? Römische Geschichte im Drama der Shakespearezeit. In A. Steiner-Weber/T. A. Schmitz/M. Laureys (Hg.), *Bilder der Antike* (S. 89–126). Göttingen (Super alta perennis. Studien zur Wirkung der Klassischen Antike Bd. 1).
- Baumann, Uwe/Heinrich, Hans Peter (Hg.) (1986). *Thomas Morus. Humanistische Schriften*. Darmstadt (Erträge der Forschung Bd. 243).
- Binns, James W. (1972). Alberico Gentili in Defence of Poetry and Acting. *Studies in the Renaissance*, 19, 224–272.
- Binns, James W. (1990). *Intellectual Culture in Elizabethan and Jacobean England: The Latin Writings of the Age*. Leeds (Arca. Bd. 24).
- Bolton, Whitney F. (Hg.) (1966). *Ben Jonson. Sejanus His Fall*. London (The New Mermaids).

- Borgmeier, Raimund (2008). Historische Kriminalromane aus Sicht der Gegenwart: Josephine Tey. In V. Nünning (Hg.), *Der amerikanische und britische Kriminalroman. Genres – Entwicklungen – Modellinterpretationen* (S. 75–89). Trier (WVT-Handbücher zum Literaturwissenschaftlichen Studium Bd. 11).
- Brodersen, Kai (Hg.) (2004). *Crimina. Die Antike im modernen Kriminalroman*. Frankfurt a. M.
- Brundage, James A. (2002). Vultures, Whores, and Hypocrites: Images of Lawyers in Medieval Literature. *Roman Legal Tradition*, 1, 56–103.
- Bryce, James (1901). *Studies in History and Jurisprudence* (2 Bde.). Oxford.
- Buck, August (1985). *Machiavelli*. Darmstadt (Erträge der Forschung Bd. 226).
- Buckland, William W./McNair, Arnold D. (1936). *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline* (2. Aufl. 1952, ND 1965). Cambridge.
- Burns, James H. (Hg.) (1991). *The Cambridge History of Political Thought 1450–1700*. Cambridge.
- Bushnell, Rebecca W. (1990). *Tragedies of Tyrants. Political Thought and Theatre in the English Renaissance*. Ithaca.
- Busse, Wilhelm/Baumann, Uwe/Kuhn-Chen, Barbara (2002). United Kingdom. In *Der Neue Pauly: Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte* (Bd. 15/3, S. 759–832). Stuttgart.
- Cancik-Lindemaier, Hildegard/Cancik, Hubert (1986). *Zensur und Gedächtnis. Zu Tacitus, Annales IV, 32–38*. AU, 29, 16–35.
- Davis, Lindsey (2004). *The Accusers*. London.
- Davis, Lindsey (2007). *Tod eines Senators* (übers. S. Aeckerle). München.
- Davis, Lindsey (2010). *Falco. The Official Companion*. London.
- Doherty, Paul C. (1994). *A Tapestry of Murders. The Man of Law's Tale of Mystery and Murder as he goes on Pilgrimage from London to Canterbury*. London.
- Duchhardt, Heinz/Veit, Patrice (Hg.) (2000). *Krieg und Frieden im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit. Theorie – Praxis – Bilder*. Mainz (Veröffentlichungen des Instituts für Europäische Geschichte Mainz Bd. 52).

- Eggenstein, Andrea (1995). *Uxor und Feme Covert. Eine vergleichende Untersuchung zur Stellung der Ehefrau im Recht der römischen Antike und im englischen Recht bis zum 20. Jahrhundert*. Frankfurt a. M. (EHS: Rechtswissenschaft, Bd. 1804).
- Eglin, John (2001). *Venice Transfigured. The Myth of Venice in British Culture, 1660–1797*. New York.
- Evans-Jones, Robin (2000). Roman Law in Britain. In U. Manthe/C. Krampe (Hg.). *Quaestiones Iuris. Festschrift für Joseph Georg Wolf zum 70. Geburtstag* (S. 83–110). Berlin (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen N. F. Bd. 36).
- Franklin, Ariana (2009). *The Relics of the Dead*. London.
- Fraser, Russell (1970). *The War Against Poetry*. Princeton.
- Fröhlich, Martin (2010). *Mysterium Venedig. Die Markusrepublik als politisches Argument in der Neuzeit*. Bern (Freiburger Studien zur Frühen Neuzeit Bd. 13).
- Gause, Artemis (2004). Gentili, Alberico (1552–1608). In H. C. G. Matthew/B. Harrison (Hg.) *Oxford Dictionary of National Biography* (Bd. 21, S. 753–757). Oxford.
- Gentili, Vanna (1984). Thomas Lodge's Wounds of Civil War: An Assessment of Context, Sources and Structure. *REAL*, 2, 119–164.
- Glöckner, Hans Peter (2002). Römisches Recht. In *Der Neue Pauly: Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte* (Bd. 15/2, S. 829–840). Stuttgart.
- Goldberg, Jonathan (1983). *James I and the Politics of Literature. Jonson, Shakespeare, Donne, and Their Contemporaries*. Baltimore.
- Guy, John A. (1980). *The Public Career of Sir Thomas More*. Brighton.
- Hastings, Margaret (1977). Sir Thomas More: Maker of English Law? In R. S. Sylvester/G. P. Marc'hadour (Hg.), *Essential Articles for the Study of Thomas More* (S. 104–118). Hamden, Connecticut.
- Hennig, Dieter (1975). *L. Aelius Seianus. Untersuchungen zur Regierung des Tiberius*. München (Vestigia Bd. 21).
- Hoeges, Dirk (1984). *Niccolò Machiavelli. Die Macht und der Schein*. München.
- Hogg, James (1995). *Jacobean Drama as Social Criticism*. Lewiston.



- Houppert, Joseph W. (Hg.) (1970). Thomas Lodge (1588). *The Wounds of Civil War*. London (Regents Renaissance Drama Series).
- Janssen, Dieter (2004). *Gerechte, heilige und zivilisatorische Kriege. Legitimation des Krieges und Bedeutung von Feindbildern in der angelsächsischen Welt der frühen Neuzeit, ca. 1550–1650*. Hamburg (Studien zur Geschichtsforschung der Neuzeit Bd. 39).
- Kaser, Max (1971 und 1975). *Das römische Privatrecht* (2 Bde., 2. Aufl.). München (Handbuch der Altertumswissenschaft, Abt. 10, Bde. 3.3.1 u. 2).
- Kaser, Max (1975). *Das römische Zivilprozessrecht* (2. Aufl.). München (Handbuch der Altertumswissenschaft, Abt. 10, Bd. 3.4).
- Kiefner, Hans (1990). Rezeption (privatrechtlich). In *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* (Bd. 4, S. 970–984). Berlin.
- Koestermann, Erich (1955). Die Majestätsprozesse unter Tiberius. *Historia*, 4, 72–106.
- Koestermann, Erich (1965). *Cornelius Tacitus. Annalen* (Bd. 2, Buch 4–6). Heidelberg.
- Korte, Barbara/Paletschek, Sylvia (Hg.) (2009). *Geschichte im Krimi. Beiträge aus den Kulturwissenschaften*. Köln.
- Korte, Barbara/Paletschek, Sylvia (Hg.) (2009a). *History Goes Pop. Zur Repräsentation von Geschichte in populären Medien und Genres*. Bielefeld.
- Kraus, Hans-Christof (2006). *Englische Verfassung und politisches Denken im Ancien Régime, 1689–1789*. München.
- Kunkel, Wolfgang (1973). *Römische Rechtsgeschichte: Eine Einführung* (7. Aufl.). Köln.
- Kunkel, Wolfgang et al. (1995). *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik: Die Magistratur*. München (Handbuch der Altertumswissenschaft, Abt. 10, Bd. 3.2).
- Lehnen, Joachim (1997). *Adventus Principis. Untersuchungen zu Sinngehalt und Zeremoniell der Kaiserankunft in den Städten des Imperium Romanum*. Frankfurt a. M. (Prismata. Beiträge zur Altertumswissenschaft Bd. 7).

- Levack, Brian P. (2004). Cowell, John (1554–1611). In H. C. G. Matthew/B. Harrison (Hg.), *Oxford Dictionary of National Biography* (Bd. 13, S. 775–776). Oxford.
- Limon, Jerzy (1986). *Dangerous Matter: English Drama and Politics in 1623/24*. Cambridge.
- Maine, Henry S. (1861). *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas* (Neuaufgabe 1930). London.
- Marius, Richard (1984). *Thomas More, A Biography*. London.
- Markowicz, Leon (Hg.) (1977). *Latin Correspondence by Alberico Gentili and John Rainalds on Academic Drama*. Salzburg (Salzburg Studies in English Literature, Elizabethan & Renaissance Studies).
- Mayer-Maly, Theo (1999). *Römisches Recht* (2. erw. Aufl.). Wien.
- Morus, Thomas (2003). *Utopia* (übers. G. Ritter). Stuttgart.
- Morus, Thomas (1965). *The Complete Works of St. Thomas More. Vol. 4: Utopia*, hrsg. von E. Surtz/J. H. Hexter. New Haven [zitiert als CW 4]
- Morus, Thomas (1984). *The Complete Works of St. Thomas More. Vol. 3, Part II: Latin Poems*, hrsg. von C. H. Miller/L. Bradner/C. Lynch/R. P. Oliver. New Haven [zitiert als CW 3 II].
- Mullinger, James B. (1884). *A History of the University of Cambridge from the Royal Injunctions of 1535 to the Accession of Charles I*. Cambridge.
- Münkler, Herfried (1984). *Machiavelli. Die Begründung des politischen Denkens der Neuzeit aus der Krise der Republik Florenz*. Frankfurt a. M.
- Nippel, Wilfried (1980). *Mischverfassungstheorie und Verfassungsrealität in Antike und früherer Neuzeit*. Stuttgart (Geschichte und Gesellschaft Bd. 21).
- Nippel, Wilfried (Hg.) (2007). *Antike oder moderne Freiheit? Die Begründung der Demokratie in Athen und in der Neuzeit. Europäische Geschichte*. Frankfurt a. M.
- Ogilby, John (1662). *The Entertainment of His Most Excellent Majestie Charles II in His Passage through the City of London to His Coronation. A Facsimile with Introduction by R. Knowles*, Binghampton 1988 (Renaissance Triumphs and Magnificences N. S. Bd. 3, Medieval & Renaissance Texts & Studies, Bd. 43). [«Introduction» zitiert als: Knowles (1988)].

- Osgood, Russell K. (2006). Law in Sir Thomas More's Utopia as Compared to His Lord Chancellorship. *Thomas More Studies*, 1, 178–187.
- Peltonen, Markku (1995). *Classical Humanism and Republicanism in English Political Thought 1570–1640*.
- Peter, Hans (1968). *Römisches Recht und Englisches Recht* (S. 55–100). Wiesbaden (Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt/Main, Bd. 7 Nr.3).
- Pierce, Kathryn (2007). *The Coronation Music of Charles II*. MA-Thesis (Music), Bowling Green.
- Platz, Norbert H. (1976). *Ethik und Rhetorik in Ben Jonsons Dramen*. Heidelberg (Anglistische Forschungen Bd. 113).
- Rebhorn, Wayne A. (1990). The Crisis of the Aristocracy in Julius Caesar. *Renaissance Quarterly*, 43, 75–111.
- Riklin, Alois (2006). *Machtteilung. Geschichte der Mischverfassung*. Darmstadt.
- Rogers, Robert S. (1935). *Criminal Trials and Criminal Legislation under Tiberius*. Middletown (Philological Monographs of the American Philological Association Bd. 6).
- Rogers, Robert S. (1965). The Case of Cremutius Cordus. *TAPhA*, 96, 351–359.
- Rutledge, Steven H. (2001). *Imperial Inquisitions: Prosecutors and Informants from Tiberius to Domitian*. New York.
- Saupe, Achim (2009). *Der Historiker als Detektiv – der Detektiv als Historiker. Historik, Kriminalistik und der Nationalsozialismus als Kriminalroman*. Bielefeld.
- Shotter, David C. A. (1967). The Trial of Gaius Silius (A. D. 24). *Latomus*, 26, 712–716.
- Söllner, Alfred (1999). *Einführung in die römische Rechtsgeschichte*. München.
- Stolleis, Michael (2002). Römisches Recht und die Entstehung des modernen Staates. *Akademie-Journal*, 2, 53–57.

- Suerbaum, Werner (1971). Der Historiker und die Freiheit des Wortes. Die Rede des Cremutius Cordus bei Tacitus, Ann. 4,34–35. In G. Radke (Hg.), *Politik und literarische Kunst im Werk des Tacitus* (S. 61–99). Stuttgart.
- Sullivan, Vickie B. (2004). *Machiavelli, Hobbes, and the Formation of a Liberal Republicanism in England*. Cambridge.
- Van der Molen, Gesina H. (1937). *Alberico Gentili and the Development of International Law. His Life, Work, and Times*. Amsterdam.
- Voegelin, Eric (Hg.) (1968). *Zwischen Revolution und Restauration. Politisches Denken in England im 17. Jahrhundert*. München.
- Walker, Edward (1820). *A Circumstantial Account of the Preparations for the Coronation of His Majesty King Charles the Second*. London.
- Walkling, Andrew (1997). *Court, Culture, and Politics in Restoration England. Charles II, James II, and the Performance of Baroque Monarchy*. Ph.D. Diss., Ithaca: Cornell University.
- Wieacker, Franz (1988 und 2006). *Römische Rechtsgeschichte* (2 Bde.). München (Handbuch der Altertumswissenschaft. Abt. 10, Bde. 3.1.1 u. 2).
- Zaech, Cornelia (1972). *Die Majestätsprozesse unter Tiberius in der Darstellung des Tacitus*. Winterthur.
- Zapf, Hubert (2008). Rezeptionsgeschichte. In A. Nünning (Hg), *Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie* (4. aktual. erw. Aufl., S. 623–625). Stuttgart.

## Römisches Recht und Freiheit

Wilfried Nippel

Das Thema hat einen doppelten Aspekt.<sup>1</sup> Zum einen geht es um die Vorstellungen, welche die Römer in der Republik und frühen Kaiserzeit mit *libertas* verbanden, zum anderen darum, wieweit es in der römischen Rechtsordnung Strukturen und Verfahren gegeben hat, die unter modernen Gesichtspunkten als Garantie von Freiheitsrechten gelten können, ohne dass sie notwendig von den Römern selbst mit der Kategorie *libertas* identifiziert worden sein müssen.

Allerdings liegen für den ersten Aspekt die Schwierigkeiten einer begriffsgeschichtlichen Rekonstruktion auf der Hand, da wir mit Cicero und den Historikern nur über Quellen aus der späten Republik und der frühen Kaiserzeit verfügen. Ihre Auffassungen der Geschichte der frühen und mittleren Republik sind erkennbar von der Erfahrung der politischen und sozialen Konflikte aus dieser späteren Zeit geprägt. Wenn es auch in manchen Fällen möglich ist, den strukturellen Kern der Verhältnisse der Frühzeit hinter den breiten Ausmalungen der späteren Quellen zu identifizieren, so muss man doch besondere Vorsicht walten lassen, wenn es um die verwendete Terminologie geht. Wird eine Forderung aus der Frühzeit mit *libertas* assoziiert, dann ist dieses Thema später so verstanden worden; wir können aber nicht von vornherein sicher sein, ob dies schon bei den Zeitgenossen der Vorgänge der Fall war, sondern höchstens Plausibilitätsüberlegungen anstellen. Umgekehrt kann es vorkommen, dass man dieses Schlagwort bei bestimmten Konstellationen eigentlich erwartet, aber in den Quellen doch nicht findet. Heißt das nun, dass es nie damit verbunden wor-

---

1. Die Vortragsform wurde beibehalten. Die Quellen- und Literaturangabe sind exemplarischer Natur. Wichtigste Literatur: Wirszubski (1967); Bleicken (1972); Brunt (1988).

den war oder nur, dass man in späterer Zeit diesen Zusammenhang nicht mehr gesehen oder verstanden hat? Hier muss man darauf verzichten, dies in eine Geschichte der *libertas*-Konzeption einzubeziehen.

Auch die griechisch geschriebenen Quellen sind begriffsgeschichtlich nicht zu verwerten; man kann zum Beispiel nicht unterstellen, dass der häufige Gebrauch, den Dionysios von Halikarnass in seiner Darstellung der römischen Frühzeit von *eleutheria* macht, auf römische Vorlagen zurückgeht, in denen von *libertas* die Rede war, zumal auch Dionysios' beliebte Rede von *demokratia* nicht eine wörtliche Übersetzung lateinischer Quellen, sondern eine von ihm im Hinblick auf ein griechisches Publikum vorgenommene Interpretation ist.

Unstrittig dürfte sein, dass *libertas* ganz früh verwendet wurde, um den Status eines freien Mitglieds der Gesellschaft von dem des Sklaven abzuheben. Das ist, wie man auch in Griechenland sehen kann, eine fundamentale Unterscheidung. Im ältesten Römischen Recht, wie es zumindest partiell in den Zwölftafelgesetzen von 451<sup>2</sup> kodifiziert worden ist, wird diese Unterscheidung vorausgesetzt und auf verschiedene Fälle angewendet. Das Gewaltverhältnis über den Sklaven, der rechtlich als Sache gilt, wird deutlich unterschieden von anderen Gewaltverhältnissen innerhalb des Hauses, so über die Hauskinder oder zum Hausverband zählenden Klienten. Die Versklavung eines Römers ist in bestimmten Fällen – als Strafe oder auch als Folge von Verschuldung – zwar noch möglich, aber mit der Auflage verbunden, dass der Delinquent nach außen verkauft werden, also aus dem römischen Rechtskreis entfernt werden muss, wobei von dieser Möglichkeit in der Praxis kaum Gebrauch gemacht worden sein wird (Schumacher, 2001, S. 29 f.).

Verschiedene Rechtsformen der Freilassung und der Feststellung des Personenstatus sind schon im frühesten Recht geregelt worden. Zu einem der Gründungsmythen der Organisation der Plebs im Ständekampf gehört die tragische Geschichte der Jungfrau Verginia (Liv. 3, 44–48). Sie spielt im Jahre 449 zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung. Appius Claudius, der domi-

nierende Mann im – mit der Komplettierung der Gesetzesaufzeichnung betrauten – Zehnmännerkollegium, begehrt sie. Er stachelt einen seiner Klienten zu der Behauptung an, Verginia sei seine Sklavin. Den anschließenden Prozess auf der Basis der gerade aus altem Recht übernommenen, nun als Gesetz fixierten Regel über die Feststellung des Status einer Person, führt Appius Claudius nicht ordnungsgemäß durch; er spricht Verginia seinem Klienten (und damit faktisch sich selbst) als Sklavin zu. Daraufhin wird Verginia von ihrem Vater vor den Augen der Prozesszuschauer mit dem Ausruf erstochen, nur so könne er ihre Freiheit retten (Liv. 3, 48, 5). Nach heftigen Unruhen wird das Gesetzgebungsorgan, das seine Amtszeit eigenmächtig verlängert hatte, zur Abdankung gezwungen. Die ganze Geschichte ist eingebunden in einen Bericht über die Selbstorganisation der römischen Plebs mit einem Auszug auf den Aventin, der Wahl von Volkstribunen und der Absicherung von deren Rechte. Wann sich diese Tradition genau entwickelt hat, ist nicht festzustellen, jedoch dürfte sie im Kern reflektieren, dass die Abgrenzung zum Sklavenstatus seit früher Zeit ein grundlegendes Bedürfnis der römischen Plebs gewesen ist.

In der Rechtswissenschaft der Kaiserzeit sind dann spezifizierte Regeln entwickelt worden, welche künftigen Dienstverpflichtungen einem Freigelassenen auferlegt werden konnten, und welche Rechte und Pflichten für beide Seiten aus dieser Vereinbarung erwachsen (Waldstein [1986]). Ähnliches gilt für die Rechtsfragen, die beim Streit über den Status einer Person aufkommen konnten, etwa wenn ein mit einer Sklavin gezeugter Sohn nachträglich von seinem Vater als freigeboren ausgegeben wurde, um ihn für öffentliche Funktionen zu qualifizieren; oder wenn es um Selbstverkauf in die Sklaverei ging, der nur bei bestimmten Voraussetzungen rechtsgültig war. Es wurde insgesamt das Prinzip *favor libertatis* verfochten, d. h. es sei im Zweifel zugunsten der personalen Freiheit der betreffenden Person zu entscheiden, so etwa ein Kind als freigeboren anzuerkennen, wenn die Mutter zwar bei der Geburt Sklavin, jedoch während der Schwangerschaft irgendwann frei gewesen war (Hermann-Otto [2004]; Ankum [2005]).

Solche Regelungen und diverse andere, die als Formen des «Sklavenschutzes» apostrophiert werden, manchmal gar als «Humanisierung» des

2 Die Datierungen zur römischen Geschichte beziehen sich auf die vorchristliche Zeit.

Sklavenrechts (dazu kritisch Watson [1983]), ändern aber nichts daran, dass die fundamentale Unterscheidung zwischen den Freien und den Sklaven grundsätzlich erhalten geblieben ist. Für die römischen Juristen verstieß Sklaverei zwar gegen das Naturrecht, dennoch hielten sie das Rechtsinstitut als Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts (*ius gentium*) für legitim und begründeten dies damit, dass die Versklavung einen Verzicht des Siegers auf das ihm ansonsten zustehende Tötungsrecht über die Besiegten darstelle (Florentinus, Dig. 1, 5, 4; Ulpian, Dig. 1, 1, 4).

Das Freilassungsrecht war in Rom – im universalhistorischen Vergleich (Millar [1995]) – insofern außergewöhnlich ausgestaltet, als die durch den privaten Willensakt des Freilassers getroffene Entscheidung den Begünstigten nicht nur zu einer freien Person, sondern ihn auch zum Mitglied der Bürgerschaft machte, wenngleich die Einschreibung in Bürgerlisten Sache der Censoren war und der Freigelassene und seine Söhne im Hinblick auf die politischen Rechte in einem minderen Status verblieben, der erst in der zweiten Generation aufgehoben wurde. Eine offene Frage ist, ob die Censoren Entscheidungsspielräume hatten oder jeweils nur der Willensbekundung des Freilassers folgten (Masi Doria [1993]; El Beheiri, 2004, S. 61). Bemerkenswert ist auch, dass die Censoren über die Bürgerlisten in einem Amtslokal mit der Bezeichnung *atrium libertatis* befanden (Purcell, 1993, S. 143).

Wenn der Status des Freigelassenen auch zeigt, dass die Zugehörigkeit zur Bürgerschaft mit Einschränkungen hinsichtlich der privaten wie politischen Rechte verbunden sein kann, so bleibt doch die Frage, ob es nicht Einschränkungen gibt, die man als mit dem Status eines freien Bürgers als unvereinbar ansehen konnte. Das Problem hat sich vor allem im Hinblick auf das harsche Schuldrecht gestellt (Finley [1977]). In Agrargesellschaften, in denen der Großteil der Bauern am Existenzminimum lebt, sind solche Verschuldungen z. B. aus Anlass von Missernten oder wegen einmaliger sozialer Verpflichtungen (Hochzeiten, Beerdigungen) ein typisches Problem. In Rom konnte der säumige Schuldner durch Gerichtsentscheid dem Gläubiger zugesprochen werden, der ihn dauerhaft als Arbeitskraft einsetzen konnte. Es konnte auch, wenn absehbar war, dass die Schuld nicht zurückzuzahlen war, von vornherein durch einen Vertrag eine Selbstver-

pfändung der Arbeitskraft (*nexum*) eingegangen werden. Die Annalisten heben die Schuldenproblematik stark hervor, verraten aber wenig Kenntnis über die Rechtsfragen (MacCormack [1967]; Brunt, 1988, S. 285 f.). Im Jahre 326 soll die römische Plebs durch massive Demonstrationen erzwungen haben, dass die beiden Consuln ein Gesetz zur Aufhebung dieses Rechtsinstituts verabschieden ließen. Was mit dieser *lex Poetelia Papiria* im einzelnen geregelt wurde, ist unklar (MacCormack [1973]), zumal Livius das größte Augenmerk auf den konkreten Anlass der Unruhen richtet, nämlich die sexuelle Drangsalierung eines Schuldhäftlings. Jedenfalls spricht Livius davon, dass dieses Gesetz für die römische Plebs einen zweiten Beginn ihrer *libertas* dargestellt habe (Liv. 8, 28, 1).

Bestimmte Formen dauerhafter personaler Abhängigkeit als Folge von Verschuldung müssen aber weiterhin bestanden haben.<sup>3</sup> Im Jahre 63 haben in Etrurien angesiedelte Veteranen Sullas, die ihre Höfe nicht halten konnten, einen bewaffneten Aufstand gestartet, ursprünglich wahrscheinlich unabhängig von der Verschwörung Catilinas in Rom, wenn dieser sich auch später an die Spitze der Aufständischen stellte. Gegenüber dem Vertreter des Senats erklärten sie, für ihre *libertas* zu kämpfen, die dadurch verloren gegangen sei, dass die Praetoren ihnen nicht den Schutz der Gesetze gegen Wucherer geboten hätten, und erinnerten an die Regelungen, welche die Plebs früher erkämpft hatte (Sall. Cat. 33).

Die annalistische Tradition kennt ein weiteres Beispiel für die Thematisierung der Schuldenproblematik unter dem Schlagwort der Freiheit. Im Jahre 385 soll Manlius Capitolinus, der berühmte Verteidiger des Capitols gegen die Kelten, 400 Männer durch zinslose Darlehen vor der Schuldknechtschaft bewahrt haben. Für die Plebs galt er laut Livius als Retter der Freiheit, *vindex libertatis* (Liv. 6, 14, 10). Die Aristokratie unterstellte ihm aber ein Streben nach der Alleinherrschaft, ließ den präsumtiven Tyrannen verurteilen und hinrichten (Liv. 6, 14–20). Was an dieser Geschichte außer der Tatsache der Verurteilung authentisch ist, muss offenbleiben.

<sup>3</sup> Die Annahme der Annalisten, dass in der Frühzeit gerade Soldaten in die Verschuldung gerieten, ist wahrscheinlich eine Rückprojektion aus den späteren Verhältnissen, als es zu langfristigen Einsätzen kam (Brunt, 1971, S. 639 ff.).

Auch ist ungewiss, ob Manlius Capitolinus damals wirklich als *vindex libertatis* bezeichnet wurde. Aber der Terminus ist insofern interessant, als hier anscheinend eine Übertragung aus einer der alten Formen der Freilassung vorgenommen wird. Die *manumissio vindicta* bestand in einer Art Scheinprozess um den Status einer Person. Vor dem Gerichtsmagistraten behauptete ein Fürsprecher des bisherigen Sklaven als *adsertor* oder *vindex libertatis*, dieser sei tatsächlich eine freie Person, und berührte ihn – nach einem in seiner Bedeutung unklaren Ritual – mit einem Stab (*vindicta*); da der bisherige Besitzer verabredungsgemäß dieser Behauptung nicht widersprach, wurde die Freiheit der Person rechtsgültig festgestellt (Daube [1946]; Wolf [1991]; Masi Doria [1993]). Die in der politischen Rhetorik seit der späten Republik immer wieder begegnende Rede vom *vindex libertatis* bzw. von *in libertatem vindicare* ist wahrscheinlich eine Ableitung von dieser Rechtsfigur.

Die Geschichte, dass der einen Seite Manlius als Befreier gilt, der anderen als Tyrannis-Aspirant ist aber auch insofern aufschlussreich, als sie auf das Problem verweist, dass *libertas* für die unterschiedlichen Stände in Rom mit konkurrierenden Inhalten verbunden gewesen sein könnte. Sie hat strukturelle Entsprechungen in den Berichten über die Ausschaltung von Spurius Cassius 493 und Spurius Maelius 439, die sich jeweils durch materielle Maßnahmen (Land- bzw. Getreideverteilungen) zugunsten der Plebs dem Verdacht ausgesetzt hatten, nach Alleinherrschaft zu streben. Alle Berichte über deren Ausschaltung sind mit spätrepublikanischen Motiven ausgeschmückt, gesichert ist aber wohl bei allen drei Fällen, dass der Tyrannisvorwurf durch die Zerstörung ihrer Häuser manifestiert wurde (Mommsen [1870]; Panitschek [1989]; Smith [2006]).

Zum Selbstverständnis der Aristokratie gehörte, dass die *libertas* mit der republikanischen Staatsform begründet worden sei, wozu nach Livius und Tacitus die Abschaffung der Monarchie, das Verbot ihrer Wiedereinführung samt dem Recht zur straflosen Tötung des potentiellen Alleinherrschers und die Einrichtung der kollegial besetzten, auf ein Jahr begrenzten Obermagistratur zählten (Liv. 2, 1, 1; 2, 8, 2; Tac. ann. 1, 1, 1). Für die Nobilität stand weiter fest, dass dieses System unter ihrer Führung stehen müsse, während der großen Masse des Volkes nur eingeschränkte politische

Mitwirkungsrechte zustünden. In einem vergleichsweise frühen Zeugnis, nämlich einem Fragment (Nr. 252 Malcovati) des älteren Cato (*notabene* ein Aufsteiger aus einer nicht-senatorischen Familie) aus der ersten Hälfte des 2. Jahrhunderts, heißt es, die Teilhabe an *ius, lex, libertas, res publica* komme allen zu, was aber nicht für diejenige an *gloria* und *honos* (Ehre wie Amt) gelte. Cicero hat in *De re publica* seine Rekonstruktion der Entwicklung der römischen Verfassung bis zur Mitte des 5. Jahrhunderts mit dem Wechselspiel zwischen der Amtsgewalt (*potestas*) der Magistrate, der *auctoritas* des Senats bzw. der Aristokratie und der *libertas* des Volkes erklärt, wobei der ideale Zustand dann erreicht gewesen sei, als dem Volk das für seine Akzeptanz der politischen Ordnung ausreichende Maß an Freiheit zugestanden worden sei, aber eben nicht mehr (Cic. rep. 2, 57; leg. 3, 25).

Dass für die römische Plebs die Jahresmagistratur als solche von Anfang an als Sicherung ihrer Freiheit galt, mag man bezweifeln. Sie hätte wohl auch ein System vorziehen können, in dem ein paternalistischer Herrscher ihre Abhängigkeit von den Patriciern gemildert hätte (Liv. 1, 17, 7). Entscheidend war für sie nach Einrichtung der Republik die Einschränkung der magistratischen Disziplinargewalt durch die Etablierung des Volkstribunats und des Provocationsrechts, das sie vor unangemessenen Strafmaßnahmen durch die Magistrate ohne Verurteilung durch das Volk schützen sollte. Um die Durchsetzung dieser beiden Einrichtungen ist in den Ständekämpfen in einem komplizierten Prozess lange gerungen worden: Usurpationen von Rechten durch die Plebejer, stillschweigende Akzeptierung durch die Aristokratie, Versuche, diese Konzessionen wieder rückgängig zu machen, wechselten immer wieder ab, bis es schließlich zu ihrer förmlichen Anerkennung auch vonseiten der Patricier im Interesse einer dauerhaften inneren Befriedung kam. In der Überlieferung werden Volkstribunat und Provocationsrecht durchgängig als Symbole und institutionelle Garantien von *libertas* angesehen (Liv. 3, 45, 8; Cic. de or. 2, 199); dass hier eine relativ alte Tradition vorliegt, die die Haltung der Plebs in den Ständekämpfen wiedergibt, ist schwerlich zu bezweifeln. Einen sicheren Beleg dafür, dass die Plebs ihren Kampf mit *libertas* assoziiert hatte, haben wir in der Tatsache, dass im Jahre 246 ein Aedil einen Tempel der *Libertas* auf dem Aventin gestiftet

hat, und zwar aus Strafgeldern gegen eine Frau aus höchsten adeligen Kreisen, welche das römische Volk öffentlich beleidigt hatte (Ungern-Sternberg, 1980, S. 111; Raaflaub, 1984, S. 533 f.).

Mit Abschluss der Ständekämpfe waren diese Ergebnisse auch von der Aristokratie akzeptiert worden. In der späten Republik gab es auf Grund der aktuellen Erfahrungen mit dem Tribunat dann, wie aus einschlägigen Äußerungen bei Cicero (Cic. leg. 3, 19–27) zu ersehen ist, zwar kontroverse Positionen, ob diese Institution nicht zu stark ausgestaltet worden sei, doch hielt man dies aus verschiedenen Gründen für nicht mehr revidierbar. Es war eine Institution, von der aus eine Vertretung der spezifischen Interessen der breiten Bürgerschaft erfolgen oder auch nur propagiert werden konnte; da das Tribunat zugleich ein unverzichtbares Element im politischen Spiel zwischen Magistraten und Senat war, diente es dazu, Unmut in der Bürgerschaft zu absorbieren. Die Amtsgewalt der Volkstribune domestiziert die ungestüme Gewalt des Volkes (leg. 3, 23). Die Verbindung von Volkstribunat und *libertas* gehörte somit zum Grundkonsens über die republikanische Ordnung.

Das gleiche galt für das Provocationsrecht, dessen Durchsetzung entsprechend auf den Beginn der Republik zurückprojiziert wurde (Jehne [2002]). Cicero hat es in seiner Rede gegen den von ihm des Machtmissbrauchs beschuldigten ehemaligen Statthalter in Sizilien, Verres, als «süßes Wort der Freiheit, als hervorragendes Recht unserer Bürgerschaft» bezeichnet (Cic. 2 Verr. 5, 163). Auch wenn es in der späten Republik, wie noch zu erwähnen sein wird, verschiedene Versuche vonseiten des Senats und der Magistrate gegeben hat, dieses Freiheitsrecht in bestimmten Konstellationen zu umgehen, ändert dies nichts am grundsätzlichen Konsens über seine Geltung.

Zu diesen Grundprinzipien kann schließlich noch gezählt werden, dass alle Magistrate durch Volkswahlen zu bestellen waren, selbst wenn dies bei den Obermagistraten stets nur in den Centuriatcomitien mit ihrer extremen Abstufung des Erfolgswerts der Stimmen nach dem Vermögensstatus der Bürger verbunden war. Aber die Tatsache, dass grundsätzlich jeder teilnehmen konnte, auch wenn seine Stimme kaum Gewicht hatte oder selbst, wenn er gar nicht mehr zur Abstimmung kam, weil die erforderliche

Mehrheit der Stimmkörper schon erreicht war, galt wohl mehr als Zeichen der Integration als der Ausgrenzung (Cic. rep. 2, 39; Liv. 1, 43, 10). Dass Cicero den freiheitsbegründenden Charakter der Volkswahl in einer Polemik gegen den Entwurf eines Ackergesetzes hervorhob, das einen anderen Bestellungsmodus für die einzusetzende Ackerkommission vorsah (Cic. leg. agr. 2, 29), bestätigt diesen Konsens, denn sonst hätte Heuchelei nicht funktionieren können; schließlich gelang es Cicero als Consul des Jahres 63, diesen Vorschlag durch seine Rede vor dem Volk zu Fall zu bringen.

Wenig greifbar ist für uns, wieweit die sogenannten «Popularen» seit den Gracchen, also jene Politiker, die das Volkstribunat als spezifischen Auftrag zur Sicherung der Volksrechte verstanden oder darstellten, die Implikationen von *libertas* auszudehnen versucht haben. Auch wenn die Gracchen später als Vorkämpfer der Freiheit dargestellt wurden (Sall. Iug. 42, 1), wissen wir nicht, ob sie selbst diesen Begriff als umfassendes Schlagwort für ihr Programm verwendet und daraus konkrete Forderungen, wie zum Beispiel hinsichtlich ihrer Ackergesetze abgeleitet haben (Brunt, 1988, S. 347 f.). Möglicherweise sind in den letzten Jahrzehnten der Republik auch materielle Forderungen der Plebs, besonders nach Getreideversorgung und nach Erleichterungen des Schuldrechts (das war auch für Mieter in der Hauptstadt ein Problem) mit dieser Formel verbunden worden,<sup>4</sup> was hinsichtlich der Getreideversorgung auch mit dem Argument untermauert werden konnte, dass dem Volk ein Anrecht auf Beteiligung an den Erträgen der römischen Weltherrschaft zustehe (Nicolet, 1985, S. 826; Vanderbroeck, 1987, S. 106).

Dass Forderungen nach Ausweitung der politischen Partizipationschancen mit *libertas* begründet worden seien, ist definitiv nur hinsichtlich der vier Gesetze bekannt, die zwischen 139 und 107 für Abstimmungen bei Wahlen, über Gesetze und in Prozessen die geheime, zumindest schriftliche Stimmabgabe mittels Stimmtäfelchen einführten (Cic. leg. 3, 35 f.).<sup>5</sup>

4 Vgl. die Verknüpfung von *libertas* und *commoda* der Plebs bei Cic. Sest. 137, auch wenn dies hier als Aufgabe des Senats dargestellt wird.

5 Ob es sich wirklich um eine geheime Abstimmung handelt, kann bezweifelt werden (Lundgreen [2009]). Das gilt auch für die Frage, ob sich insgesamt etwas am Wahl- und Abstimmungsverhalten der Bürger geändert hat.

Die Koppelung mit dem Slogan *libertas* ist durch Münzen, die unmittelbar aus dieser Zeit stammen, eindeutig belegt (Marshall [1997]; Hall [1998]; Ritter [1998]). Als dieses Verfahren einmal etabliert war und als Ausdruck der Volksrechte galt, war es auch nicht mehr rückgängig zu machen, da das Stimmtäfelchen, so Cicero, für das Volk als schweigender *vindex libertatis* galt (Cic. leg. agr. 2, 4; leg. 3, 39). Wenn es durch vier verschiedene Beschlüsse sukzessive eingeführt wurde, ist dies zum einen Folge des kasuistischen römischen Gesetzgebungsverfahrens (Bleicken [1975]; Honsell [1984]), spricht zum anderen wohl auch dafür, dass *libertas* zwar punktuell mit einzelnen Maßnahmen verknüpft werden konnte, aber kein umfassendes Konzept war, aus dem heraus zwingend eine Ausdehnung von politischen Rechten für alle Bürger abgeleitet werden konnte.

Insgesamt muss man feststellen, dass auch die Popularen an den politischen Strukturen nichts Grundsätzliches zu ändern versucht haben (Meier, 1966, S. 116–151). So ist auch das korporative Stimmssystem in den Volksversammlungen und die starke Ungleichheit durch das Zensusprinzip in den Centuriatcomitien nie grundsätzlich als mit bürgerlicher Freiheit unvereinbar angegriffen worden.<sup>6</sup> Vorstöße zur Verbesserung des Stimmrechts von Freigelassenen – durch ihre Verteilung auf alle Tribus, nicht nur die vier städtischen<sup>7</sup> – sind wiederholt gescheitert, weil sich dagegen die Ressentiments der relativ privilegierten Gruppen der Plebs mobilisieren ließen,<sup>8</sup> besonders wenn die Gegenpropaganda solche Pläne als Forderung nach allgemeiner Sklavenbefreiung umdeutete.<sup>9</sup> Das Argument an die Adresse

6 Am weitesten ging noch der Gaius Gracchus zugeschriebene (Ps.-Sall. rep. 2, 8), von Sulpicius Rufus 63 wieder aufgenommene Plan, die Reihenfolge der Centurien bei der Abstimmung auszulösen (Cic. Mur. 47), was aber nichts an den eklatanten Unterschieden der Wählerzahl pro Centurie geändert hätte.

7 Seit dem letztlich gescheiterten Versuch des Censors Appius Claudius Caecus Ende des 4. Jahrhunderts, die Freigelassenen in sämtliche Tribus einzuschreiben, gab es verschiedene weitere Anläufe, die jedoch höchstens einige Modifikationen erreichten (Grieve, 1985). Für die Verteidiger der Restriktion hing daran die Stabilität der Republik: Cic. de or. 1, 38 (dramatisches Datum 91). – Jeder Vorstoß zur Aufnahme von Neubürgern musste mit dem Totschlagargument rechnen, damit werde die *libertas* zerstört und der Initiator strebe eine Alleinherrschaft an: Ps.-Sall. rep. 2, 5, 7–6, 1.

8 So bei der Annullierung eines Gesetzes des Volktribunen Manilius 67/66; Cass. Dio 36, 42, 2 f.

9 So bei der Polemik gegen die letzten Pläne des Clodius (Nippel, 1988, S. 135, S. 254, Anm. 55).

der Plebs wird etwa gelautet haben: «Eure ganze Freiheit ist nichts wert, wenn die Abgrenzung zu den Sklaven aufgehoben wird».

Insgesamt hat sich demnach die Berufung auf Bürgerfreiheit im Kontext populärer Politik vornehmlich auf die Verteidigung der traditionell sie symbolisierenden Institutionen beschränkt. Das gilt für die Agitation zur Wiederherstellung der vollen Rechte des Volkstribunats, die innerhalb eines Jahrzehnts nach Sullas Einschränkungen endgültig im Jahre 70 erreicht worden ist. In den Reden, die Sallust dem Protagonisten für diese Wiederherstellung der Volksrechte in den Mund legt, ist viel von *libertas* die Rede und davon, dass sich das Volk jene Rechte zurückholen müsse, die die Vorfahren in den Ständekämpfen erst durch langwierige, harte Auseinandersetzungen errungen hätten (Sall. hist. 3, 48 M).

Der andere große Streitpunkt war die Geltung des Provocationsrechts. Gaius Gracchus hatte in Reaktion auf die Tötung seines Bruders und von dessen Anhängern 123 ein Gesetz durchgebracht, wonach römische Bürger nur durch das Volk selbst oder ein von ihm autorisiertes Gericht zum Tode verurteilt werden durften. Das hatte den Consul und den Senat nicht gehindert, nicht nur Gaius Gracchus selbst zu töten, dem man bewaffneten Aufruhr vorwerfen konnte, sondern anschließend zahlreiche seiner Anhänger durch ein Sondergericht des Consuls verurteilen zu lassen. Das in dieser Krise Anfang 121 zum ersten Mal ergangene (in der modernen Forschung) sogenannte *senatus consultum ultimum* ermächtigte die Magistrate, das Gemeinwesen zu verteidigen, doch blieb ungeklärt, welche Rechtsfolgen aus einem solchen Beschluss erwachsen und ob sich damit eine Missachtung des Rechts des Bürgers auf den ordentlichen Prozess legitimieren lasse (Plaumann [1913]; Ungern-Sternberg [1970]; Nippel, 1988, S. 79–87).

Das Thema wurde besonders aktuell im Zusammenhang mit der Catilinarischen Verschwörung des Jahres 63. Unter Vorsitz des Consuls Cicero hat der Senat am 5. Dezember beschlossen, fünf Mitverschwörer Catilinas als überführte Hochverräter hinrichten zu lassen, und sich dabei über die Warnung vor einer rechtswidrigen Entscheidung hinweggesetzt. Cicero ließ sich als Retter des Vaterlandes feiern, wurde aber bald zum Gegenstand einer Agitation, die ihm die Missachtung von Bürgerrechten vorhielt. Der



Clou lag darin, den Fall von fünf zwielichtigen Mitgliedern der Aristokratie zur Grundsatzfrage über die Geltung elementarer Bürgerrechte zu machen. Dies schaffte schließlich Ciceros Intimfeind Clodius, der als Volktribun des Jahres 58 Ciceros Verbannung durch Volksbeschluss herbeiführte.

Clodius stilisierte Cicero wegen seines grausamen und rechtswidrigen Verhaltens zum Tyrannen und ließ dessen Haus auf dem Palatin zerstören, eine Maßnahme, die zum Repertoire der Bestrafung eines Tyrannenanwärters gehörte, nur dass sie jetzt nicht von der Aristokratie ausging, sondern «von unten». Hauszerstörung gehörte, wie erwähnt, in der frühen Republik zu den posthumen Strafen gegen den angeblichen Tyrannen. In der späten Republik begann die Anwendung mit den Fällen von Gaius Gracchus, dessen Mitstreiter Fulvius Flaccus und Saturninus (Flower, 2006, S. 76 ff.; Roller [2010]). Clodius verband das Grundstück Ciceros mit dem Porticus Catuli, der auf dem Grundstück des zerstörten Hauses von Fulvius Flaccus stand. Auf dem konfiszierten Grundstück ließ Clodius einen Schrein der Freiheitsgöttin Libertas errichten. Die ganzen Auseinandersetzungen nach Ciceros Rückberufung im September 57 gingen um die Frage, ob dies eine rechtmäßige Weihung war, die eine Rückgabe an Cicero ausschloß, oder nicht. Cicero behauptete natürlich, dass dies ein Gewaltakt gewesen sei, der Clodius selbst als Tyrannen dekouvriere, und hat dann Anfang 52 dessen Ermordung in diesem Sinne gerechtfertigt (Nippel, 1988, S. 116–122, S. 141 f.; Berg [1997]; Cerutti [1997]; Hales [2000]).

Der Symbolgehalt von Clodius' Vorgehen bedarf keiner weiteren Erläuterung. Clodius hat, was immer man von seinen Motiven halten mag, in seinem Tribunatsjahr ein umfassendes Paket zur Sicherung der Volksrechte (durch Wiederherstellung der Vereine der *plebs urbana*, die der Senat einige Jahre zuvor verboten hatte, und Einschränkung der religiösen Obstruktion gegen Volksbeschlüsse) und zur Besserung der materiellen Lage (durch Einführung kostenloser Getreideverteilungen) durchgesetzt. Man könnte vermuten, dass er das alles unter der Losung *libertas* propagiert hat, doch leider fehlen dafür unmittelbar einschlägige Belege in den Quellen.

Das Vorgehen von Clodius gegen Cicero ist auch insofern bemerkenswert, als es zeigt, wie der Tyrannisvorwurf inzwischen zu einer von allen Seiten einsetzbaren Waffe geworden war (Dunkle [1967]). Als potentieller Tyrann, den man straflos töten könne, hatten zuvor vor allem solche Männer gegolten, die dezidiert die politischen und materiellen Interessen des Volkes vertraten. Was bei den Adressaten dieser Politik als Sicherung von *libertas* verstanden werden sollte oder konnte, galt der Aristokratie jeweils als ein Versuch, sich dauerhafte Anhängerschaften zu sichern, damit die Machtbalance innerhalb der Führungsschicht zu zerstören, was in deren Augen nichts anderes als Alleinherrschaft hieß (Sall. Jug. 31, 7 f.).

Die Veränderungen der Machtstrukturen während des 1. Jahrhunderts mit dem Auftreten von Potentaten, die über immense militärische und finanzielle Ressourcen verfügten, machten dann den Tyrannisvorwurf auch zum Instrument der Auseinandersetzungen innerhalb des Senatorenstandes. Da Alleinherrschaft oder die Dominanz einer kleinen Gruppe die Negation von *libertas* war (Venturini [1973]), konnte damit zugleich suggeriert werden, dass jeder Kampf gegen solche Machthaber auch um die Rechte der gesamten Bürgerschaft gehe – ein Argument, dass auch Catilina für sich in Anspruch nahm (Sall. Cat. 20).

Caesar hat seine Eröffnung des Bürgerkrieges gegen Pompeius und den Senat nicht nur mit seiner verletzten Ehre, sondern auch mit den Angriffen auf (mit ihm verbundene) Volkstribune begründet; deshalb habe er die Freiheit des von einer kleinen Clique unterdrückten römischen Volkes wiederherstellen müssen (Caes. civ. 1, 22, 5). Nach seinem Sieg über die Pompeianer verlieh ihm der Senat den Ehrentitel *liberator* (oder *vindex libertatis*) und ließ vom Volk die Errichtung eines Tempels der Libertas beschließen (Cass. Dio 43, 44, 1).<sup>10</sup> Die Caesarmörder präsentierten sich dann ebenfalls als Wiederhersteller der Freiheit (Cic. Phil. 2, 28, 30), zeigten sich mit dem *pilleus*, der Filzkappe, die vor allem Sklaven bei ihrer Freilassung aufsetzten

<sup>10</sup> Wie bei anderen Ehrenbeschlüssen für Caesar ist offen, von wem die Initiative ausging. Hier ist denkbar, dass Senatoren damit versuchten, Caesar auf die Bewahrung republikanischer Freiheit festzulegen. – Nach Alföldi (1984, S. 336) ist *eleutherotes* die Übersetzung von *vindex libertatis*.

(App. civ. 2, 499; Cass. Dio 47, 25, 3),<sup>11</sup> fanden damit nur nicht die erhoffte Resonanz in der stadtrömischen Bevölkerung. Ciceros Reden gegen Antonius sind voll von Tyrannentopik (Cowan [2008]). Eine dieser Reden endet in dem emphatischen Ausruf: andere Völker mögen Knechtschaft (*servitus*) ertragen, dem römischen Volk gehöre jedoch die *libertas* (Cic. Phil. 6, 19).

Der Charme des Arguments lag auch darin, dass gegen den potentiellen Tyrannen jeder auch als *privatus*, das heißt ohne öffentliches Amt, vorgehen konnte (Nippel, 1988, S. 141 f., S. 153; Girardet, 1993, S. 205 ff.). Cicero hat damit das Aufstellen einer Privatarmee von Octavian, dem späteren Augustus, gegen Antonius gerechtfertigt (Cic. Phil. 3, 5). Dieser hat später seinen Tatenbericht mit der stolzen Aussage eröffnet, dass er als neunzehnjähriger Privatmann begonnen habe, die Freiheit der Republik wiederherzustellen (*rem publicam in libertatem vindicavi*; R. Gest. div. Aug. 1). Augustus ist auch auf Münzen als *vindex libertatis* bezeichnet worden (Walser [1955]; Welwei [1973]).<sup>12</sup> Wie hiermit auf den Gegensatz zwischen personaler Freiheit und Sklavenstatus angespielt wird, ist schon dargelegt worden. Mit der Übernahme der tribunizischen Gewalt als traditionellem Symbol der *libertas* unterstrich Augustus zudem seine Fürsorgepflicht gegenüber dem Volk.

In der weiteren Kaiserzeit ist diese Topik beibehalten worden. Sie wird vor allem in Situationen des Thronwechsels bemüht, in denen sich der neue Princeps durch Absetzung von seinem Vorgänger legitimieren will.<sup>13</sup> Nach Ausschaltung eines nun als tyrannisch denunzierten Herrschers, der dann der *damnatio memoriae* verfiel, hieß es immer wieder, die Freiheit sei nun wiederhergestellt. Nach der Ermordung des Caligula gaben die Consuln an die in der Stadt stationierten Soldaten (*cohortes urbanae*) die Parole *libertas*

11 Der *pilleus* ähnelt der Kopfbedeckung der Statue der phrygischen Gottheit Marsyas, die in Rom ebenfalls als Symbol der Freiheit galt, wobei diese Sinnggebung schwer zu erhellen ist (Tibiletti [1962]). Damit kam die Assoziation mit der phrygischen Mütze zustande, die dann im roten Jakobinerhut während der Französischen Revolution wieder auflebte.

12 Die Beweiskraft einer Münze aus Ephesos ist allerdings fragwürdig; Raaflaub, 2007, S. 233 ff. Raaflaub stellt generell zurecht heraus, dass die *libertas*-Evozierung bei Caesar und Augustus vor allem zu Beginn der Alleinherrschaft auftritt, so wie dies dann auch bei den späteren Kaisern der Fall war.

13 Dies ist zwar das hervorstechende Muster, aber nicht das einzige, da in einigen Fällen sich dieses Motiv auch mit Fürsorgeleistungen (Aufhebung von Abgaben, Getreideverteilungen, vielleicht auch Alimenterstiftungen) verbindet; Seelentag, 2004, S. 468–484.

aus, der neue Kaiser Claudius wurde wieder als *vindex libertatis* gefeiert (Wickert, 1969, S. 98). Nach dem Ende Domitians wurde die Wiederherstellung der Freiheit unter Nerva und Trajan gefeiert (Wickert, 1969, S. 100 f.). Diverse weitere Beispiele – bis zur Weihung einer Libertas-Statue nach der Ermordung des Commodus (Herodian 1, 15, 1) – bestätigen immer wieder dieses Muster. Der Begriff symbolisierte nunmehr vor allem das Verhältnis zwischen Princeps und Senat. Freiheit war dann gegeben, wenn der Senat in seinen traditionellen Rechten respektiert wurde, die Senatoren sich frei äußern konnten und nicht befürchten mussten, Opfer von Willkürakten des Machthabers zu werden (Morford [1991]). Die materiellen Begünstigungen der Plebs wurden nun eher als *liberalitas* (Freigebigkeit) bezeichnet (Kloft [1970]).

Diese summarischen Feststellungen sollen genügen. Sie sollten aber nicht zu der Schlussfolgerung verleiten, dies alles sei nur hohle, leicht durchschaubare Propaganda gewesen. Schon für die Auseinandersetzungen in der späten Republik gilt, dass bei aller skrupellosen Gewaltbereitschaft doch die Protagonisten immer wieder versuchten, ihr Handeln zu legitimieren, und dass der Bezug auf *libertas* dafür eine unverzichtbare Ressource war. Die spezifische Struktur des von Augustus begründeten Principats lässt sich ohne diese republikanische Tradition nicht erklären.

Insgesamt ist evident, dass *libertas* in der römischen Politik an konkrete Institutionen und Verfahren anknüpfte, die zum Teil Ergebnis harter Auseinandersetzungen gewesen waren, und dass eine Generalisierung in der Gegenüberstellung eines freien gegen eines von einem Alleinherrscher dominierten Gemeinwesens lag, wobei dann auch die fundamentale privatrechtliche Trennung zwischen freien Bürgern und Sklaven evoziert wurde. Es ist kein Konzept, das von vorgegebenen, etwa naturrechtlich begründeten Individualrechten ausgeht, die einer Ausübung der Staatsgewalt von vornherein Schranken setzten.

Der zweite zu erörternde Sachverhalt ist, ob sich in der römischen Rechtsordnung Strukturen finden, die man unter modernen Gesichtspunkten als freiheitsverbürgende Elemente ansehen kann, auch wenn sie von den Römern selbst nicht mit *libertas* assoziiert worden sind. Die romanistische

Tradition des 19. Jahrhunderts hat dies immer wieder getan und ein System der Privatrechtsautonomie gepriesen, das sich weitgehend ohne staatliche Eingriffe entwickelt hat. Friedrich Carl von Savigny hat eine Kodifikation des Rechts nach napoleonischem Vorbild abgelehnt; bürgerliche Rechte sollten in einem monarchisch verfassten Staat durch ein von der Regelungskompetenz des Staates weitgehend ausgegrenztes Privatrecht gesichert werden, wobei seine Berufung auf die organische Weiterentwicklung des Rechts durch den «Volksg Geist» *de facto* die Rolle der Juristen meinte (Caroni [1969]; Schröder [1976]; Grimm [1981]).

Theodor Mommsen hat in seiner Leipziger Antrittsvorlesung im Revolutionsjahr 1848 das Römische Recht als vorbildlich für eine «Ordnung der Freiheit» dargestellt, wobei es ihm angesichts der Perspektive auf eine staatliche Einheit Deutschlands aber auch darum ging, die Kategorien des Römischen Rechts zu einer Vereinheitlichung der Rechtssysteme einzusetzen (Mommsen, 1907, S. 582). Rudolf von Ihering hat in seinem *Geist des Römischen Rechts* in den 1850er Jahren geschrieben, es habe «wohl noch nie ein Recht gegeben, das den Gedanken der Freiheit in so würdiger und richtiger Weise erfasst hat, wie das Römische» (zitiert nach Mayer-Maly, 1955, S. 401). Die Beispiele ließen sich vermehren, genannt sei nur Fritz Schulz, der in seinen *Prinzipien des Römischen Rechts* (1934) die Grundzüge der römischen Privatrechtsordnung unter der Kapitelüberschrift «Freiheit» präsentiert hat.

Was hieran faszinierte, war die individualistische Konstruktion des Privatrechts in Bezug auf Ehe-, Erb-, Eigentums- und Vertragsrecht, in das es kaum gesetzgeberische Eingriffe gab. Von den etwa 800 bekannten Gesetzen aus der Republik und der frühen Kaiserzeit betreffen nur zwei bis maximal drei Dutzend das Privatrecht; dazu gehören u. a. Regelungen zum Zins- und Schuldenrecht, zum Testaments- und Schenkungsrecht, zum Schutz von Mündeln und Minderjährigen (Wieacker [1944]; Bleicken, 1975, S. 141 ff.). Auch diese ergaben sich nicht aus einem Bedürfnis nach grundlegender, systematischer Regelung von Rechtskomplexen, sondern waren situationsbedingte Reaktionen auf akute Missstände, die als Bedrohung der sozialen Stabilität empfunden wurden. Insgesamt ändert dies nichts daran,

dass diese Privatrechtsautonomie den sozial Stärkeren begünstigt, weil sie, wie auch Mommsen in der zitierten Rede gesagt hat, «oft dem Princip der Solidarität der Staatsbürger unter einander, nicht aber dem der Freiheit des Individuums widerstreitet» (Mommsen, 1907, S. 583) – was auch ein Standardvorwurf der germanistischen Rechtsschule des 19. Jahrhunderts war.

Hinzu kam der prozedurale Aspekt. Zu den Prinzipien des römischen Zivilprozesses hat spätestens seit dem Zwölftafelrecht die Zweiteilung des Verfahrens gehört; das heißt, die Trennung zwischen dem Verfahren *in iure*, der Feststellung des Rechtsgegenstands des Streits vor dem Gerichtsmagistrat, und dem Verfahren *apud iudicem*, der Urteilsfindung aufgrund der Prüfung der Tatsachen durch eine vom Magistrat in Übereinstimmung mit den Prozessparteien bestimmte Privatperson als Richter (Kaser [1964]; [1976]). Es ist offensichtlich auch nie als anstößig empfunden worden, dass als Richter im Regelfall nur Senatoren bzw. in der späten Republik Senatoren und Ritter fungierten. Anscheinend wurde bei dieser Art von Honorariojustiz das ebenfalls für Zivilprozesse geltende Prinzip der öffentlichen Verhandlung auf dem Forum als ausreichende Garantie unparteilicher Rechtsprechung empfunden.

Der Grundsatz der Öffentlichkeit steht am Beginn der Weiterentwicklung des Privatrechts, wie dies in der Geschichte von der Brechung des Priestermonopols durch Veröffentlichung des Kalenders und der Klageformeln durch Gnaeus Flavius, den *scriba* des Appius Claudius Caecus, im Jahre 304 dargestellt wird (Liv. 9, 46, 5; Val. Max. 2, 5, 2; Cic. Mur. 25). Die weitreichende Umgestaltung des Privatrechts seit der mittleren Republik durch das praetorische Amtsrecht, die Einführung neuer Prozessformen und praetorischer Rechtsbehelfe, die insgesamt damit gegebene flexible Anpassung des Rechts an neue soziale Bedingungen hat sich weitgehend allein aus der Praxis der Praetoren ergeben und beruhte nicht auf Volksgesetzen (Lübnow [1983]).

Damit einher geht die soziale Anerkennung, die die Rechtssachverständigen genossen, die wesentlich zur Entwicklung dieses praetorischen Amtsrechts beitrugen (Selb [1986]). Auch diese kamen bis zum Ende des 2. Jahrhunderts ausschließlich aus der Nobilität, wengleich das Ansehen, das

einem *juris consultus* zukam, anscheinend einer größeren Zahl von *homines novi* den politischen Aufstieg ermöglichte (Kunkel [1952]; Bauman [1983]; Frier [1985]). Wesentlich für das Vertrauen in diese Rechtskundigen war offensichtlich, dass sie ihre Auskünfte jedermann unparteilich und unentgeltlich zur Verfügung stellten, zu diesem Zweck in ihren Häusern allen Ratsuchenden zugängliche Sprechstunden abhielten bzw. sich auf dem Forum zur Verfügung stellten (Cic. de orat. 3, 133; Mur. 9; Val. Max. 5, 8, 3). Das Forum im wörtlichen Sinn nutzten sie auch, um dort Schüler in ihre Kenntnisse einzuführen oder vor den Augen und Ohren der Öffentlichkeit gelehrte Disputationen durchzuführen (Pomponius, Dig. 1, 2, 2, 5). Das Prestige der Juristen führte schließlich dazu, dass sich seit Cicero (Caec. 65 ff.; top. 5, 28) der Gedanke findet, ihre *responsa*, die Rechtsgutachten für Praetoren, Richter oder Prozessparteien, seien nicht allein Interpretation, sondern sollten für die Urteilsfindung verbindlich sein; offiziell anerkannt worden ist dies allerdings erst in der Kaiserzeit (Kunkel [1948]; Wieacker [1985]).

Insgesamt kann man für die Entwicklung des Privatrechts von einer Tendenz zur Autonomie sprechen, bei der die Fortentwicklung des Rechts Sache anerkannter Fachleute ist, die ein technisches Regelwerk nach ihren eigenen Kriterien entwickeln. Auch wenn mit der Entstehung juristischer Fachliteratur die Diskussion der Juristen zunehmend mehr zunftimmanent stattfindet, ist offensichtlich diese Entwicklung durch die grundsätzliche Öffentlichkeit der Rechtsprechung möglich gewesen (Zlinsky [1993]). Auch die rabiatesten Popularen der späten Republik haben keinen Anlass gesehen, die Entwicklung des Privatrechts als eine Verletzung der Interessen des Volkes bzw. des Vorrangs der Volksgesetzgebung darzustellen.

Regelungen zum Straf- und Strafprozessrecht sind dagegen durch zahlreiche Gesetze getroffen worden. Aber auch hier ist das Prinzip der Mündlichkeit und Öffentlichkeit der Verhandlung und der Chancengleichheit der Prozessparteien entscheidend. Wie schon erwähnt, besagte eine von populärer Seite durchgesetzte Regel, dass Strafverfahren nur vor Gerichtshöfen stattfinden durften, die durch einen Volksbeschluss legitimiert waren. Das meinte konkret die seit dem späteren 2. Jahrhundert eingesetzten Geschworenengerichte. Bemerkenswert ist, dass damit die Entscheidung

in Strafsachen von der Volksversammlung auf eine sozial herausgehobene Gruppe von Bürgern übergang. Es ist ein erstaunliches Phänomen, dass gerade von großen Popularen wie C. Gracchus und Saturninus der Ausbau dieser Geschworenengerichte gefördert wurde, obwohl doch sonst zu ihrer Politik die demonstrative Betonung der Bedeutung der Volksversammlung gehörte. Es stellt sich hier die Frage, warum an der Zusammensetzung dieser Gerichte allein aus Angehörigen der oberen Stände nicht gerüttelt wurde. Es gab immer wieder Streit um die Aufteilung der Geschworenenbänke zwischen Senatoren und Rittern, aber es ging nie um eine grundsätzliche Ausweitung der Rekrutierungsbasis für die Geschworenen, obwohl Alternativen – wie eine Wahl durch die Tribus oder eine Senkung der Zensusanforderungen – denkbar gewesen wären.

Meine Vermutung ist, dass ein entscheidendes Element, das den Verfahren Legitimation verlieh, die spezifische Art von Öffentlichkeit war, in der die Prozesse stattfanden. Die Prozesse fanden mitten auf dem Forum statt, sie konnten von jedermann beobachtet werden. So zeichnet sich schon das inschriftlich überlieferte Repetundengesetz aus der Zeit des C. Gracchus dadurch aus, dass großer Nachdruck auf Transparenz gelegt wird. Die Verfahren von der Aufstellung der allgemeinen Richterliste – die der Praetor in einer Volksversammlung laut verlesen und anschließend öffentlich aushängen muss – bis zur Art und Weise der Stimmabgabe der Juroren, die ihr Stimmtäfelchen mit der Hand verdecken müssen, sind genau geregelt, und zwar so, dass die Einhaltung der Regeln von jedermann überwacht werden konnte.

Die Kontrollfunktion der Öffentlichkeit hinsichtlich der formalen Verfahrensschritte wie der Festlegung der Geschworenenbank betont z. B. auch Cicero in seinen Gerichtsreden, namentlich im Verres-Prozess. Immer wieder beziehen sich die Gerichtsredner auch auf die öffentliche Meinung; dies ist in diesem Fall keine Abstraktion, sondern kann konkret die Meinungs- oder Unmutsäußerung der tatsächlich anwesenden Zuhörerschaft bedeuten. Bemerkenswert ist, dass man diese als grundsätzlich legitim akzeptierte und ihnen eine Korrektivfunktion zuschrieb, also nicht einfach von einem unzulässigen «Druck der Straße» ausging (Nippel [2005]).

Die Durchführung in Form eines reinen Parteienprozesses, bei der ein Bürger, nicht ein Magistrat als Ankläger auftritt, bedeutete auch, dass es keine Maßnahmen im Vorfeld des Prozesses – Hausdurchsuchungen, Untersuchungshaft, peinliches Verhör – gab, bei denen der Strafverfolgungsanspruch des Staates Eingriffe in die Unverletzlichkeit des Hauses und die persönliche Freiheit schon vor einem Schuldspruch nach sich gezogen hätte. Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens sowie die Chancengleichheit für Anklage und Verteidigung standen als selbstverständlich fest. Man brauchte sie deshalb nicht eigens als Rechts- oder Freiheitsprinzipien zu proklamieren.

Auch andere grundlegende Regeln – wie das Verbot der wiederholten Anklage wegen ein und derselben Sache oder der Grundsatz des rechtlichen Gehörs – finden sich nicht als positiv-rechtliche Normierungen; explizit hat man sie erst aus jeweils gegebenem Anlass formuliert, ohne ihnen absolute Gültigkeit zuzuschreiben (Liebs [1967]; Fuhrmann [1991]; Wacke [1993]).

Für alle Rechtsbereiche gilt, dass es keine abstrakte Norm von Freiheit gegeben hat, die eine im überpositiven Recht verankerte Garantie gegen staatliche Eingriffe geboten hätte. Aber die nach modernen Kriterien existierende Freiheit lag in Verfahren, im grundsätzlichen Konsens der Bürgerschaft über diese Regeln und in der Kaiserzeit in ihrer – gewiss oft prekären – Respektierung durch Kaiser und Amtsträger. Dies im Sinne einer nach der Französischen Revolution von Benjamin Constant begonnenen und vielen anderen – wie Jacob Burckhardt oder Fustel de Coulanges – fortgesetzten Debatte über die «Freiheit der Alten», die nur Partizipationsrechte, aber keinen Schutz des Individuums gegen die Staatsallmacht gekannt hätten, zu verstehen, verkennt die spezifischen Bedingungen der Entstehung des modernen Konstitutionalismus (Nippel [2008]).

Die amerikanischen und französischen Menschen- und Bürgerrechtsdeklarationen und Verfassungstiftungen resultierten aus konkreten Umständen, unter denen eine derartige Neukonstituierung des Staates deshalb nötig wurde, weil die bisherige Staatsgewalt gegen elementare Rechtsprinzipien verstoßen hatte. Schutz vor willkürlichen Verhaftungen und Bestrafungen, strafprozessuale Rechte (Verbot der Folter, Anspruch auf den gesetzlichen Richter, öffentliches Verfahren, Geschworene, Rück-

wirkungsverbot etc.), aber auch Eigentumssicherung gegen willkürliche Besteuerung, Berufs-, Vertrags- Gemeindefreiheit mussten in den Rang von Grundrechten erhoben werden, weil der Staat entweder gegen herkömmliches Recht dieser Art verstieß, wie in den britischen Kolonien in Amerika, oder sich wie in Frankreich 1789 weigerte, bürgerlicher Gleichheit im Wege stehende Privilegien aufzuheben. Auf der anderen Seite gibt es die berühmte Ausnahme Großbritanniens, das bis heute ohne normative Verfassung und Grundrechtskatalog auskommt, weil der Gang der englischen Verfassungsgeschichte seit dem 17. Jahrhundert im Bewusstsein der Öffentlichkeit eine solche Lösung überflüssig gemacht hatte.

Die Qualität des Rechtsstaats erweist sich in der täglichen Praxis. Menschen- und Grundrechte bleiben reine Deklarationen, wenn sie nicht in das Privat-, Straf- und Verwaltungsrecht umgesetzt und mit Rechtswegegarantien verbunden werden; während umgekehrt der Schutz individueller Freiheitsrechte durch das positive Recht nicht notwendig der zusätzlichen Absicherung durch Grundrechte bedarf. Der Vorzug der Verfassungs- und Grundrechtslösung ist dennoch unbestreitbar; nur ist immer wieder daran zu erinnern, dass auch der Verfassungsstaat vom Vertrauen der Bürger und vom allgemeinen Konsens über elementare Regeln lebt.

Der moderne Verfassungsstaat zeichnet sich durch die Einhegung der Demokratie im Sinne des Mehrheitsprinzips durch den Rechtsstaat aus; die rechtsstaatliche Tradition Europas lässt sich ohne die anhaltende, in verschiedenen Stufen der Rezeption vermittelte Wirkung des römischen Vorbilds nicht verstehen.

## Literaturverzeichnis

- Alföldi, Andreas (1984). Rezension von Stefan Weinstock, *Divus Julius. In Andreas Alföldi. Caesariana. Gesammelte Aufsätze zur Geschichte Caesars und seiner Zeit* (S. 327–352). Bonn.
- Ankum, Hans (2005). Der Ausdruck *favor libertatis* und das klassische römische Freilassungsrecht. In Elisabeth Herrmann-Otto (Hg.), *Unfreie*

- Arbeits- und Lebensverhältnisse von der Antike bis in die Gegenwart* (S. 82–100). Hildesheim.
- Bauman, Richard A. (1983). *Lawyers in Roman Republican Politics. A study of the Roman jurists in their political setting*. München.
- Berg, Beverly (1997). Cicero's Palatine Home and Clodius' Shrine of Liberty. Alternative emblems of the Republic in Cicero's *De domo sua*. In Carl Deroux (Hg.), *Studies in Latin Literature and Roman History VIII* (S. 122–143). Brüssel.
- Bleicken, Jochen (1972). *Staatliche Ordnung und Freiheit in der römischen Republik*. Kallmünz.
- Bleicken, Jochen (1975). *Lex Publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik*. Berlin.
- Brunt, Peter A. (1971). *Italian Manpower 225 B.C.–A.D. 14*. Oxford.
- Brunt, Peter A. (1988). Libertas in the Roman Republic. In Peter A. Brunt, *The Fall of the Roman Republic and Related Essays* (S. 281–350). Oxford.
- Caroni, Pio (1969). Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des «Berufes». *Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 86, S. 97–176.
- Cerutti, Steven M. (1997). The Location of the Houses of Cicero and Clodius and the Porticus Catuli on the Palatine Hill in Rome. *American Journal of Philology*, 118, S. 417–426.
- Cowan, Eleanor (2008). Libertas in the Philippics. In Tom Stevenson/Marcus Wilson (Hg.), *Cicero's Philippics. History, Rhetoric and Ideology* (S. 140–152). Auckland.
- Daube, David (1946). Two Early Patterns of Manumission. *Journal of Roman Studies*, 36, S. 57–75.
- Dunkle, J. Roger (1967). The Greek Tyrant and Roman Political Invective of the Late Republic. *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*. 98, S. 151–171.
- El Beheiri, Nadja (2004). Die römische Zensur. Ein entwicklungsgeschichtlicher Abriss. *Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae*, 44, S. 47–98.

- Finley, Moses I. (1977). Die Schuldknechtschaft. In Hans Georg Kippenberg (Hg.), *Seminar: Die Entstehung der antiken Klassengesellschaft* (S. 173–204). Frankfurt am Main.
- Flower, Harriet I. (2006). *The Art of Forgetting. Disgrace and Oblivion in Roman Political Culture*. Chapel Hill, N.C.
- Frier, Bruce W. (1985). *The Rise of the Roman Jurists. Studies in Cicero's Pro Caecina*. Princeton, N.J.
- Fuhrmann, Manfred (1991). «Grundrechte» im Strafprozeß der römischen Republik und ihr Widerhall im 18. und 19. Jahrhundert. In Okko Behrends/Malte Disselhorst (Hg.), *Libertas. Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart. Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Franz Wieacker* (S. 97–112). Ebelsbach.
- Girardet, Klaus Martin (1993). «Traditionalismus» in der Politik des Octavian/Augustus – mentalitätsgeschichtliche Aspekte. *Klio*, 75, S. 202–218.
- Grieve, Lucy J. (1985). Livy 40, 51, 9 and the Centuriate Assembly. *Classical Quarterly*, 35, S. 417–429.
- Grimm, Dieter (1981). Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung. In Günter Birtsch (Hg.), *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte* (S. 359–375). Göttingen.
- Hales, Shelley (2000). At Home With Cicero. *Greece & Rome*, 47, S. 44–55.
- Hall, Ursula (1998). Species libertatis: Voting Procedure in the Late Roman Republic. In Michel Austin/Jill Harries/Christopher Smith (Hg.), *Modus Operandi. Essays in Honour of Geoffrey Rickman* (S. 15–30). London.
- Herrmann-Otto, Elisabeth (2004). Sklavenkinder in Recht, Ökonomie und Gesellschaft des Römischen Reiches. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3. ser., 51, S. 167–186.
- Honsell, Heinrich (1984). Der Gesetzesstil in der römischen Antike. In Vincenzo Giuffrè (Hg.), *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* (Bd. 4) (S. 1659–1673). Napoli.
- Jehne, Martin (2002). Die Geltung der Provocation und die Konstruktion der römischen Republik als Freiheitsgemeinschaft. In Gert Melville/Hans Vorländer (Hg.), *Geltungsgeschichten. Über die Stabilisierung und Legitimierung institutioneller Ordnungen* (S. 55–74). Köln.

- Kaser, Max (1964). Prator und Judex im römischen Zivilprozeß. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 32, S. 329–362.
- Kaser, Max (1976). Römische Gerichtsbarkeit im Wechsel der Zeiten. In Max Kaser, *Ausgewählte Schriften* (Bd. 2) (S. 421–439) [Text von 1966]. Neapel.
- Kloft, Hans (1970). *Liberalitas principis. Herkunft und Bedeutung. Studien zur Principatsideologie*. Köln.
- Kunkel, Wolfgang (1948). Das Wesen des ius respondendi. *Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 66, S. 423–457.
- Kunkel, Wolfgang (1952). *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*. Weimar.
- Liebs, Detlef (1967). Die Herkunft der «Regel» bis de eadem re ne sit actio. *Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 84, S. 104–132.
- Lübtow, Ulrich von (1983). Die Aufgaben des römischen Praetors. In *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* (Bd. 4) (S. 349–412). Mailand.
- Lundgreen, Christoph (2009). Geheim(nisvoll)e Abstimmung in Rom. Die leges tabellariae und ihre Konsequenzen für die Comitien und die res publica. *Historia*, 58, S. 36–70.
- MacCormack, Geoffrey (1967). Nexi, Iudicati and Addicti in Livy. *Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 84, S. 350–355.
- MacCormack, Geoffrey (1973). The lex Poetelia. *Labeo*, 19, S. 306–317.
- Marshall, Bruce A. (1997). Libertas populi. The introduction of secret ballot at Rome and its depiction on coinage. *Antichthon*, 31, S. 54–73.
- Masi Doria, Carla (1993). Zum Bürgerrecht der Freigelassenen. In Marin Josef Schermaier/Zoltán Végh (Hg.), *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag* (S. 231–260). Stuttgart.
- Mayer-Maly, Theo (1955). Zur Rechtsgeschichte der Freiheitsidee in Antike und Mittelalter. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, NF 6, S. 399–428.
- Meier, Christian (1966). *Res Publica Amissa. Eine Studie zu Verfassung und Geschichte der späten römischen Republik*. Wiesbaden.
- Millar, Fergus G. B. (1995). The Roman libertus and Civic Freedom. *Arethusa*, 28, S. 99–105.

- Mommsen, Theodor (1870). Sp. Cassius, M. Manlius, Sp. Maelius, die drei Demagogen des 3. und 4. Jahrhunderts der römischen Republik. *Hermes*, 5, S. 228–280.
- Mommsen, Theodor (1907). Die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft. In Theodor Mommsen, *Gesammelte Schriften* (Bd. 3) (S. 580–591). (Text von 1848). Berlin.
- Morford, Mark (1991). How Tacitus Defined Liberty. In Wolfgang Haase / Hildegard Temporini (Hg.), *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, Bd. II, 33, 5 (S. 3420–3450). Berlin/New York.
- Nicolet, Claude (1985). Plèbe et tribus: les statues de Lucius Antonius et le testament d'Auguste. *Mélanges d'Archéologie et d'Histoire de l'École Française de Rome (Antiquité)*, 97, S. 799–839.
- Nippel, Wilfried (1988). *Aufbruch und «Polizei» in der römischen Republik*. Stuttgart.
- Nippel, Wilfried (2005). Die Geschworenengerichte der späten römischen Republik. Kontrafaktische Überlegungen. In Tassilo Schmitt/Winfried Schmitz/Aloys Winterling (Hg.), *Gegenwärtige Antike – antike Gegenwart. Kolloquium zum 60. Geburtstag von Rolf Rilinger* (S. 127–149). München.
- Nippel, Wilfried (2008). *Antike oder moderne Freiheit? Die Begründung der Demokratie in Athen und in der Neuzeit*. Frankfurt am Main.
- Panitschek, Peter (1989). Sp. Cassius, Sp. Maelius, M. Manlius als Exempla Maiorum. *Philologus*, 133, S. 231–245.
- Plaumann, Gerhard (1913). Das sogenannte senatus consultum ultimum, die Quasidiktatur der späten römischen Republik. *Klio*, 13, S. 321–386.
- Purcell, Nicholas (1993). Atrium Libertatis. *Papers of the British School at Rome*, 61, S. 125–155.
- Raaflaub, Kurt A. (1984). Freiheit in Athen und Rom: Ein Beispiel divergierender politischer Begriffsentwicklung in der Antike. *Historische Zeitschrift*, 238, S. 529–567.
- Raaflaub, Kurt A. (2007). Caesar und Augustus als Retter römischer Freiheit? In Ernst Baltrusch (Hg.), *Caesar* (S. 229–261). Darmstadt.

- Ritter, Hans-Werner (1998). Zu libertas und den Tabellargesetzen in der republikanischen Münzprägung. In Peter Kneissl/Volker Losemann (Hg.), *Imperium Romanum. Studien zu Geschichte und Rezeption. Festschrift für Karl Christ zum 75. Geburtstag* (S. 608–614). Stuttgart.
- Roller, Matthew (2010). Demolished Houses, Monumentality and Memory in Roman Culture. *Classical Antiquity*, 29, S. 117–180.
- Schröder, Jan (1976). Savignys Spezialistendogma und die «soziologische» Jurisprudenz. *Rechtstheorie*, 7, S. 23–52.
- Schulz, Fritz (1934). *Prinzipien des römischen Rechts. Vorlesungen*. München.
- Schumacher, Leonhard (2001). *Sklaverei in der Antike. Alltag und Schicksal der Unfreien*. München.
- Seelentag, Gunnar (2004). *Taten und Tugenden Traians. Herrschaftsdarstellung im Principat*. Stuttgart.
- Selb, Walter (1986). Das prätorische Edikt: Vom rechtspolitischen Programm zur Norm. In Hans-Peter Benöhr (Hg.), *Iuris Professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag* (S. 259–271). Wien.
- Smith, Christopher J. (2006). Adfectatio regni in the Roman Republic. In Sian Lewis (Hg.), *Ancient Tyranny* (S. 49–64). Edinburgh.
- Tibiletti, Gianfranco (1962). Marsyas, die Sklaven und die Marser. In Vincenzo Giuffrè, (Hg.), *Studi in onore di Emilio Betti* (Bd. 4) (S. 351–359). Mailand.
- Ungern-Sternberg, Jürgen von (1970). *Untersuchungen zum spätrepublikanischen Notstandsrecht. Senatus consultum ultimum und hostis-Erklärung*. München.
- Ungern-Sternberg, Jürgen von (1980). Das Ende des Ständekampfes. In Werner Eck/Hartmut Galsterer/Hartmut Wolff (Hg.), *Studien zur antiken Sozialgeschichte. Festschrift Friedrich Vittinghoff* (S. 101–119). Köln.
- Vanderbroeck, Paul J. J. (1987). *Popular Leadership and Collective Behavior in the Late Roman Republic (ca. 80–50 B.C.)*. Amsterdam.
- Venturini, Carlo (1973). Libertas e dominatio nell'opera di Sallustio e nella pubblicistica dei populares. In *Studi per Ermanno Graziani* (S. 636–658). Pisa.

- Wacke, Andreas (1993). Audiatur et altera pars. Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozeß. In Marin Josef Schermaier/Zoltán Végh (Hg.), *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag* (S. 369–399). Stuttgart.
- Waldstein, Wolfgang (1986). *Operae Libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*. Stuttgart.
- Walser, Gerold (1955). Der Kaiser als vindex libertatis. *Historia*, 4, S. 353–367.
- Watson, Alan (1983). Roman Slave Law and Romanist ideology. *Phoenix*, 37, S. 53–65.
- Welwei, Karl-Wilhelm (1973). Augustus als vindex libertatis – Freiheitsideologie und Propaganda im frühen Prinzipat. *Der Altsprachliche Unterricht*, 16, 3, S. 29–41.
- Wickert, Lothar (1969). Der Prinzipat und die Freiheit. In Richard Klein (Hg.), *Prinzipat und Freiheit* (S. 94–135) [Text von 1949]. Darmstadt.
- Wieacker, Franz (1944). Lex Publica. Privatrechtsordnung und politische Grundordnung im römischen Freistaat. In Franz Wieacker, *Vom römischen Recht. Wirklichkeit und Überlieferung* (S. 38–85). Leipzig.
- Wieacker, Franz (1985). Respondere ex auctoritate principis. In J. A. Ankum/J. E. Spruit/F. B. J. Wubbe (Hg.), *Satura Roberto Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata* (S. 71–94). Freiburg (Schweiz).
- Wirszubski, Chaim (1967). *Libertas als politische Idee im Rom der späten Republik und des frühen Prinzipats*. Darmstadt [zuerst Englisch 1950].
- Wolf, Joseph Georg (1991). Die manumissio vindicta und der Freiheitsprozeß. Ein Rekonstruktionsversuch. In Okko Behrends/Malte Disselhorst (Hg.), *Libertas. Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart. Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Franz Wieacker* (S. 61–96). Ebelsbach.
- Zlinszky, János (1993). Schriftlichkeit und Mündlichkeit im römischen Recht. In Gregor Vogt-Spira (Hg.), *Beiträge zur mündlichen Kultur der Römer* (S. 21–36). Tübingen.



# Der Prozess Jesu im Spiegel des Römischen Rechts

«Ich bin unschuldig an seinem Blut» (Mt 27,24)

Heike Omerzu<sup>1</sup>

## I. «Unschuldig an seinem Blut» oder: Das Pilatusbild der ältesten Quellen

Der Titel meines Beitrags, «Ich bin unschuldig an seinem Blut», ist ein Zitat aus dem Matthäusevangelium, das sich im Kontext der sog. Passaamnestie findet, also der Frage des römischen Statthalters an das jüdische Volk, ob er als Geste anlässlich des Passafestes Barabbas oder aber Jesus freilassen solle. In Mt 27,22–26 heißt es: «Pilatus sprach zu ihnen: Was soll ich denn machen mit Jesus, von dem gesagt wird, er sei der Christus? Sie sprachen alle: Lass ihn kreuzigen! Er aber sagte: Was hat er denn Böses getan? Sie schrien aber noch mehr: Lass ihn kreuzigen! Als aber Pilatus sah, dass er nichts ausrichtete, sondern das Getümmel immer größer wurde, nahm er Wasser und wusch sich die Hände vor dem Volk (λαβὼν ὕδωρ ἀπενίψατο τὰς χεῖρας ἀπέναντι τοῦ ὄχλου) und sprach: Ich bin unschuldig an seinem Blut; seht ihr zu (ἀθῶός εἰμι ἀπὸ τοῦ αἵματος τούτου· ὑμεῖς ὄψεσθε)! Da antwortete das ganze Volk und sprach: Sein Blut komme über uns und unsere Kinder! Da gab er ihnen Barabbas los, aber Jesus ließ er geißeln und überantwortete ihn, dass er gekreuzigt werde (τὸν δὲ Ἰησοῦν φραγελλώσας παρέδωκεν ἵνα σταυρωθῆ).»<sup>2</sup>

Im Lukasevangelium fehlt die symbolische Geste der Handwaschung, bei der es sich im Übrigen um einen jüdischen Ritus zur Sühnung eines Mor-

<sup>1</sup> Der vorliegende Text stellt die erweiterte und überarbeitete Version meines Artikels «Prozess Jesu» dar (vgl. Omerzu, 2011).

<sup>2</sup> Alle Bibelzitate folgen, sofern nicht anders angeführt, der revidierten Lutherübersetzung von 1984, doch angepasst an die neue deutsche Rechtschreibung.

des handelt (Dtn 21,6–8);<sup>3</sup> stattdessen erklärt der Statthalter Jesus gleich *dreimal* für unschuldig, zum ersten Mal im Anschluss an sein Verhör: «Ich finde keine Schuld an diesem Menschen (οὐδὲν εὐρίσκω αἴτιον ἐν τῷ ἀνθρώπῳ τούτῳ)» (Lk 23,4). Nach einem Verhör durch den jüdischen König Herodes Antipas, das mit der Verspottung Jesu endet, konstatiert Pilatus in Lk 23,14–16: «Ihr habt diesen Menschen zu mir gebracht als einen, der das Volk aufwiegelt; und siehe, ich habe ihn vor euch verhört und habe an diesem Menschen keine Schuld gefunden (οὐθὲν εὔρον ἐν τῷ ἀνθρώπῳ τούτῳ αἴτιον), deretwegen ihr ihn anklagt; Herodes auch nicht, denn er hat ihn uns zurückgesandt. Und siehe, er hat nichts getan, was den Tod verdient (οὐδὲν ἄξιον θανάτου ἐστὶν πεπραγμένον αὐτῷ). Darum will ich ihn schlagen lassen und losgeben.» Als die Anwesenden daraufhin die Freilassung des Barabbas fordern, spricht Pilatus «zum dritten Mal zu ihnen: Was hat denn dieser Böses getan? Ich habe nichts an ihm gefunden, was den Tod verdient (οὐδὲν αἴτιον θανάτου εὔρον ἐν αὐτῷ); darum will ich ihn schlagen lassen und losgeben. Aber sie setzten ihm zu mit großem Geschrei und forderten, dass er gekreuzigt würde. Und ihr Geschrei nahm überhand. Und Pilatus urteilte, dass ihre Bitte erfüllt werde (καὶ Πιλάτος ἐπέκρινεν γενέσθαι τὸ αἴτημα αὐτῶν)» (Lk 23,22–24).

Im Johannesevangelium bekennt Pilatus auch *dreimal* Jesu Unschuld, schlägt jedoch nicht vor ihn freizulassen, sondern will ihn stattdessen an die jüdische Jurisdiktion verweisen. Noch vor dem Verhör bietet er den jüdischen Führern an: «So nehmt ihr ihn hin und richtet ihn nach eurem Gesetz» (Joh 18,31), woraufhin diese auf ihre mangelnde Kompetenz zu einer Hinrichtung verweisen. Daher verhört Pilatus Jesus zwar, erklärt aber im Anschluss daran: «Ich finde keine Schuld an ihm (ἐγὼ οὐδεμίαν εὐρίσκω ἐν αὐτῷ αἰτίαν)» (Joh 18,38). Hieran schließt sich die Barabbas-Szene und die Verspottung Jesu durch die römischen Soldaten an, welche in die dritte Unschuldserklärung Jesu mündet, die mit Joh 19,4 beginnt: «Da ging Pilatus wieder hinaus und sprach zu ihnen: Seht, ich führe ihn

3 Innerhalb des Neuen Testaments findet sich die Handwaschung des Pilatus ausschließlich in der Passionserzählung des Matthäus. Vielleicht geht die Szene auf den Evangelisten zurück, da sie zugleich die Klimax seiner Pilatuserzählung darstellt.

heraus zu euch, damit ihr erkennt, dass ich keine Schuld an ihm finde (ἵνα γινώτε ὅτι οὐδεμίαν αἰτίαν εὐρίσκω ἐν αὐτῷ). (...) Als ihn die Hohenpriester und die Knechte sahen, schrien sie: Kreuzige! Kreuzige (σταύρωσον σταύρωσον)! Pilatus spricht zu ihnen: Nehmt ihr ihn hin und kreuzigt ihn, denn ich finde keine Schuld an ihm (λάβετε αὐτὸν ὑμεῖς καὶ σταυρώσατε· ἐγὼ γὰρ οὐχ εὐρίσκω ἐν αὐτῷ αἰτίαν)» (Joh 19,4. 6). Als die Juden dies verweigern, kommt es zu einem weiteren Gespräch zwischen Jesus und Pilatus, woraufhin der Statthalter den Angeklagten freilassen will. Auf eine neuerliche Intervention der Juden und die Vergewisserung des Statthalters, ob er Jesus kreuzigen soll, «überantwortete er [i. e. Pilatus] ihnen Jesus, dass er gekreuzigt würde (παρέδωκεν αὐτὸν αὐτοῖς ἵνα σταυρωθῆ)» (Joh 19,16).

Im apokryphen Petrusvangelium wird der Hinrichtungs- bzw. Auslieferungsbefehl nicht vom Statthalter, sondern von dem jüdischen König Herodes Antipas erteilt: «Und da befahl der König Herodes, den Herrn abzuführen, und sagte zu ihnen: «Was ich euch befohlen habe, an ihm zu tun, das tut» (EvPetr 2).<sup>4</sup> Pilatus tritt diesem gegenüber sogar als Bittsteller für ein ordentliches Begräbnis Jesu auf: «Und Pilatus schickte zu Herodes und bat um seinen Leichnam» (EvPetr 4). Zu Beginn des uns erhaltenen Fragments des Petrusvangeliums heißt es: «Von den Juden aber reinigte keiner die Hände, weder Herodes noch einer seiner Richter. Und als sie sich nicht reinigen wollten, erhob sich Pilatus» (EvPetr 1).<sup>5</sup> Hierbei dürfte es sich um eine bewusste Variation der matthäischen Handwaschungsszene handeln.

Bereits dieser kurze Überblick lässt erkennen, warum die genauen (rechts-)historischen Umstände des Prozesses Jesu bis heute kontrovers diskutiert werden. Viele der offenen Fragen sind nämlich durch die Quellenlage begründet, insofern die Hauptzeugen für die Rekonstruktion des Verfahrens gegen Jesus die neutestamentlichen Evangelien sind. Diese wurden aber erst im Abstand von mehreren Jahrzehnten zu den berichteten Ereignissen abgefasst, und zwar nicht mit der Absicht, der Nachwelt als

4 Übersetzung nach Kraus/Nicklas, 2004, S. 33.

5 Vgl. zur Pilatusdarstellung des Petrusvangeliums Omerzu (2007).

historische Quellen zu dienen, sondern vielmehr, um den eigenen Zeitgenossen eine theologische Interpretation des Schicksals Jesu zu bieten. Zusätzliche Schwierigkeiten entstehen dadurch, dass nur spärliche nicht-christliche Notizen zu den Begebenheiten unter Pontius Pilatus vorliegen und die Rechtsgeschichte der frühen Kaiserzeit grundsätzlich mit vielen Unsicherheiten behaftet ist. Die vielleicht größte Herausforderung für die Beschäftigung mit dem Prozess Jesu stellt schließlich die verhängnisvolle Wirkungsgeschichte dar, die (vor allem) dessen christliche Rezeption über 2000 Jahre hinweg zunächst in Gestalt des antiken Antijudaismus und schließlich in Form des modernen Antisemitismus entfaltet hat. In diesem Zuge wurden «die Juden» kollektiv des «Gottesmordes» bezichtigt – so erstmals durch Melito von Sardes in der zweiten Hälfte des 2. Jahrhunderts n. Chr. (Passahomilie §§ 93–96 [SC 123, 114–117]). Gleichzeitig wurde die Verantwortung der Römer zunehmend herunter gespielt, eine apologetische Tendenz, welche die Eingangszitate bereits angezeigt haben und auf die zurückzukommen ist.

Im Folgenden werde ich zunächst der Problematik der Quellen und ihrer Bewertung nachgehen, um auf dieser Grundlage die rechtlichen «Grundpfeiler» des Prozesses Jesu zu rekonstruieren und abschließend die Frage nach der «Schuld» am Tod Jesu zu erörtern.

## II. Die Quellenlage

### II.1 Christliche Quellen

Als wichtigste Quellen für die Rekonstruktion des Prozesses Jesu gelten, wie bereits erwähnt, die vier neutestamentlichen Evangelien, von denen dem Markusevangelium (vgl. Mk 14,53–15,20) als dem vermutlich ältesten im Allgemeinen die höchste historische Glaubwürdigkeit zugesprochen wird, auch wenn die Einschätzungen hier im Einzelnen weit auseinander gehen (vgl. Oberlinner, 2004, S. 277 f.; Theißen/Merz, 1996, S. 392 f.) und die Mehrheit der Forschung von einer umfangreichen Bearbeitung älterer Traditionen durch den Evangelisten ausgeht. Das Markusevangelium ist nach

gängiger Auffassung um 70 n. Chr. herum abgefasst worden, d. h. also erst ca. 40 Jahre nach dem Tod Jesu, wobei der Evangelist gewiss etliche ältere Traditionen aufgegriffen haben dürfte. Die markinische Darstellung wird etwa zehn bis zwanzig Jahre später von Matthäus und vermutlich auch von Lukas (dazu Reinbold, 2006, S. 26 f.) vorausgesetzt, dabei allerdings umfassend überarbeitet und durch weitere Traditionen ergänzt (z. B. Mt 27,3–10, 24–26, 62–66; Lk 22,54, 63–71; 23,1–25).

Eine Sonderstellung nimmt das Johannesevangelium ein, das nach verbreiteter Meinung als das jüngste Evangelium gilt. Es ist vermutlich um das Jahr 100 n. Chr. entstanden und weist einen weiter fortgeschrittenen Grad theologischer Reflexion auf. Ob Johannes grundsätzlich, besonders aber in der Passionsdarstellung von einem oder mehreren der älteren Evangelien abhängig ist, wird kontrovers diskutiert (vgl. Reinbold, 2006, S. 28–30) und kann hier nicht näher entfaltet werden.

Trotz erheblicher Unterschiede im Detail stimmen die vier kanonischen Evangelien im Wesentlichen darin überein, dass Jesus auf Veranlassung hochrangiger Juden unter Anführung des Hohenpriesters verhaftet und von dieser Gruppe verhört wurde. Sie befanden ihn des Todes schuldig und verklagten ihn vor Pontius Pilatus wegen Unruhestiftung und widerrechtlicher Anmaßung des Königstitels. Der römische Statthalter hielt Jesus zwar für unschuldig und erließ keinen Schuldspruch, beugte sich aber dem Drängen der jüdischen Ankläger und ließ ihn daher kreuzigen.

Insgesamt gilt, dass die Texte mit voranschreitender Zeit eine immer deutlichere Tendenz aufweisen, die römische Seite zu *entlasten* und die jüdische Seite zu *belasten*, indem die Verantwortung am Tod Jesu «den» Juden – und d. h. *allen* Juden!<sup>6</sup> – zugeschrieben wird. Im Markusevangelium etwa ist die Begegnung zwischen Jesus und Pilatus noch relativ kurz (Mk 15,1–15) und enthält keine direkte Unschuldserklärung; es heißt ledig-

<sup>6</sup> Zwar ist diese Tendenz bereits im ältesten neutestamentlichen Schreiben, dem 1. Thessalonicherbrief zu erkennen, wo Paulus etwa im Jahr 49/50 n. Chr. den Juden vorwirft, sie «haben den Herrn Jesus getötet und die Propheten und haben uns verfolgt und gefallen Gott nicht und sind allen Menschen feind» (1 Thess 2,15). Es ist jedoch sehr zweifelhaft, ob diese polemische Auslassung des Apostels für eine rechtshistorische Rekonstruktion des Prozesses Jesu ausgewertet werden kann (Reinbold, 2006, S. 30–32, S. 129 f.).

lich am Schluss: «Pilatus aber wollte dem Volk zu Willen sein und gab ihnen Barabbas los und ließ Jesus geißeln und überantwortete ihn, dass er gekreuzigt werde (καὶ παρέδωκεν τὸν Ἰησοῦν φραγελλώσας ἵνα σταυρωθῆ)» (Mk 15,15).

Die apokryphen Texte, die vom Prozess Jesu handeln – z. B. das bereits erwähnte Petrus-evangelium aus dem 2. Jahrhundert n. Chr. und die Pilatusakten, die ab Mitte des 4. Jahrhunderts n. Chr. belegt sind –, führen die aufgezeigte Tendenz fort. Sie setzen dabei aber wahrscheinlich die kanonischen Erzählungen *literarisch* voraus und enthalten daher keine über diese hinausgehenden *historisch* auswertbaren Informationen,<sup>7</sup> obwohl vermeintliche Augenzeugen und lange Passagen wörtlicher Rede den Anschein historischer Authentizität verleihen wollen. So gehen die *Acta Pilati* nach ihrem Selbstzeugnis angeblich auf hebräische Aufzeichnungen zurück, die Nikodemus nach dem Tod Jesu angefertigt hat (Reinbold, 2006, S. 52).

## II.2 Außerchristliche Quellen

Obwohl uns nur wenige nichtchristliche Quellen für den Tod Jesu vorliegen, sind diese doch insofern wichtig für die historische Rekonstruktion, als sie ein selbständiges Zeugnis von Eckpunkten des Prozesses Jesu liefern.

Die älteste außerchristliche Nachricht über den Tod Jesu ist vermutlich das sog. «*Testimonium Flavianum*» (Jos. Ant. 18,63f.) in den etwa 93/94 n. Chr. veröffentlichten *Antiquitates Judaicae* (Jüdische Altertümer) des jüdischen Historikers Flavius Josephus. Allerdings ist umstritten, ob die Textpassage authentisch oder interpoliert ist bzw. inwieweit sie nachträglich christlich überarbeitet wurde (vgl. Bienert [1990]; Theißen/Merz, 1996, S. 74–82; Sänger, 1999, S. 19–23). Der Abschnitt lautet:

«Zu dieser Zeit lebte Jesus, ein weiser Mann, wenn man ihn überhaupt einen Mann nennen darf. Er war nämlich ein Vollbringer unglaublicher Taten und ein Lehrer der Menschen, die mit Freude das Wahre (in sich) aufnehmen. Und er zog viele Juden

und viele (Menschen) griechischer Art an. *Dieser war der Christus*. Und obgleich ihn Pilatus auf Anzeige unserer vornehmsten Männer hin mit dem Kreuzestod bestraft hatte, ließen die, die ihn zuvor geliebt hatten, von ihrer Liebe zu ihm nicht ab. *Denn er erschien ihnen am dritten Tag wieder lebend wie die göttlichen Propheten dies und tausend andere wunderbare Dinge über ihn verkündet hatten*. Und noch heute ist das Geschlecht der Christen, die sich nach ihm nennen, nicht verschwunden.» (Jos. Ant. 18,63 f.; Übersetzung nach Bienert [1990]; Kursivierung möglicher christlicher Überarbeitung durch die Verf.)

Geht man nicht von einer vollständigen Interpolation der Passage aus, zieht aber die eindeutig christlichen Zusätze ab bzw. rechnet mit einer ursprünglich «neutralen» Fassung<sup>8</sup>, die der Kontext verlangt, scheint Josephus zumindest gewusst zu haben, dass Jesus von führenden Kreisen der Juden vor Pilatus angeklagt und von dem römischen Statthalter zum Kreuzestod verurteilt wurde.

Um das Jahr 116/117 n. Chr. erwähnt der römische Historiker P. Cornelius Tacitus in seinen *Annalen* im Zusammenhang der Christenverfolgung unter Nero, dass ein gewisser «Christus unter Tiberius von dem Prokurator Pontius Pilatus hingerichtet worden war (*Christus Tiberio imperitante per procuratorem Pontium Pilatum supplicio adfectus erat*)» (Tac. Ann. 15,44). Obwohl uns die Quellen des Tacitus nicht bekannt sind und zumindest die Auskunft, Pontius Pilatus sei *Prokurator* gewesen (sein offizieller Titel war Präfekt, s. u.), falsch ist, dürfte hiermit ein weiteres nichtchristliches Zeugnis für die Hauptverantwortung der Römer am Tod Jesu vorliegen.

Kaum für die Rekonstruktion des Prozesses Jesu auswertbar ist hingegen eine Episode im babylonischen Talmud (bSanh 43a), bei der unter anderem nicht sicher auszumachen ist, ob an der Stelle überhaupt Jesus von Nazareth gemeint ist,<sup>9</sup> und wo zudem von einem Tod durch Erhängung nach einer Steinigung die Rede ist (vgl. Theißen/Merz, 1996, S. 82 f.; Reinbold, 2006, S. 38 f.).<sup>10</sup>

8 Wie z. B. «er wurde Christus genannt» statt «dieser war Christus»; vgl. für weitere Beispiele Theißen/Merz, 1996, S. 80.

9 Die Stelle handelt von einem gewissen «Jeschu», der nur in einer spät zu datierenden Handschrift mit Jesus von Nazareth identifiziert wird.

10 Vgl. für weitere außerchristliche Belege Kuhn, 1982, S. 654–669.

7 Anders Crossan, 1995, S. 38–41, S. 269 f., welcher im Petrus-evangelium die älteste Schicht der Passionsüberlieferung bewahrt sieht, was jedoch von der Mehrheit der Forschung nicht geteilt wird. Zu den *Acta Pilati* vgl. Röder, 2010, Abschnitt 4.

### III. Historische Eckpunkte des Prozesses Jesus

Aufgrund der zuvor skizzierten Quellenlage kann wohl als historisch gesichert gelten, dass Jesus etwa im Jahr 30 n. Chr. (vgl. zur Chronologie Theißen/Merz, 1996, S. 154) unter Pontius Pilatus in Jerusalem gekreuzigt wurde.<sup>11</sup> Pilatus war von 26 bis 36/37 n. Chr. Statthalter der römischen Provinz Judäa und trug den offiziellen Titel *praefectus Iudaeae*. Die antiken Quellen stellen ihm ein negatives Zeugnis als Statthalter aus (Rosen, 1991, S. 50–55); er wurde letztlich aufgrund von Beschwerden über seine Amtsführung vorzeitig aus dem Amt abgesetzt (Schwartz [2003]). Sowohl die Kreuzesstrafe als auch die Verurteilung durch Pilatus werden übereinstimmend von den ältesten christlichen sowie von den oben erwähnten nichtchristlichen Quellen bezeugt. Die Kreuzigung war in der frühen Kaiserzeit eindeutig eine *römische* Todesstrafe, die im Falle von schweren Verbrechen bei Sklaven und Peregrinen angewendet wurde, die nicht der Oberschicht angehörten (Kuhn [1982]; Heid, 2006, S. 1099 f.); durch Josephus ist diese Praxis auch für Palästina in der Zeit der römischen Oberherrschaft belegt (z. B. Jos. Ant. 17,295; Bell. 2,253). Das jüdische Strafrecht sah demgegenüber als reguläre Todesstrafe die Steinigung vor (vgl. Ex 22,27; Lev 24,10–16; Dtn 13,7–12; 17,7 u.ö.), wohingegen die Kreuzigung als eine Zusatzstrafe im Sinne religiöser Verfluchung galt (Dtn 21,23; vgl. Heid, 2006, S. 1100). Im Rahmen des Römischen Rechts war es üblich, dass einer Kreuzigung – wie dies im Fall Jesu auch die Evangelien schildern – eine Geißelung als Nebenstrafe vorausging (Miglietta, 2004, S. 245).

Über diese wenigen sicheren Angaben zu den Umständen des Todes Jesu hinaus gibt es viele umstrittene Punkte, auf die im Folgenden eingegangen werden soll.

<sup>11</sup> Kuhn, 1982, S. 654 bezeichnet die Kreuzigung zu Recht als das «historisch gesichertste Ereignis» im Blick auf die Frage nach dem historischen Jesus.

### IV. Strittige Aspekte des Prozesses Jesu

#### IV.1 Anlass der Verhaftung und Anklagegegenstand

Die Kreuzigung Jesu weist auf einen römischen Urteilsspruch hin, der wiederum die Verurteilung aufgrund eines aus der Perspektive des Römischen Rechts strafbaren Delikts voraussetzt (s. u.). In den Provinzen war der Statthalter nicht nur für alle administrativen und militärischen Angelegenheiten, sondern insbesondere auch für die Rechtspflege zuständig, wobei das oberste Anliegen die Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung war. Spätestens seit der ausgehenden Republik waren die Provinzstatthalter (ebenso wie die römischen Magistrate überhaupt) dazu verpflichtet, in einem Edikt die Rechtssätze bekannt zu geben, die sie in ihrer Amtszeit anwenden wollten und die dann für sie bindend sein würden (Wenger, 1953, S. 410–414; Giovannini/Grzybek, 2008, S. 41 f.). Die Grundlage dafür bildeten in der frühen Kaiserzeit u. a. die Senatsbeschlüsse und die kaiserlichen Edikte und Reskripte. Konkrete zeitgenössische Beispiele liegen uns u. a. aus Nordafrika (Kyrenaika und Ägypten), jedoch nicht aus Palästina vor.

Es ist möglich, aber nicht wahrscheinlich, dass die römischen Behörden von sich aus auf Jesus aufmerksam wurden und ihn, etwa wegen eines Staatsverbrechens wie z. B. Hochverrat, verhafteten und verurteilten. Gegen diese These spricht allerdings, dass bereits die ältesten Quellen einhellig von einer Initiative zur Verhaftung bzw. Ergreifung Jesu von Seiten führender Juden ausgehen. Dabei lassen sich jedoch über deren Motivation nur Vermutungen anstellen, zumal die nichtchristlichen Zeugen gänzlich darüber schweigen. Als Grundlagen für solche Spekulationen können vor allem die Notizen über den Todesbeschluss (Mk 14,1; Joh 11,47 ff.), über die Verhaftung Jesu (Mk 14,42–53par; Joh 18,1–13) sowie über das Verhör bzw. den Prozess Jesu vor dem Hohen Rat (Mk 14,54–72par; Joh 18,12–14, 19–24) dienen.

Infolge Mk 14,55–64 beschuldigten die Vertreter des Synhedriums, d. h. des Hohen Rates, welcher auch als oberste jüdische Gerichtsinstanz fungierte, Jesus der Prophetie gegen den Tempel und der widerrechtlichen Anmaßung des Messiasitels. Die Mehrheit der Forschung nimmt an, dass

sich hierin im Kern der historische Anlass für Jesu Ergreifung und seine spätere Anklage widerspiegelt. Mit dem Vorwurf des Vergehens gegen den Tempel könnte das doppelte Interesse der Priesteraristokratie verbunden sein, einerseits einen Statusverlust sowie andererseits Unruhen im Jerusalemer Heiligtum zu vermeiden. Eine entsprechende Szenerie schildern Mk 11,15–18par und Joh 2,14–22 im Zusammenhang der Tempelaktion Jesu. Auch die Infragestellung des Messiasanspruches Jesu von Seiten der jüdischen Führer könnte mit dem Bemühen, die politische Stabilität aufrechtzuerhalten, zusammengehangen haben. Dass Jesus – vermutlich ohne dies selbst explizit zu vertreten – mit seinem Auftreten messianische Erwartungen geweckt hat, ist nicht unwahrscheinlich und eine *politisch-königliche* Deutung der Messias- oder Christusvorstellung wäre durchaus geeignet gewesen, ihn bei den Römern etwa wegen Widerstands gegen den Kaiser anzuklagen. In diese Richtung weisen auch die Pilatusfrage «Bist du der König der Juden? (σὺ εἶ ὁ βασιλεὺς τῶν Ἰουδαίων;» (Mk 15,2par) sowie die Kreuzesinschrift mit dem Schuldspruch «Der König der Juden (ὁ βασιλεὺς τῶν Ἰουδαίων)» (Mk 15,26par; Joh 19,19), worauf noch zurückzukommen sein wird. Eine Mindermeinung geht allerdings auch von der umgekehrten Annahme aus, dass die jüdische Obrigkeit durch ihr Eingreifen Jesus ganz und gar nicht belasten, sondern vielmehr vor einem römischen Verfahren *bewahren* wollte (so Cohn [2001]; zustimmend E. Stegemann, 2002, S. 39 f.; ablehnend Oberlinner, 2004, S. 279). Damit sind wir bei der Frage einer jüdischen Beteiligung angelangt.

#### IV.2 Jüdische Beteiligung am Prozess

Während die meisten Forscher von einer *gewissen* Mitwirkung jüdischer Instanzen am Prozess Jesu ausgehen, werden die Grenzen und Möglichkeiten dieser Beteiligung kontrovers diskutiert (vgl. für verschiedene jüdische Positionen Kurth, 1998, S. 47–50). Das Spektrum reicht hier von einer uneingeschränkten jüdischen Kapitalgerichtsbarkeit in *religiösen* Angelegenheiten (z. B. Juster, 1914, S. 132–142; Winter, 1961, S. 75–90; Cohn, 2001, vgl. den Überblick bei Giovannini/Grzybek, 2008, S. 11 f.), über die

Annahme eines offiziellen Todesbeschlusses durch den Hohen Rat, der lediglich von Pilatus *vollstreckt* wurde (so z. B. Blinzler, 1969, S. 229–232; Brown, 1994, S. 371 f.), bis hin zu einem ausschließlich römischen Prozess (Fricke [1987]; Stegemann [1998]).<sup>12</sup>

Maßgeblich für die einschlägige Diskussion ist nicht zuletzt die sozial- und rechtsgeschichtliche Beurteilung der juristischen Kompetenz lokaler Behörden im Imperium Romanum. Seitdem Judäa im Jahr 6 n. Chr. zur römischen Provinz erklärt wurde, oblag die Kapitalgerichtsbarkeit den Römern, genauer gesagt wurde sie vom jeweiligen Kaiser an den Statthalter übertragen (s. u.). Allerdings ist strittig, ob dem Synhedrium in begründeten Ausnahmefällen, die den Tempel betrafen (u. a. auch Prophetie gegen den Tempel, vgl. Jos. bell. 6, 300–305), nicht doch das Recht zustand, ein Todesurteil zu verhängen, das anschließend von den Römern vollstreckt wurde (vgl. Müller [1988]; Omerzu, 2002, S. 349 f.). Ein derartiges Privileg könnte von Seiten der Römer durch das Anliegen begründet sein, durch die Anerkennung der Autonomie des Jerusalemer Tempels das politische Gleichgewicht im Land zu wahren.

Darüberhinaus wird die Frage diskutiert, inwiefern der in den Evangelien zugrunde gelegte Prozessablauf mit *jüdischem* Recht vereinbar war (dazu bes. Blinzler, 1969, S. 197 ff.; Brown, 1994, S. 357 ff.). Mögliche Widersprüche sind u. a. z. B. darin zu erkennen, dass die Verhandlung Jesu in der Nacht, an einem Feiertag und im Privathaus des Hohenpriesters stattfand (Mk 14,12.54), was alles nach dem späteren, rabbinischen Recht der Mischna nicht zulässig war. Allerdings ist ungewiss, welche dieser Regelungen bereits zur Zeit Jesu in Kraft waren oder ob es Ausnahmeregelungen bzw. Fälle von Verstößen gegen dieses Recht gab.

Die Mehrheit der Forschung geht daher gegenwärtig davon aus, dass kein förmlicher Prozess vor dem Synhedrium stattgefunden hat, sondern allenfalls eine Voruntersuchung zur «Findung einer politisch u. juristisch tragfähigen Anklage (...) vor dem röm. Statthalter» (Mikat, 1999, S. 676; vgl. Klausner, 1952, S. 463–465).

<sup>12</sup> Vgl. für eine knappe Zusammenfassung der Diskussion Säger, 1999, S. 6–9.

### IV.3 Das Verfahren

Es ist unstrittig, dass Pontius Pilatus als römischer Präfekt von Judäa das *ius gladii* (Kapitalrecht) über Nichtrömer (Peregrine) besaß, und darüber hinaus ist es sehr wahrscheinlich, dass er diese Befugnis nicht an Dritte, konkret das Synhedrium, übertragen konnte (vgl. D. 1,16,4,6; D. 1,16,5; D. 1,16,6,1,21; 4. Edikt von Kyrene [Ehrenberg/Jones, Z. 63–68]). Denn selbst wenn eine vollständige Delegation von Kapitaldelikten an lokale Gerichte gelegentlich vorgekommen sein mag (so z. B. Giovannini/Grzybek, 2008, S. 45–56) – was an sich bereits unsicher ist –, so ist ein solches Vorgehen für die wiederholt von heftigen antirömischen Aufständen gezeichnete Provinz Judäa mit großer Wahrscheinlichkeit auszuschließen. Die Vollstreckung des Todesurteils oblag also – entgegen dem Zeugnis des Petrus-evangeliums – Pilatus.

Unklar ist allerdings, ob Pilatus den Fall Jesu im Rahmen eines sog. Koerzitionsverfahrens, d. h. einer Zwangsmaßnahme zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, oder vielmehr im Zuge eines Prozesses mit förmlichem Urteil entschieden hat. Im letzteren Fall wäre in der Provinz Judäa wohl nicht das «ordentliche», sondern ein «außerordentliches» Verfahren angewandt worden (eine sog. *cognitio extra ordinem*; vgl. Sherwin-White, 1963, S. 24–47). Im Rahmen seiner Befugnisse stand es dem Statthalter in gewissen Fällen vermutlich zu, den Angeklagten freizulassen oder zu begnadigen (so Mikat, 1999, S. 677; anders Reinbold, 2006, S. 117f.), wohingegen die Praxis einer (regelmäßig angewandten) Passaamnestie durch *keine* nichtchristliche Quellen belegt ist. Daher ist die Barabbas-Szene (Mk 15,6–14; Joh 18,38–40; 19,6.15) mit hoher Wahrscheinlichkeit als unhistorisch anzusehen (gegen Miglietta, 2004, S. 245). Sie dürfte der Tendenz entspringen, die Verantwortung der Juden am Tode Jesu zu betonen, insofern die Amnestie impliziert, dass die jüdischen Vertreter die Wahl hatten, an Jesu Stelle den «eigentlichen» Verbrecher, den Räuber Barabbas, hinrichten zu lassen und sich dagegen entschieden.

### IV.4 Der Urteilsspruch

Sowohl Jesu Verhör durch Pilatus (vgl. bes. Mk 15,2; Joh 18,33–37) als auch der bereits erwähnte Kreuzestitulus, der infolge Mk 15,26; Joh 19,19 «Der König der Juden» lautete, deuten darauf hin, dass der römische Statthalter Jesus der widerrechtlichen Anmaßung der Königswürde beschuldigte. Zwar gibt es keine außerchristlichen Belege für die Praxis, die Urteilsbegründung direkt am Kreuz anzubringen, wie es die Evangelien schildern, doch ist bezeugt, dass der Schuldspruch auf einer Tafel vermerkt und dem Delinquenten umgehängt oder vorangetragen werden konnte (vgl. Sueton, Cal. 32,2; Dom. 10,1; Dio Cassius 54,3,7; gegen Reinbold, 2006, S. 91–95).<sup>13</sup> Jesu Reaktion auf die Pilatusfrage «Bist du der König der Juden?» wird unterschiedlich gedeutet (vgl. Mikat, 1999, S. 677): Sowohl eine positive Antwort (Mk 15,2: «Du sagst es»); allerdings ist diese Deutung strittig) als auch sein Schweigen (Mk 15,5) hätten zur Verurteilung geführt, indem sie nämlich entweder als Geständnis oder Widerspenstigkeit (*contumacia*; s. dazu Rosen, 1988, S. 139–141) gewertet werden konnten.

Enthalten die Pilatusfrage und der *titulus crucis* einen historischen Kern, so lautete der – uns nicht überlieferte – Urteilsspruch des Pilatus vermutlich entweder auf schweren Landesverrat (*perduellio*) oder auf ein Majestätsdelikt (*crimen maiestatis imminutae* bzw. *crimen laesae maiestatis*), welche in der frühen Kaiserzeit ohnehin eng miteinander verwandt waren. Entscheidend ist jedoch, dass beide Delikte mit dem Tode, im Falle des Nichtrömers Jesus also mit dem Kreuz bestraft wurden.

<sup>13</sup> Der einzige Beleg, bei dem die Strafform eine Kreuzigung ist, findet sich in Dio Cass 54,3,7 (2./3. Jahrhundert, doch Vorfall unter Augustus): «den anderen aber, den Verräter, ließ er durch die Mitte des Forums mit einer Aufschrift, die den Grund seiner Verurteilung zum Tod angab, abführen und danach kreuzigen». Vgl. Suet. Cal. 32,2: «wobei man ihm eine Tafel voran trug, die den Grund der Strafe angab»; Dom. 10,1: «Einen Familienvater, der über einen Thraker geäußert hatte, er sei wohl dem Gladiator, nicht aber dem Veranstalter des Gladiatorenspiels gewachsen, ließ er mitten beim Spiel aus der Zuschauermenge herausholen, in die Arena schleppen und mit der Aufschrift auf einer Tafel: „Ein Rundschildmann, der gottlos geredet hat.“ den Hunden zum Fraß vorwerfen» (Übers. nach Wittstock, Sueton). Eine öffentliche Bekanntgabe des Todesgrundes begegnet auch in der rabbinischen Tradition; vgl. z. B. mSan VI 1e; XI 3; bSan 89a.

## V. Schlussfolgerung oder: Die Frage nach der Schuld am Tod Jesu

Bei aller Unsicherheit, die jedwede historische Rekonstruktion in sich birgt, ist abschließend festzuhalten, dass der Prozess Jesu im Spiegel des Römischen Rechts – ungeachtet einer möglichen jüdischen Beteiligung – ein *römisches* Strafverfahren darstellte. Dies zeigen vor allem die Hinrichtungsform der Kreuzigung und die Beteiligung des Pontius Pilatus als Richter. Wolfgang Stegemann bemerkt daher zu Recht: «Jesu Schicksal ... kann nicht erklärt werden ohne die entscheidende Verantwortung des römischen Statthalters» (1998, S. 20). Pilatus allein besaß die Entscheidungsgewalt, über Leben oder Tod des Angeklagten Jesus von Nazareth zu bestimmen, und er allein besaß die Kompetenz, ihn hinrichten zu lassen. Ob dies im Einklang mit den Interessen der jüdischen Führungsschicht geschah oder nicht, ist daher juristisch völlig irrelevant. Das im Titel des Vortrags zitierte Pilatuswort «Ich bin unschuldig an seinem Blut» kann und darf daher nur als theologische, nicht als historische Aussage bewertet werden. Auf der Grundlage einer solchen Differenzierung muss daher auch der unseligen und folgenschweren Beschuldigung «der Juden» als «Gottesmörder» aufs Schärfste widersprochen werden. Dieser Vorwurf entspringt einer tendenziösen Deutung des Schicksals Jesu, welche ihren Ausgangspunkt bereits im Neuen Testament nimmt, etwa durch die verallgemeinernde Rede von «den Juden» (Joh 8,44; 19,15) oder den undifferenzierten Ausdruck «die Volksmenge» (Mk 15,8) bzw. das «ganze Volk» (Mt 27,25). Die Gründe und Motivation für die antijüdische Polemik und romfreundliche Apologetik frühchristlicher Texte lassen sich gewiss zum Teil historisch erklären, etwa durch die Trennungsprozesse zwischen Christen und Juden, die u. a. einen Konkurrenzkampf um «Anerkennung, Mitglieder und Einfluss» (Reinbold, 2006, S. 159) und um den Schutz durch Rom bedingten, – doch gehören diese Aspekte zur Wirkungsgeschichte des Prozesses Jesu, nicht zu dessen Ursachen oder Bedingungen. Hinsichtlich der theologischen Frage nach der «Schuld» am Schicksal Jesu bemerkt Stegemann zu Recht: «Die mit dem Tode Jesu verbundene Verkündigung des christlichen Glaubens, in der die

Lebenshingabe Jesu Christi als Befreiung von der Sünde ausgesagt wird, bedarf nicht der Behauptung einer jüdischen Schuld» (1998, S. 21). Aus rechtshistorischer Perspektive ist die Rede von «Schuld» ohnehin unangemessen. Soweit die Texte erkennen lassen, hat Pontius Pilatus im Rahmen der römischen Rechtsordnung legitim gehandelt und ist somit für den Tod Jesu in seiner Funktion als Statthalter verantwortlich.

## Literaturverzeichnis

- Bienert, Wolfgang A. (1990). Jesu Wirken und Leiden 1. Das Zeugnis des Josephus (Testimonium Flavianum). In W. Schneemelcher (Hg.), *Neutestamentliche Apokryphen in deutscher Übersetzung* (Bd. 1) (S. 387–389). Tübingen.
- Blinzler, Josef (1969). *Der Prozess Jesu* (4. Aufl.). Regensburg.
- Brown, Raymond E. (1994). *The Death of the Messiah. From Gethsemane to the Grave. A Commentary on the Passion Narratives in the Four Gospels* (Bd. 1). London.
- Chilton, Bruce (1997). The Trial of Jesus Reconsidered. In B. Chilton/C. A. Evans (Hg.), *Jesus in Context. Temple, Purity and Restoration* (S. 481–500). Leiden.
- Cohn, Chaim (2001). *Der Prozeß und Tod Jesu aus jüdischer Sicht* (aus dem Engl. von Ch. Wiese/H. Liron). Frankfurt (orig.: *The Trial and Death of Jesus*. New York [1967]).
- Crossan, John D. (1999). *Wer tötete Jesus? Die Ursprünge des christlichen Antisemitismus in den Evangelien*. München (orig.: *Who Killed Jesus? Exposing the Roots of Anti-Semitism in the Gospel Story of the Death of Jesus*. San Francisco [1996]).
- Fricke, Weddig (1987). *Standrechtlich gekreuzigt. Person und Prozeß des Jesus aus Galiläa* (2. Aufl.). Buchschlag b. Frankfurt.
- Giovannini, Adalberto/Grzybek, Erhard (2008). *Der Prozess Jesu: Jüdische Justizautonomie und römische Strafgewalt. Eine philologisch-verfassungsgeschichtliche Studie*. München.



- Häfner, Georg (2002). Nach dem Tod Jesu fragen. Brennpunkte der Diskussion aus neutestamentlicher Sicht. In G. Häfner/H. Schmid (Hg.), *Wie heute vom Tod Jesu sprechen? Neutestamentliche, systematisch-theologische und liturgiewissenschaftliche Perspektiven* (S. 139–190). Freiburg.
- Heid, Stefan (2006). Art. Kreuz. *RAC* 21, S. 1100–1148.
- Kertelge, Karl (Hg.) (1988). *Der Prozeß gegen Jesus. Rückfrage und theologische Deutungen*. Freiburg.
- Klausner, Joseph (1952). *Jesus von Nazareth. Seine Zeit, sein Leben und seine Lehre* (2. Aufl.). Jerusalem.
- Kraus, Thomas J./Nicklas, Tobias (Hg.) (2004). *Neutestamentliche Apokryphen. Bd. 1: Das Petrus-evangelium und die Petrusapokalypse*. Berlin/New York.
- Kuhn, Heinz-Wolfgang (1982). Die Kreuzesstrafe während der frühen Kaiserzeit. Ihre Wirklichkeit und Wertung in der Umwelt des Urchristentums. In H. Temporini/W. Haase (Hg.), *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt* (Bd. II 25,1) (S. 648–793). Berlin/New York.
- Kurth, Christina (1998). Der Prozeß Jesu aus der Sicht jüdischer Forscher. Überlegungen zum Vorwurf der Schuld der Juden am Tod Jesu, *Kirche und Israel* 13, S. 46–58.
- Miglietta, Massimo (2004). Römisches Strafrecht. In K. Erlemann/K. L. Noethlich (Hg.), *Neues Testament und Antike Kultur Bd.1: Prolegomena – Quellen – Geschichte* (S. 239–246). Neukirchen-Vluyn.
- Mikat, Paul (1999). Art. Prozeß Jesu II. Rechtsgeschichtlich. *Lexikon für Theologie und Kirche* (3. Aufl.) (Band 8), S. 676–678.
- Müller, Kurt (1988). Möglichkeit und Vollzug jüdischer Kapitalgerichtsbarkeit im Prozeß gegen Jesus von Nazareth. In K. Kertelge (Hg.), *Der Prozeß gegen Jesus. Historische Rückfrage und Theologische Deutung* (S. 41–83). Freiburg.
- Oberlinner, Lorenz (2004). Der Weg Jesu zum Leiden. In L. Schenke (Hg.), *Jesus von Nazareth – Spuren und Konturen* (S. 275–318). Stuttgart.
- Omerzu, Heike (2002). *Der Prozeß des Paulus. Eine exegetische und rechts-historische Untersuchung der Apostelgeschichte*. Berlin/New York.

- Omerzu, Heike (2011). Art. Prozess Jesu. [Online im Internet]. Verfügbar im Internet: <http://www.bibelwissenschaft.de/nc/wibilex/das-bibellexikon/details/quelle/WIBI/referenz/53903/cache/b06a57ba29c698f0d44d6097124eafd2/> [Datum des Zugriffs (2011-11-15)].
- Omerzu, Heike (2007). Die Pilatusgestalt im Petrus-evangelium. Eine erzählanalytische Annäherung. In T. J. Kraus/T. Nicklas (Hg.), *Das Evangelium nach Petrus. Texte, Kontexte, Intertexte* (S. 327–347). Berlin/New York.
- Omerzu, Heike (2009). Art. Rechtsliteratur: II. Neutestamentlich. In O. Wischmeyer (Hg.), *Lexikon der Bibelhermeneutik. Begriffe – Methoden – Theorien – Konzepte* (S. 482 f.). Berlin/New York.
- Reinbold, Wolfgang (2003). Art. Passion/Passionsüberlieferung/Passionsgeschichte. *Religion in Geschichte und Gegenwart* (4. Aufl.) (Bd. VI), S. 973 f.
- Reinbold, Wolfgang (2006). *Der Prozess Jesu*. Göttingen.
- Ritt, Hubert (1987). Wer hat Schuld am Tod Jesu? Zeitgeschichte, Recht und theologische Deutung, *Biblische Zeitschrift* 31, S. 165–176.
- Röder, Jörg (2010). Art. Evangelium nach Nikodemus [Online im Internet]. Verfügbar im Internet: <http://www.bibelwissenschaft.de/nc/wibilex/das-bibellexikon/details/quelle/WIBI/referenz/47929/cache/121a118ab8220684df711334dfae389a/#h10> [Datum des Zugriffs (2011-11-15)].
- Rosen, Klaus (1988). Der Prozeß Jesu und die römische Provinzialverwaltung. Zur historischen Methode und Glaubwürdigkeit der Evangelien. In H. Dickerhof (Hg.), *Festgabe Heinz Hürten* (S. 121–143). Frankfurt.
- Rosen, Klaus (1991). Rom und die Juden im Prozeß Jesu (um 30 n. Chr.) (2. Aufl.). In A. Demandt (Hg.), *Macht und Recht. Große Prozesse in der Geschichte* (S. 47–73). München.
- Sänger, Dieter (1999). «Auf Betreiben der Vornehmsten unseres Volkes» (Josephus ant. Iud. XVIII 64). Zur Frage einer jüdischen Beteiligung an der Kreuzigung Jesu. In U. Mell/U. B. Müller (Hg.), *Das Urchristentum in seiner literarischen Geschichte*. FSJ. Becker (S. 1–25). Berlin/New York.
- Schwartz, Daniel R. (2003). Art. Pontius Pilatus. *Religion in Geschichte und Gegenwart* (4. Aufl.) (Bd. VI) S. 1489 f.

- Sherwin-White, Adrian N. (1963). *Roman Society and Roman Law in the New Testament*. Oxford.
- Stegemann, Wolfgang (1998). Gab es eine jüdische Beteiligung an der Kreuzigung Jesu?, *Kirche und Israel* 13, S. 3–24.
- Stegemann, Ekkehard (2002). Wie im Angesicht des Judentums historisch vom Tod Jesu sprechen? Vom Prozess Jesu zu den Passionserzählungen der Evangelien. In G. Häfner/H. Schmid (Hg.), *Wie heute vom Tod Jesu sprechen? Neutestamentliche, systematisch-theologische und liturgiewissenschaftliche Perspektiven* (S. 32–52). Freiburg.
- Theißen, Gert/Merz, Annette (1996). *Der historische Jesus. Ein Lehrbuch*. Göttingen.
- Vermes, Geza (2006). *Die Passion. Die wahre Geschichte der letzten Tage Jesu*. Darmstadt.
- Wenger, Leopold (1953). *Die Quellen des römischen Rechts*. Wien.
- Winter, Paul (1961). *On the Trial of Jesus* ([1974] T. A. Burkill/G. Vermes [Hg.], [2. Aufl.]). Berlin.

## Die Christen im Römischen Reich

### Römisches Recht und Neues Testament am Beispiel des römischen Adoptionsrechtes und neutestamentlicher Christologie

Peter-Ben Smit

#### I. Einführung: Frühes Christentum und Römisches Recht

Das Leben Jesu war vom Anfang bis zum Ende mit der Realität des Römischen Rechtes verbunden. Dies gilt ebenfalls für die Jüngerinnen und Jünger Jesu und für die frühen Christgläubigen überhaupt. In der Karwoche, in der dieser Aufsatz als Vortrag präsentiert wurde, lässt sich diese enge Beziehung zwischen frühem Christentum und Römischen Recht recht einfach illustrieren. Wer in dieser Woche zum Beispiel der Aufführung einer Passion beiwohnt oder im Rahmen einer Karfreitagsfeier des Todes Jesu Christi gedenkt, sieht sich dabei mit einer Geschichte konfrontiert, für deren Verständnis Kenntnisse des Römischen Rechtes, besonders des Prozess- und Strafrechtes, von grosser Bedeutung sind: Jesus wurde ja anhand von römischen Bestimmungen hingerichtet. Das Verständnis der Darstellung des Prozesses und der Hinrichtung Jesu in den vier Evangelien – in Übereinstimmung mit oder Abweichung von dem, was damals als Gesetz galt – lässt sich deswegen vertiefen, indem nebst jüdischem Recht auch (und wohl vor allem) das Römische Recht herangezogen wird (siehe Daube, 1980; Piatelli/Jackson, 1996) (unter Berücksichtigung seiner Anwendung in der Provinz! – siehe z. B. Cotton, 2002).

Aus dieser Beobachtung lässt sich zum einen die etwas banale Tatsache ableiten, dass das Neue Testament, wie auch die weiteren Schriften des frühen Christentums, eng mit den Strukturen des römischen Imperiums verbunden ist – es ist mehr als eine Sammlung «rein religiöser» Schriften. Zum anderen ergibt sich so auch ein Ausgangspunkt zum Weiterfragen: Was gibt

es ausser dem Prozess Jesu denn sonst noch in den Schriften des frühen Christentums, das man mit Hilfe von Kenntnissen des Römischen Rechtes erläutern könnte? Wie die eindrückliche Liste mit Forschungsvorhaben des *Rechtsgeschichtlichen Kommentars zum Neuen Testament* aufzeigt (siehe ebenfalls Mayer-Maly, 2003), gibt es tatsächlich viele Berührungspunkte, vom Privat- und Personenrecht (besonders das Ehrerecht wie auch Bestimmungen über Sklaven, hier ist aber auch das berühmte Bürgerrecht des Apostels Paulus – und dessen Prozess – anzusiedeln), über Wirtschafts- und Prozessrecht, bis hin zum Strafrecht und zu anderem mehr.<sup>1</sup> Verschiedenes ist hier schon geleistet worden, anderes steht noch aus. Für die Erforschung des frühen Christentums heisst dies, dass die Lektüre der entsprechenden Schriften und sonstigen Zeugnissen vor dem Hintergrund des zeitgenössischen Römischen Rechtes beiträgt zum Verständnis der Stellung frühchristlicher Gemeinden im Gebilde des Imperiums und mancher (praktisch-)ethischen Aspekte der frühchristlichen Schriften, wie auch zum Verständnis bestimmter historischer Abläufe, wie eben die verschiedenen Prozesse, über die im Neuen Testament berichtet wird.

Aus dieser Fülle von Berührungspunkten werde ich in diesem Beitrag ein Beispiel herausgreifen, welches, soweit ich weiss, so noch nie aus dieser Perspektive behandelt worden ist. Es handelt sich um einen Berührungspunkt zwischen neutestamentlicher, genauer gesagt paulinischer, Theologie und römischem Personenrecht, genauer gesagt: dem Adoptionsrecht. Ich möchte versuchen, die Vorstellung der Adoption Jesu Christi als Sohn Gottes, wie sie, der Meinung mancher Exegeten nach, im ersten Kapitel des Römerbriefes vorkommt, vor dem Hintergrund des Römischen Rechtes zu lesen. Der Römerbrief (ca. 60) des frühchristlichen Missionars Paulus von Tarsus, der in der Mitte des 1. Jh. lebte, gilt als dessen prominentestes Schreiben und hat in der Geschichte des Christentums eine äusserst breite Wirkung entfaltet. Durch die Bearbeitung dieses Beispiels soll zum einen weiter illustriert werden, wie und warum Kenntnisse des Römischen Rechtes für die Interpretation der Schriften des frühen Christentums hilfreich sind, zum anderen

1 Siehe z. B. die einschlägigen Beiträge in Erlemann, 1996

soll auch ein theologiegeschichtlicher Beitrag geleistet werden und zwar zum Thema «Adoptianismus», der in Handbüchern der Dogmengeschichte seit der zweiten Hälfte des 19. Jh. als eine frühchristliche Häresie kursiert.

Um diese Ziele zu erreichen, nehme ich zuerst eine begriffliche Klärung des Begriffes «Adoptianismus» vor, lege dann dar, warum Kenntnisse des Römischen Rechtes hier weiterhelfen könnten, skizziere die Bedeutung und den Stellenwert der Adoption im Römischen Recht (unter Berücksichtigung seiner sozialen Funktion) und kehre dann zurück zu einem bestimmten «adoptianistischen» Text, der sich im Brief des Paulus von Tarsus an die Gemeinde in Rom befindet (Röm. 1,3–4), den ich auf Grund der dargelegten Kenntnisse des Römischen Rechtes interpretiere. Zum Schluss kontrastiere ich den Befund kurz mit dem Bild von «Adoptianismus», wie es in Handbüchern des Neuen Testaments und der frühchristlichen Theologiegeschichte geläufig ist.

## II. «Adoptianismus»: Eine Begriffsklärung und eine frühchristliche Bestandsaufnahme

«Adoptianismus» lässt sich verstehen als eine Bezeichnung für christologische bzw. trinitätstheologische Entwürfe, d. h. sich auf die Lehre über Christus oder auf Gott als Dreifaltigkeit beziehende Denkmodelle, die die Beziehung des Menschen bzw. des Gottmenschen Jesus von Nazareth (oder auch die Person Jesus Christus) als Sohn Gottes zu Gott (dem Vater) als das Ergebnis einer «Adoption» beschreiben. Diese Adoption wird entweder bei der Taufe im Jordan verortet, wo eine (göttliche) Stimme ertönt, die sagt, dass Jesus (nun) der geliebte Sohn Gottes ist, oder auch in der Auferstehung, wie dies der Fall sein dürfte in Röm. 1,3–4. Der einflussreiche Autor Bart Ehrman definiert «Adoptianisten» folgendermassen; sie glaubten

[T]hat Christ was a full flesh and blood human being, who was neither pre-existent nor (for most adoptionists) born of a virgin. He was born and he lived as all other humans. But at some point of his existence, usually his baptism, Christ was adopted by God to stand in a special relationship with himself and to mediate his will on earth. Only in this sense was he the «Son of God»: Christ was not divine by nature, but was human in every sense of the term. (Ehrman, 1993, S. 14)

Diese Art und Weise, Jesus Christus zu beschreiben, wird üblicherweise mit jüdisch-christlichen Gruppen in Verbindung gesetzt, wie mit den sog. Ebionitern (siehe Klijn/Reinink, 1973, S. 19–43), aber auch andere frühchristliche Denker werden oft als «Adoptianisten» klassifiziert, besonders die beiden römischen Theodoti (Ende 2. Jh.; siehe Löhr, 1996) sowie der ebenfalls römische Artemon/Artemas (Mitte 3. Jh.) und Paulus von Samosata (Mitte des 3. Jh.), der als Schüler des Letztgenannten präsentiert wird, und Markell von Ankyra (Mitte des 4. Jh.). Auch wird häufig der *Pastor Hermas* erwähnt (siehe Hurtado, 2003, S. 602–606; Osiek, 1999, S. 179–181). Nun ist es dabei von Bedeutung, dass der Begriff «Adoptianismus» nicht von seinen (angeblichen und auf alle Fälle recht unterschiedlichen) Vertretern als Selbstbezeichnung verwendet wurde, sondern ein kirchenhistorischer bzw. häresiologischer Begriff ist, der dafür verwendet wurde und wird, eine bestimmte Gruppe von Personen und Schriften zu kennzeichnen, die wegen einer angeblichen christologischen «Häresie» von anderen («[proto-]orthodoxen») Autoren des frühen Christentums angegriffen wurden. Der Begriff ist damit nicht unproblematisch.

In grosser Nähe zu diesem christologischen Denkmodell befindet sich noch etwas anderes, nämlich die Vorstellung, dass *Christgläubige* ihre Erlösung erreichen, indem sie von Gott als Kinder adoptiert werden. Obwohl m. E. eine klare Analogie zwischen dieser (soteriologischen) Vorstellung und der (christologischen) Vorstellung, dass Christus als Sohn von Gott adoptiert worden ist, besteht, kann dies hier nicht weiter ausgeführt werden. Allerdings ist anzumerken, dass gerade die soeben erwähnte Vorstellung auch mit erhellenden Resultaten vor dem Hintergrund des römischen Privatrechts interpretiert worden ist (siehe Kovar, 2010; Lyall, 1969).

Nun, so die Begrifflichkeit geklärt ist und deutlich geworden ist, um welche Probleme es sich hier handelt, können wir zur nächsten Teilfrage kommen: Warum kann gerade das Römische Recht für das Verständnis der Adoption Jesu durch Gott weiterhelfen?

### III. Römisches Recht als Hintergrund für das Verständnis «adoptianistischer» Texte

Für den Rekurs auf römische Gesetzgebung über Adoption zum Verständnis frühchristlicher Texte sprechen verschiedene Argumente, die besonders zutreffen für Texte, die eine enge Beziehung zu Gruppen oder Orten haben, die stark vom Römischen Recht geprägt waren, wie vor allem natürlich Rom, der Ort, wo die Gemeinde sich befand, die den Brief des Paulus erhielt (siehe zum Römischen Recht im Alltag z. B. Johnson, 1999); auch für stark römisch geprägte Städte wie Philippi (Pilhofer, 1995, S. 92) oder Korinth (Thiselton, 2000, S. 1–9) ist allerdings die weitreichende Relevanz des Römischen Rechtes durchaus vorauszusetzen. Es gibt darüber hinaus drei Überlegungen bezüglich der spezifischen Relevanz des römischen Adoptionsrechtes. Erstens, Kenntnisse römischer Adoptionspraxis und Gesetzgebung dürften angesichts der weiten Verbreitung der Praxis, vor allem auch an den genannten Orten, sicher vorausgesetzt werden (siehe Johnson, 1999, S. 33). Zweitens, der Bekanntheitsgrad römischer Adoptionsbräuche dürfte auch durch verschiedene Adoptivkaiser gesteigert worden sein, besonders da solche Adoptionen immer wieder ihren Niederschlag fanden in imperialer Sukzession (spropaganda) (siehe Lindsay, 2009, 182–216; Mlasowsky, 1996), allerdings beschränkte Adoption sich nicht auf die Familie des Kaisers, sondern stellte eine viel breiter belegte Praxis dar (siehe Kunst, 2005, S. 131–170 und S. 194–289). Nicht zu vernachlässigen ist dabei, dass die (Adoptiv-) Söhne dieser in der Regel nach ihrem Tode vergöttlichten Kaiser sich oftmals mit dem Titel «filius dei» bzw. «filius divi N.N.» schmückten (siehe Auffahrt, 2003; Clauss, 1999). Drittens, bezüglich des Verständnisses von Adoptionsvorstellungen im Neuen Testament, gerade auch im rechtlichen Sinne, darf mit Lohse und anderen festgehalten werden, dass Adoption in einem rechtlichen Sinne im frühen Judentum zumindest viel weniger üblich war als im hellenistischen Umfeld (wenn nicht gar inexistent – trotz 2 Sam. 7,14 und seiner Wirkungsgeschichte) (siehe unter mehreren Lohse, 2003, S. 241; Donner, 1994; Walters, 2003). Sobald Adoption in frühchristlichen Texten eine Rolle spielt, ist es deswegen sinnvoll, sich auch griechisch-römi-

schen Bräuchen zuzuwenden, was für eine Studie, die nicht nur die Hintergründe, sondern auch die mögliche Erstrezeption einer Schrift in einem zumindest auch sehr stark römisch geprägten Kontext wie Rom (die Stadt verfügte allerdings über eine sehr internationale Bevölkerung) natürlich so oder so naheliegend ist. Vor diesem Hintergrund ist es nun sinnvoll, die Grundzüge des römischen Adoptionsrechtes zu skizzieren.

#### IV. Adoption im 1. Jh.: Das Römische Recht

Adoption, so lässt sich allgemein feststellen, stand in der römischen, wie übrigens auch in der griechischen Gesellschaft (siehe Lindsay, 2009, S. 29–61), umfassend im Dienste der Familienpolitik (siehe Kunst, 2005; Gardner, 1998, S. 114–208). Die entsprechenden Quellen des Römischen Rechtes zeigen dies ohne weiteres auf (siehe z. B. Deißmann-Merten, 1996).

Abgesehen davon, dass das Gebären von Nachkommen in der Antike ein äusserst risikoreiches Unterfangen war für die betroffene Frau (sowie auch für das neugeborene Kind, dessen Überlebenschancen aus heutiger Perspektive suboptimal waren, siehe D'Ambra, 2007, S. 84–88), war eine sorgfältige Planung der Entwicklung der Familie auch aus anderen Gründen von grosser Bedeutung (siehe Kunst, 2005, S. 35–80). Zum einen musste, besonders in jenen Schichten, in denen sich Macht und Besitz konzentrierten, die Erbnachfolge gesichert werden sowie auch die Pflege des Ahnenkultes (siehe Baroin, 2007), d. h. der *sacra domestica* und *gentilicia*, zu welchem Zwecke ausreichend männliche Nachkommen vorhanden sein mussten. Zum anderen war es aber ebenso notwendig, die Zahl der Kinder nicht allzu hoch werden zu lassen, denn, wo Mädchen bei der (angestrebten guten) Ehe eine substantielle Mitgift benötigten, waren Buben nicht unbedingt billiger, denn für das erfolgreiche Durchlaufen des *cursus honorum* waren beachtliche finanzielle Mittel ebenfalls eine Voraussetzung. Diese Situation, die für Eltern (männliche) Nachkommen vorsah, von einer hohen Kindersterblichkeit geprägt war und in der Eltern zudem die Kosten, die Kinder verursachten, berücksichtigen mussten, führte zu einer familien-

planerischen Gratwanderung. Die Adoption von Kindern anderer Familien bot hier einen Ausweg. Zudem erlaubte sie der adoptierenden Partei die Auswahl eines geeigneten Kandidaten, der, wenn möglich, das Kindesalter schon hinter sich hatte und über die gewünschten Eigenschaften verfügte; für die leiblichen Familien der Adoptivkinder bot die Möglichkeit der Adoption der Kinder nicht nur die Möglichkeit, «überzählige» Kinder los zu werden, sondern vor allem auch die Chance, ihnen eine bessere Zukunft zu eröffnen, da Adoptivkinder in der Regel einen gesellschaftlichen Aufstieg vollzogen (siehe Kunst, 2005, S. 103 und S. 149–170; Lindsay, 2009, S. 123–137). Weiter war die Adoption, nebst der Ehe, ein zusätzliches Instrument, um zwei Familien miteinander zu verbinden (trotz der Realität der Adoption), ebenfalls war sie ein geeignetes Instrument für die Regelung der Erbschaft. Wenn all diese Aspekte zusammengenommen werden, so wird deutlich, dass Adoption in erster Linie tatsächlich ein Instrument der Familienpolitik war.

Ein weiterer Aspekt römischer Adoption, der von Bedeutung ist, besteht darin, dass Adoption im Kontext einer Auffassung von Verwandtschaft stand, die sich von der modernen deutlich unterscheidet, wie der Rechtshistoriker Kaser darlegt:

Die Verwandtschaft bestimmt sich zunächst nicht durch die Blutsverwandtschaft (*cognatio*), sondern durch die Zugehörigkeit zum Hausverband: *Adgnati*, agnatisch Verwandte, sind alle freien Personen, die in demselben Hausverband stehen oder noch stünden, wenn ihr gemeinsamer *paterfamilias* noch lebte. (Kaser, 1996, S. 69–70)

Diese agnatische Auffassung von Verwandtschaft, die mit Blutsverwandtschaft nur sehr beschränkt etwas zu tun hat, führt auch dazu, dass, obwohl Adoption rein formal gesehen eine rechtliche *Fiktion* ist, sie nach römischer Auffassung nichts «fiktives» also «unechtes» oder «ersatzmässiges» bewirkte, wenn es um die Realität der durch Adoption hergestellten neuen Verwandtschaft ging. Wie Kunst es zum Ausdruck bringt:

Die Adoption erzeugte [...] nicht nur die mit der *patria potestas* verbundene Legitimität, sondern auch einen Anspruch, selbst die soziale Position des Vaters nach seinem Tod zu übernehmen – ihn gleichsam als Person zu perpetuieren. Der Adoptierte wurde

tatsächlich zum Sohn und zum Sachwalter des Adoptierenden, er war kein Ersatzsohn oder gar ein Sohn zweiter Klasse. Der Adoptierte übernahm auch den Status des Adoptierenden und veränderte seinen eigenen. (Kunst, 2005, S. 294)

In Rahmen dieser Auffassung von Verwandtschaft – und zur Aufrechterhaltung eines so verstandenen Hausverbandes – standen für die Adoption nach Römischen Recht, die grundsätzlich aus der Unterstellung einer Person unter der *patria potestas* eines neuen *pater familias* bestand, zwei Formen zur Verfügung, die *adrogatio* und die *adoptio* (siehe z. B. Lindsay, 2009, S. 146–159). Diese unterschieden sich folgendermassen:

1) Die ältere, aber weniger häufige Form war die sgn. *adrogatio*. Dabei handelte es sich um die Adoption einer Person (i. d. R. eines Mannes) *sui iuris*, d. h. der selber Haupt einer *familia* ist. Faktisch handelte es sich dabei um die Integration einer *familia* in eine andere bzw. um die Übernahme einer *familia* durch eine andere (siehe Kaser, 1996, S. 282). Der «*pater familias*», der bis anhin eine eigene *patria potestas* hatte, verliert diese dabei (siehe Kaser, 1996, S. 282–283). Das Verfahren beinhaltete u. m. eine Befragung der Volksversammlung (genauer gesagt der *comitia curiata*) (siehe Lindsay, 2009, S. 75–76). Ursprünglich konnten nur Männer «arrogiert» werden, weil nur sie die Linie der Adoptivfamilie fortsetzen konnten. Das Verfahren und die Voraussetzungen (Adoptivvater darf keine eigene Kinder haben, seien sie leiblich oder adoptiert, und auch keine leibliche Nachkommen mehr zu erwarten haben bzw. er muss über 60 Jahre alt sein) gaben sich dabei alle Mühe zu unterstreichen, «daß die Arrogation ernsthaft die Nachgestaltung eines natürlichen Kindschaftsverhältnisses bezweckt.» (Kaser, 1996, S. 282) Allerdings können während des Prinzipats auch Frauen und Freigelassene arrogiert werden und können auch Frauen arrogieren, auch wenn sie keine «Hausgewalt» (*patria potestas*) über das Kind haben konnten. (Kaser, 1996, S. 283) – Eine archaische Nebenform ist das *testamentum calatis comitiis*, die «Arrogation auf den Todesfall», welche das gleiche Verfahren beinhaltet wie die «normale» *adrogatio*, nur tritt es erst in Wirkung mit dem Tod des Adoptivvaters (Kaser, 1996, S. 283).

2) Die zweite Form der Adoption, die *adoptio* (im engeren Sinne), unterschied sich von der *adrogatio*, indem in diesem Fall eine Person *alieni iuris*, d. h. schon in der Hausgewalt eines *pater familias*, in die Hausgewalt einer anderen Person übergeht (siehe Kaser, 1996, S. 283–284). Das Verfahren baut auf dem Zwölftafel-Gesetz auf, worin es heisst, dass ein Vater, der seinen Sohn dreimal verkauft, diesen aus seiner Gewalt verliert (siehe auch Esser, 1969, S. 85). Entsprechend bestand das Verfahren darin, dass der Vater den zu adoptierende Sohn dreimal (Töchter und Enkel nur einmal – siehe Lindsay, 2009, S. 73–74) dem prospektiven Adoptivvater (oder einer Zwischenperson) manzipiert (*emancipatio fiduciae causae*), der ihn dreimal durch *manumissio vindicta* freilässt, wodurch er wieder unter die *patria potestas* des alten Vaters kommt, welche erst nach dem dritten Mal erlischt. Daraufhin bezeugt der prospektive Adoptivvater vor dem Prätor, dass das zu adoptierende Kind sein Kind sei, worauf der bisherige Vater keinen Einwand erhebt, und der Prätor es durch *addictio* dem Adoptivvater zusprechen kann (siehe Kaser, 1996, S. 283).

Rechtlich war das Ergebnis dieser beiden Verfahren, dass ein Adoptivkind die gleichen Rechte bekam wie ein leibliches Kind (siehe Johnson Hodge, 2007; Lindsay, 2009, S. 97–122). Dies kam auch dadurch zum Ausdruck, dass ein Adoptivkind *gens* (Familiename) und gesellschaftlichen Rang (Standesrang) des adoptierenden *pater familias* übernahm und als ausgewählter Erbe sogar eine herausragende Position innerhalb der *familia* bekam (siehe Lindsay, 2009, S. 87–96). Angesichts der stark rechtlichen römischen Auffassung von Verwandtschaft, die zudem die agnatische Linie, ob nun durch Adoption oder Geburt, stark betonte, und angesichts des in der Regel recht vorteilhaften Charakters des «Adoptionsgeschäftes» für alle Parteien heisst dies, dass die Beziehung zwischen Adoptivvater und Adoptivkind faktisch die gleiche Qualität hat wie diejenige eines «leiblichen» Kindes zum «leiblichen» Vater und sicher nicht den Charakter einer Ersatzlösung oder einer «blossen» Fiktion.

## V. Auferstehung als Adoption: Paulus' Brief an die Römer 1,3–4

Im Hinblick auf Ostern nehme ich, da die Kreuzigung Jesu schon als Beispiel der Interaktion zwischen Römischen Recht und Geschichte des frühen Christentums erwähnt wurde, als Ausgangspunkt für die eingehendere Illustration der Interaktion zwischen diesen beiden Grössen einen Text, der m. W. noch nicht aus dieser Perspektive interpretiert worden ist. Es handelt sich um die Verse drei und vier des ersten Kapitels des Briefes des Apostels Paulus von Tarsus an die christliche Gemeinde in Rom. Der Wortlaut von Röm. 1,1–4 ist in der Einheitsübersetzung:

<sup>1</sup> Paulus, Knecht Christi Jesu, berufen zum Apostel, auserwählt, das Evangelium Gottes zu verkündigen,<sup>2</sup> das er durch seine Propheten im Voraus verheissen hat in den heiligen Schriften;<sup>3</sup> das Evangelium von seinem Sohn (περὶ τοῦ υἱοῦ αὐτοῦ), der dem Fleisch nach geboren ist als Nachkomme Davids,<sup>4</sup> der dem Geist der Heiligkeit nach eingesetzt ist als Sohn Gottes in Macht seit der Auferstehung von den Toten (τοῦ ὀρισθέντος υἱοῦ θεοῦ ἐν δυνάμει κατὰ πνεῦμα ἁγιωσύνης ἐξ ἀναστάσεως νεκρῶν), das Evangelium von Jesus Christus, unserem Herrn.

Der Satzteil, worum es hier geht, ist, in der Einheitsübersetzung, «der dem Geist der Heiligkeit nach eingesetzt ist als Sohn Gottes in Macht seit der Auferstehung von den Toten» (siehe auch Heb. 1,2). In der Forschung wird im Allgemeinen davon ausgegangen, dass Paulus mit diesen Sätzen, die Teil von seiner Selbstvorstellung in Röm. 1,1–7 sind, einen älteren, wohl traditionellen Bekenntnistext zitiert, womöglich einen, der den Römern bekannt war, und zwar mit dem Zweck, so eine gemeinsame Basis zu finden (siehe Jewett, 2007, S. 103–106). Paulus und die römische Gemeinde kannten sich noch nicht – Paulus hatte die Gemeinde in Rom nicht (mit) gegründet. Der Text drückt das Bekenntnis zu Jesus Christus als Herr und Sohn Gottes aus und denkt dabei dessen irdische Existenz und seine verherrlichte, göttliche Existenz zusammen, indem die beiden miteinander verbunden werden durch eine Adoption, die mit der Auferstehung zusammenfällt (siehe Schelkle, 1956, S. 22–23; Eskola, 2001, S. 300, Fn. 20). Die

«Einsetzung» wird vielfach, der Bedeutung des griechischen Verbs *ρίζω* entsprechend, als «bestimmen zu» verstanden und zwar als Bestimmung zum *Sohn* Gottes bzw. «Sohn Gottes mit Macht», wobei «mit Macht» auch instrumental aufgefasst werden kann und die Macht ein Hinweis auf das Wirken Gottes, nicht auf die Qualität des Sohn-Seins Jesu Christi, ist. Es ist, nicht zuletzt wohl auch aus theologischen Gründen, umstritten, ob Paulus hier nun selber auch vertritt, dass Jesus bei der Auferstehung eine Adoption erfährt, oder ob er, durch die Vorbemerkung in Vers drei, worin Jesus schon als «sein (sc. Gottes) Sohn» identifiziert wird, dies gerade vermeiden will (Jewett, 2007, S. 107). Wie dem auch sei, eine Adoption Jesu Christi durch die Auferstehung und als Einsetzung zum Sohn Gottes gibt es hier, entweder in vorpaulinischer Tradition, oder auch nach der Vorstellung Pauli, so auf alle Fälle die Meinung mancher ExegetInnen, und dies ist hier auch mein Ausgangspunkt (siehe Jewett, 2007, S. 103–108). Somit stellt sich die Frage: Was passiert, wenn diese Aussage vor dem Hintergrund des römischen Adoptionsrechtes gelesen wird? Denn, auch wenn man davon ausgeht, dass Paulus hier traditionsgeschichtlich auf Vorstellungen rekurriert, die ihren Hintergrund eher in (orientalischen oder auch römischen) Vorstellungen vom göttlichen König haben (siehe Müller, 1996, S. 1–7), muss man wohl eingestehen, dass es für die Erstempfängerinnen und Erstempfänger des Briefes, eben in Rom, auf der Hand lag, bei einer solchen Aussage zuerst an ihnen bekannte Adoptionsvorstellungen, nämlich solche, die ihnen aus der rechtlich geregelten Adoptionspraxis bekannt waren, zu denken (siehe z. B. Lyall, 1969, S. 464; Leon, 1960, S. 232–234). – Eine Vergöttlichung Jesu Christi als solche dürfte RömerInnen übrigens eher an die *Apotheosis* mancher Kaiser haben denken lassen, aber in Röm. 1,3–4 geht es ausdrücklich um die Einsetzung zum *Sohn* Gottes. Wenn das der Fall ist, was leistet diese Aussage über Christus, gelesen vor dem Hintergrund des römischen Adoptionsrechtes? Zweierlei, glaube ich:

1 Das Konzept der «Adoption» schliesst eng an bei griechisch-römischen Bräuchen und macht die neue Beziehung zwischen Christus und Gott so verständlich. Wie ein Adoptivkind bekommt Christus aufgrund seiner Adoption durch Gott auch dessen Status (allerdings als Sohn), was wohl auch im Titel «Herr» zum Ausdruck kommt.

- 2 Die Vorstellung der Adoption schafft eine sehr reale verwandtschaftliche Beziehung zwischen Gott und Christus, Adoptivvater und Adoptivkind. Der Beigeschmack einer «Ersatzlösung» oder einer «blossen Fiktion» ist nicht da, genauso, wie dies im Falle einer römischen Adoption nicht da war. Die rechtliche und adgnatische Vorstellung von Verwandtschaft, die das Römische Recht prägte, ist dabei von grosser Bedeutung.

Darüber hinaus stellt gerade dieses Modell, die Beziehung zwischen Gott und seinem Sohn Jesus Christus zu denken, auch etwas sicher, das für das frühe Christentum wie für das frühe Judentum – wie übrigens auch für manche Philosophen der griechisch-römischen Antike – ganz wesentlich war, nämlich den Glauben an *einen* Gott, nicht zwei (siehe z. B. Hurtado, 2003; Casey, 1999). Vor diesem Hintergrund ist die häufige (aber ebenfalls häresiologische) Beschreibung von «adoptianistischen» Ansätzen als «monarchianisch» (d. h. zu den Auffassungen gehörend, die Jesus Gott entweder unterordnen oder stark miteinander verbinden, um die Einheit Gottes zu gewähren) zu verstehen (siehe Gerber, 2001; Vogt, 1999; Hübner/Vinzent, 1999).

Wie aus den obigen Darlegungen hervorgeht, bietet der Hintergrund des römischen Familienrechtes, insofern es Adoption betrifft, eine Perspektive für das Verständnis von Adoption in «adoptianistischen» Texten im Neuen Testament, bes. Röm. 1,3–4. Das römische Adoptionsrecht bietet, und das ist ein Mindestergebnis dieses Beitrages, auf alle Fälle die Möglichkeit, sich mit einem Blick, der sich von späteren (häresiologischen und kirchenhistorischen) Darstellungen von Adoption und Adoptianismus losgelöst hat, dem Verständnis des Verhältnisses Jesus – Gott als Adoption in den neu testamentlichen Schriften zuzuwenden.

Je nachdem, was die intellektuellen Anforderungen sind, kann dieses Modell der Sohn- und Herrschaft Christi, das durch die Adoption Christi durch Gott hergestellt wird, durchaus ausreichen, um die Beziehung zwischen Christus als Sohn Gottes und Gott zu beschreiben, und der Christus-erfahrung und -verehrung gerecht werden, wie sie im frühen Christentum existierte. Es ist ein verständlicher Lösungsversuch für die Frage nach der Beschreibung und Konzeptualisierung des Verhältnisses zwischen Christus

und Gott. Wenn das aber so ist, wie kann «Adoption» dann zu «blossem» Adoptianismus werden, welchen, nach der üblichen theologiegeschichtlichen Darstellung, schon Bischof Viktor von Rom (Bischof von Rom von 189–199) am Ende des 2. Jh. als Häresie verurteilte und deren Vertreter der Bischof aus der Gemeinde ausschloss (siehe Eusebius, *Hist.* 5.28:9)? Damit können wir uns dem vorletzten Teil dieses Beitrages zuwenden, der genau diese Frage behandelt.

## VI. Adoptianismus als Problem

Woher kommen nun die Probleme? Oder: Wie wird eine gute Lösung zu einer Häresie? Um diese Frage zu beantworten, ist es zuerst sinnvoll, sich die Anliegen der sogenannten «Adoptianisten» (des 2.–4. Jh., siehe die Bibliographie für Quellen und einschlägige Literatur) anzuschauen.

Eine Lektüre der einschlägigen Texte unter Berücksichtigung der neueren Forschung zeigt auf, dass die «Adoptianisten» – wenn sie überhaupt als Gruppe zusammengefasst werden können – versuchten, zweierlei zu erreichen.

Zum einen haben die «Adoptianisten» in der Regel ein soteriologisches Anliegen, das heisst, sie versuchen zu beschreiben und zu erklären, wie die Erlösung des Menschen stattfindet. Diese Beschreibung besteht dann daraus, dass dargelegt wird, wie Jesus, oder ein Mensch überhaupt, aufgrund seiner irdischen Tätigkeit von Gott als «Sohn» angenommen werden kann. Da Jesus dabei tatsächlich in erste Linie als Mensch gesehen wird, steht dieser Weg Christgläubigen durchaus auch offen, denn es werden ja keine Aussagen gemacht über die Wesensgleichheit Jesu Christi und Gottes, sondern «nur» über Jesu Eingehen in die Herrlichkeit Gottes. Die Tatsache, dass dort im Neuen Testament, wo die Adoption der Gläubigen durch Gott thematisiert wird, gleichzeitig von Teilhabe am *Erbe* die Rede ist, stimmt damit überein, nicht zuletzt weil gerade im Römischen Recht Erbrecht und Adoption engstens miteinander verbunden waren.

Zum anderen erreichen «adoptianistische» Texte auch noch etwas anderes, denn, indem sie beschreiben, dass Jesus eine vom Geist Gottes (oder



einem sonstigen himmlischen Wesen, z. B. dem Logos, usw.) besonders erfüllte Person war und in diesem Sinne «adoptiert» wurde, erklären sie auch, wie es möglich war, dass er ein so herausragendes erlösendes Werk vollbringen konnte und zwar unter Wahrung einer Form eines Ein-Gott-Glaubens.

Warum ist dies nun problematisch? Bei den «anti-häretischen» Schriftstellern des 2. und 3. Jh., die eine «anti-adoptianistische» Position beziehen, handelt es sich im Grunde genommen um den Vorwurf an die Adresse der «Adoptianisten», dass sie lehren, dass Jesus Christus (nur) «ein blosser Mensch» (ψιλὸς ἄνθρωπος, daher auch die Bezeichnung «Psilanthropismus» für das, was hier «Adoptianismus» genannt wird) gewesen sei. Die Folge war für manche, dass so die Fähigkeit Jesu Christi, die Menschheit zu erlösen, tangiert war, wie auch die Rechtmässigkeit des Gebetes zu ihm (weil es unsinnig ist, zu einem blossen Menschen oder zu einer Figur, die Gott untergeordnet ist und deswegen nicht im vollen Sinne Gott sein kann, zu beten). Denn wenn ein Gott Gott ist, soll er das immer gewesen sein, und zwar ganz – es führt zu logischen Schwierigkeiten, wenn dies nicht der Fall ist.

Um diesen zwei Aspekten gerecht zu werden, war letztendlich die ontologische bzw. οὐσία-Christologie bzw. die darauf aufbauende Trinitätslehre des 4. Jh. nötig, die Gott den Vater, den Sohn und den Heiligen Geist dem gleichen «Sein» zuschreibt sowie jedem eine eigene «Person», auf deren Feinheiten ich im heutigen Rahmen nicht eingehe. Die Denkform der Adoption, die ja letztendlich von einem rechtlichen, nicht von einem biologischen oder ontologischen Verhältnis ausgeht, musste angesichts dieser Art der Bewältigung der intellektuellen Herausforderungen christlicher Spiritualität als unzureichend erscheinen, auch wenn sie Entscheidendes geleistet hatte bei der Wahrung der Einheit Gottes und der Konzeptualisierung der engen und realen Beziehung zwischen Gott und Jesus Christus. Sie war aber eine Antwort auf eine Frage, die in der Geschichte des Christentums bald dermassen anders gestellt wurde, dass sie als Antwort nicht mehr ausreichte.

Theologiegeschichtlich blieb damit zwar die Adoption des Menschen durch Gott als «orthodoxe Lehre» bestehen, nicht jedoch die Adoption Christi durch Gott, da an diese Beziehung unter anderen Vorzeichen andere Anforderungen gestellt wurden.

In diesem Zusammenhang lässt sich noch etwas anderes anmerken. Meiner Meinung nach erklären die späteren, also nicht-neutestamentlichen, «adoptianistischen» Denker vieles, aber nicht das, was ihnen nun meistens unterstellt wird zu erklären, nämlich wie Christus zu Gott wurde; sie erörtern entweder die Erlösung des Menschen oder das Innewohnen einer göttlichen Gestalt in einem Menschen. Für diesen Umstand gibt es eine Erklärung: Der Begriff «Adoptianismus», so wie er in der Dogmengeschichte des frühen Christentums verwendet wird, scheint der kirchengeschichtlichen Beschreibung des 19. Jh. zu entstammen, besonders den Schriften der Gelehrten Strauss und Weiss, deren Ansichten breit (und etwas unkritisch) rezipiert worden sind (siehe Eskola, 2001, S. 295–321). Es ist mir wichtig, dies zu betonen, weil es m. E. aufgrund der erhaltenen Quellen gar nicht so eindeutig ist, dass das, was in manchen Handbüchern «Adoptianismus» genannt wird, wirklich die Position beinhaltet, die meistens mit ihm assoziiert wird (siehe Eskola, 2001, S. 295–321). Abgesehen davon handelt es sich sowohl bei den stark jüdisch geprägten «Ebioniten», den römischen Theodoti und ihrer Schule sowie bei dem vom ersten Konzil von Nizäa verurteilten Paulus von Samosata in Sachen «Adoptianismus» manchmal um ein Problem nebst anderen. Etwas deutlicher gesagt: Eigentlich führt ein Rundgang durch die einschlägigen Texte und die neuere Forschung über sie zu einem recht ernüchternden Fazit: Nach-neutestamentlichen frühchristlichen Adoptianismus in seiner geläufigen Definition (siehe exemplarisch Ehrman, 1993, S. 14) hat es, wenigstens aufgrund der erhaltenen Quellen (s. z. B. Löhr, 1996), bei den Autoren, welche ihn hätten vertreten sollen, nicht gegeben. Wie z. B. Marksches auch andeutet: Frühkirchlicher Adoptianismus ist in mancher Hinsicht ein Gespenst häresiologischen Schrifttums und dessen kirchenhistorischer Darstellung und weniger eine wirkliche theologische Position (siehe Marksches, 2000, S. 105–106). Dies dürfte auch Konsequenzen haben für den neutestamentlichen «Adoptianismus»,

der heute der Ausgangspunkt meiner Überlegungen war, jedoch scheint er mir in der aktuellen theologischen Diskussion doch noch recht hoch im Kurs zu stehen.

## Literaturverzeichnis

- Arzt, Peter (1992). Brauchbare Sklaven. Ausgewählte Papyrustexte zum Philemonbrief, *Protokolle zur Bibel*, 1, S. 44–58.
- Aubert, Jean-Jacques (2002). A Double Standard in Roman Criminal Law? The Death Penalty and Social Structure in Late Republican and Early Imperial Rome. In Jean-Jacques Aubert/A. J. B. Sirks (Hg.), *Speculum iuris. Roman Law as a Reflection of Social and Economic Life in Antiquity* (S. 94–133). Ann Harbor.
- Auffarth, Christoph (2003). Herrscherkult und Christuskult. In Cancik/Hitzl (S. 283–318).
- Baldus, Christian (1996). Ius gentium und ius naturale. In Erlemann (S. 221–226).
- Bammel, Ernst (1984). The Trial before Pilate. In: Ernst Bammel/C.F.D. Moule (Hg.), *Jesus and the Politics of His Day* (S. 415–451). Cambridge.
- Baroin, Catherine (2007). Remembering one's Ancestors, Following in their Footsteps, Being like Them. The Role and Forms of Family Memory in the Building of Identity. In Dasen/Späth (S. 19–48).
- Barrett, Charles K. (1987). *The New Testament Background. Writings from Ancient Greece and the Roman Empire that Illuminate Christian Origins* (2. Aufl.). London.
- Bartchy, S. Scott (1973). *Mallon chresai. First-century Slavery and the Interpretation of 1 Corinthians 7.21* (SBL.DS 11). Atlanta.
- Berger, Klaus (1972). *Die Gesetzesauslegung Jesu, Ihr historischer Hintergrund im Judentum und im A.T. 1* (WMANT 40). Neukirchen-Vluyn.
- Betz, Otto (1982). Probleme des Prozesses Jesu. *ANRWII/25:1*, S. 564–647.
- Bickerman, Elias (2007). Utilitas crucis. Observations on the Accounts on the Trial of Jesus in the Canonical Gospels. In ders., *Studies in Jewish and Christian History* AJEC 68:2 (Hg. von A. Tropper, S. 726–793). Leiden.

- Bord, Lucien-Jean (1997). L'adoption dans la bible et dans le droit cunéiforme. *Zeitschrift für Altorientalische und Biblische Rechtsgeschichte*, 3, S. 174–194.
- Broer, Ingo (Hg.) (1992). *Jesus und das jüdische Gesetz*. Stuttgart.
- Byron, John (2003). *Slavery Metaphors in Early Judaism and Pauline Christianity* (WUNT 2.162). Tübingen.
- Cancik, Hubert/Hitzl, Konrad (Hg.) (2003), *Die Praxis der Herrscherverehrung in Rom und seinen Provinzen*. Tübingen.
- Casey, P. Maurice (1999). Monotheism, Worship, and Christological Development in the Pauline Churches. In Newman/Davila/Lewis (S. 214–233).
- Cavadini, John C. (1993). *The Last Christology of the West: Adoptionism in Spain and Gaul, 785–820*. Philadelphia.
- Clauss, Manfred (1999). *Kaiser und Gott. Herrscherkult im römischen Reich*. München.
- Cohen, Boaz (1966). *Jewish and Roman Law. A Comparative Study 1–2*. New York.
- Cotton, Hannah M. (2002). Jewish Jurisdiction under Roman Rule: Prolegomena. In Labahn/Zangenberg (S. 13–28).
- Cullmann, Oscar (1970). *Jesus und die Revolutionäre seiner Zeit. Gottesdienst – Gesellschaft – Politik* (2. Aufl.). Tübingen.
- D'Ambra, Eve (2007). *Roman Women*. Cambridge.
- Dasen, Véronique/Späth, Thomas (2007). *Children, Memory, and Family Identity in Roman Culture*. Oxford.
- Daube, David (1956). *The New Testament and Rabbinic Judaism*. London.
- Daube, David (1980). Jewish Law in the Hellenistic World. In Bernard S. Jackson (Hg.), *Jewish Law in Legal History and the Modern World* (45–60) (*The Jewish Law Annual Supplements* 2). Leiden.
- Dautzenberg, Gerhard (1995). Über die Eigenart des Konfliktes, der von jüdischer Seite im Prozess Jesu ausgetragen wurde. In Gerhard Dautzenberg, *Studien zur Theologie der Jesustradition* Stuttgarter (Biblische Aufsatzbände 19, S. 301–333). Stuttgart.
- Deißmann-Merten, Marie-Luise (1996). Adoption, *DNP* 1, 123.

- Donner, Herbert (1994). Adoption oder Legitimation? Erwägungen zur Adoption im Alten Testament auf dem Hintergrund der altorientalischen Rechtsgeschichte. In Herbert Donner, *Aufsätze zum Alten Testament* (S. 34–66) (BZAW 224). Berlin.
- Dormeyer, Detlev (2000). Stasis-Vorwürfe gegen Juden und Christen und Rechtsbrüche in Prozessverfahren gegen sie nach Josephus' *Bellum Judaicum* und Mk 15,1–20 parr. In J. Kalms (Hg.), *Internationales Josephus-Kolloquium Aarhus 1999* (MJSt 6, S. 63–78). Münster.
- Eck, Werner (2002). Die Inschriften Judäas im 1. und frühen 2. Jh. n. Chr. als Zeugnisse der römischen Herrschaft. In Labahn/Zangenberg (S. 29–50).
- Egger, Peter (1997). *Crucifixus sub Pontio Pilato. Das crimen Jesu von Nazareth im Spannungsfeld römischer und jüdischer Verwaltungs- und Rechtsstrukturen* (NTA.NS 32). Münster.
- Ehrman, Bart D. (1993). *The Orthodox Corruption of Scripture. The Effect of Early Christological Controversies on the Text of the New Testament*. Oxford.
- Elman, Yaakov (2003). Marriage and Marital Property in Rabbinic and Sassanian Law. In Heszer (S. 227–276).
- Elon, Menachem (1994). *Jewish Law: History, Sources, Principles* (Bd. 1–4). Philadelphia.
- Eskola, Timo (2001). *Messiah and the Throne. Jewish Merkabah Mysticism and Early Christian Exaltation Discourse* (WUNT 2.142). Tübingen.
- Esser, Josef (1969). *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*. Frankfurt.
- Ferguson, Thomas C. (2005). *The Past is Prologue. The Revolution of Nicene Historiography*. (VigChrSup 75). Leiden.
- Fishwick, Duncan (1987–2004). *The Imperial Cult in the Latin West. Studies in the Ruler Cult of the Western Provinces of the Roman Empire* 1–3. Leiden.
- Foerster, Werner (Hg.) (1969). *Die Gnosis. Erster Band. Zeugnisse der Kirchenväter*. Zürich.
- Fricke, Wedding (1995). *Der Fall Jesus. Eine juristische Beweisführung*. Hamburg.

- Gardner, Jane F. (1998). *Family and Familia in Roman Law and Life*. Oxford.
- Gerber, Simon (2001). Calixt von Rom und der monarchianische Streit. *Zeitschrift für antikes Christentum* 5, S. 213–239.
- Gradel, Ittai (2002). *Emperor Worship and Roman Religion*. Oxford.
- Grillmeier, Alois (1979). *Jesus der Christus im Glauben der Kirche* 1. Freiburg.
- Gröschler, Peter (1996b). *Ius privatum: Vermögensrecht*. In Erlemann (S. 232–238).
- Gröschler, Peter (1996a). *Ius privatum: Personenrecht*. In Erlemann (S. 226–231).
- Habermann, Jürgen (1990). *Präexistenzaussagen im Neuen Testament* (EHS 23.362). Frankfurt.
- Hamerton-Kelly, Robert G. (1973). *Pre-Existence, Wisdom, and the Son of Man. A Study of the Idea of Pre-Existence in the New Testament* (SNTS-Mon 21). Cambridge.
- Harders, Ann-Cathrin (2007). Roman Patchwork Families. In Dasen/Späth (S. 49–72).
- Harrill, J. Albert (1995). *The Manumission of Slaves in Early Christianity* (HUTh 32). Tübingen.
- Hecht, Neill S./Jackson, Bernard S./Passamanek, S. M./Piattelli, Daniela/Rabello, A. M. (Hg.) (1996). *An Introduction to the History and Sources of Jewish Law*. Oxford.
- Heszer, Catherine (Hg.) (2003). *Rabbinic Law in its Roman and Near Eastern Context* (TSAJ 97). Tübingen.
- Heusler, Erika (2000). *Kapitalprozesse im lukanischen Doppelwerk. Die Verfahren gegen Jesus und Paulus in exegetischer und rechtshistorischer Analyse* (NTA.NF 38). Münster.
- Hübner, Reinhard M./Vinzent, Markus (1999). *Der paradox Eine. Antignostischer Monarchianismus im zweiten Jahrhundert* (VigChrSup 50). Leiden.
- Hurtado, Larry W. (2003). *Lord Jesus Christ. Devotion to Jesus in Earliest Christianity*. Grand Rapids.

- Jackson, Bernard S. (2005). The Divorces of the Herodian Princesses: Jewish Law, Roman Law or Palace Law? In J. Sievers/G. Lambi (Hg.), *Josephus in Flavian Rome* (JSJSup 104, S. 343–368). Leiden.
- Jewett, Robert (2007). *Romans. A Commentary* (Hermeneia). Minneapolis.
- Johnson Hodge, Caroline (2007). *If Sons, Then Heirs. A Study of Kinship and Ethnicity in the Letters of Paul*. Oxford.
- Johnson, David (1999). *Roman Law in Context*. Cambridge.
- Juel, Donald (1977). *Messiah and Temple. The Trial of Jesus in the Gospel of Mark* (SBL.DS 31). Atlanta.
- Kaser, Max (1996). *Das römische Zivilprozessrecht* (2. Aufl., bearb. v. K. Hackl). München.
- Kellermann, Ulrich (1996). Jüdisches Recht. In Kurt Erlemann (Hg.), *Neues Testament und Antike Kultur* 1 (S. 258–268). Neukirchen-Vluyn.
- Kertelge, Karl (1988). *Der Prozess gegen Jesus. Historische Rückfragen und theologische Deutung* (QD 112). Freiburg.
- Kirner, Guido O. (2004). Die Kreuzigung Jesu von Nazareth. In Guido O. Kirner, *Strafgewalt und Provinzialherrschaft. Eine Untersuchung zur Strafgewaltpraxis der römischen Statthalter in Judäa (6–66 n. Chr.)* (Schriften zur Rechtsgeschichte 109, S. 134–180). Berlin.
- Klijn, Albertus F. J./Reinink, Gerrit J. (Hg.) (1973). *Patristic Evidence for Jewish-Christian Sects* (NTSup 36). Leiden.
- Kovar, Johannes (2010). Römer 8: Die Adoption als Bild der Erlösung. *Spes Christiana* 21, S. 53–62.
- Krimphove, Dieter (1997). *Wir haben ein Gesetz...! Rechtliche Anmerkungen zum Strafverfahren gegen Jesus* (Ius vivens B.5). Münster.
- Kunst, Christiane (2005). *Römische Adoption. Zur Strategie einer Familienorganisation* (Frankfurter Althistorische Beiträge 10). Hennef.
- Labahn, Michael/Zangenberg, Jürgen (Hg.) (2002). *Zwischen den Reichen: Neues Testament und Römische Herrschaft* (TANZ 36). Tübingen.
- Lampe, Peter (2003). *From Paul to Valentinus: Christians at Rome in the First Two Centuries*. London.
- Lapide, Pinchas (1987). *Wer war schuld an Jesu Tod?* Gütersloh.
- Leon, Harry J. (1960). *The Jews of Ancient Rome*. Philadelphia.

- Levin, Yigal (2006). Jesus, «Son of God» and «Son of David»: The «Adoption» of Jesus into the Davidic Line. *JSNT* 28, 415–442.
- Lieberman, Saul (1974). Roman Legal Institutions in Early Rabbinics and in the Acta martyrum. In Saul Lieberman, *Texts and Studies* (S. 57–111). New York.
- Lindsay, Hugh (2009). *Adoption in the Roman World*. Cambridge.
- Löhr, Winrich A. (1996). Theodotus der Lederarbeiter und Theodotus der Bankier – ein Beitrag zur römischen Theologiegeschichte des zweiten und dritten Jahrhunderts. *ZNW* 87, S. 101–125.
- Lohse, Eduard (2003). *Der Brief an die Römer* (KEK 4). Göttingen.
- Loofs, Friedrich (1924). *Paulus von Samosata. Eine Untersuchung zur altkirchlichen Literatur- und Dogmengeschichte*. Leipzig.
- Lyll, Francis (1969). Roman Law in the Writings of Paul: Adoption. *JBL* 88, S. 458–466.
- Markschies, Christoph (2000). *Alta Trinità beata*. Tübingen.
- Mayer-Maly, Theo (2003). *Rechtsgeschichtliche Bibelkunde*. Wien.
- Mélèze-Modrzejewski, Joseph (2001). The Septuagint as Nomos: How the Torah became a «civic law» for the Jews of Egypt. In J. Cairus/O. Robinson (Hg.), *Critical Studies in Ancient Law* (FS Alain Watson, S. 183–199). Oxford.
- Melnyk, Janet L. R., When Israel was a Child. Ancient Near Eastern Adoption Formulas and the Relationship between God and Israel. In M. Patrick Graham/William P. Brown/Jeffrey K. Kuan (Hg.), *History and Interpretation. Essays in Honour of John H. Hayes* (S. 245–259) (JSOTSup 172). Sheffield.
- Millar, Fergus (1990). Reflections on the Trials of Jesus. In Philip R. Davies/Richard T. White (Hg.), *A Tribute to Geza Vermes* (JSOTSup. 100, 355–381). Sheffield.
- Millar, Fergus (1996). Emperors, Kings and Subjects. The Politics of Two-Level Sovereignty. *Scripta Classica Israelica* 15, S. 159–173.

- Mlasowsky, Alexander (1996). *Nomini ac fortunae caesarum proximi*. Die Sukzessionspropaganda der römischen Kaiser von Augustus bis Nero im Spiegel der Reichsprägung und der archäologischen Quellen. *Jahrbuch des deutschen archäologischen Institutes* 111, S. 249–388.
- Morgenstern, Matthias/Boudignon, Christian/Tietz, Christiane (Hg.) (2011). *Männlich und weiblich schuf Er sie. Studien zur Genderkonstruktion und zum Eherecht in den Mittelmeerreligionen*. Göttingen.
- Moscovitz, Leib (2003). Legal Fictions in Rabbinic Law and Roman Law. Some Comparative Observations. In Heszer (S. 105–132)
- Müller, Ulrich B. (1990). *Die Menschwerdung des Gottessohnes* (SBS 140). Stuttgart.
- Müller, Ulrich B. (1996). «Sohn Gottes» – ein messianischer Hoheitstitel Jesu. *ZNW* 87, S. 1–32.
- Mussner, Franz (1988). Der Prozess gegen Jesus von Nazareth. *Theologische Revue* 84, S. 353–360.
- Newman, Carey C./Davila, James R./Lewis, Gladys S. (Hg.) (1999). *The Jewish Roots of Christological Monotheism* (JSJSup 63). Leiden.
- Oehler, Markus (2002). Römisches Vereinsrecht und christliche Gemeinden. In Labahn/Zangenberg (S. 51–71).
- Omerzu, Heike (2002). *Der Prozess des Paulus: eine exegetische und rechts-historische Untersuchung der Apostelgeschichte* (BZNW 115). Berlin.
- Osiek, Carolyn (1999). *Shepherd of Hermas. A Commentary* (Hermeneia). Minneapolis.
- Otto, Eckart (1995). Biblische Altersversorgung im altorientalischen Rechtsvergleich. *Zeitschrift für Altorientalische und Biblische Rechtsgeschichte* 1, S. 83–110.
- Parvis, Sara (2006). *Marcellus of Ancyra and the Lost Years of the Arian Controversy*, 325–345. Oxford.
- Piatelli, Daniela/Jackson, Bernard S. (1996). Jewish Law during the Second Temple Period. In Hecht/Jackson/Passamaneck/Piattelli/Rabello (S. 19–56).
- Pilhofer, Peter (1995). *Philippi*. Band 1: *Die erste christliche Gemeinde Europas* (WUNT 1.87). Tübingen.

- Price, Simon R. F. (1984). *Rituals and Power. The Roman Imperial Cult in Asia Minor*.
- Rabello, Alfredo Mordechai (1996). Jewish and Roman Jurisdiction. In Hecht/Jackson/Passamaneck/Piattelli/Rabello (S. 141–167).
- Reinbold, Wolfgang (2006). *Der Prozess Jesu* (BThS 28). Göttingen.
- Rutgers, Leonard Victor (1995). *The Jews in Late Ancient Rom. Evidence of Cultural Interaction in the Roman Diaspora* (Religions in the Graeco-Roman World 126) Leiden.
- Sampley, Paul (1980). *Pauline Partnership in Christ. Christian Community and Commitment in Light of Roman Law*. Philadelphia.
- Schellke, Karl Hermann (1956). *Paulus, Lehrer der Väter: die altkirchliche Auslegung von Römer 1–11*. Düsseldorf.
- Schoeps, Hans Joachim (1949). *Theologie und Geschichte des Judentums*. Tübingen.
- Scott, James M. (1992). *Adoption as Sons of God* (WUNT 2.38). Tübingen.
- Segal, Peretz (1996). Jewish Law During the Tannitic Period. In Hecht/Jackson/Passamaneck/Piattelli/Rabello (S. 101–140).
- Selb, Walter (1993). *Antike Rechte im Mittelmeerraum. Rom, Griechenland, Ägypten und der Orient*. Wien.
- Sohn, Seock-Tae (1999). «I Will Be Your God and You Will Be My People»: The Origin and Background of the Covenant Formula. In Robert Chazan/William W. Hallo/Lawrence H. Schiffmann (Hg.), *Ki Baruch Hu. Ancient Near Eastern, Biblical, and Judaic Studies in Honor of Baruch A. Levine* (355–372). Winola Lake.
- Strobel, August (1980). *Die Stunde der Wahrheit. Untersuchungen zum Strafverfahren gegen Jesus* (WUNT 1.21). Tübingen.
- Tellegen, J. W. (1982). *The Roman Law of Succession in the Letters of Pliny the Younger*. Amsterdam.
- Thiselton, Anthony C. (2000). *The First Epistle to the Corinthians* (NIGTC). Grand Rapids.
- Vinzent, Markus (1997). *Markell von Ankyra. Die Fragmente. Der Brief an Julius von Rom*. (VigChrSup 39). Leiden.

- Vogt, Hermann Josef (1999). Monarchianismus im 2. Jahrhundert. *Theologische Quartalschrift* 179, S. 237–259.
- Vouga, François (1988). *Jésus et la Loi selon la tradition synoptique* (Le monde de la Bible 17). Genf.
- Walters, James C. (2003). Paul, Adoption, and Inheritance. In Paul J. Sampley (Hg). *Paul in the Greco-Roman World: A Handbook* (S. 49–76). Harrisburg.
- Watson, Alan (1995). *The Trial of Jesus. What Really Happened at One of the Most Consequential Trials in History*. Athens, GA.

## Towards a globalization of law?

### Developments in Europe from the medieval to the contemporary age

Antonio Padoa-Schioppa

#### I. Introduction

I would like to explain the meaning that I want to give to the word «globalization» which is a widely used and sometimes abused term. As I understand it, there are three main aspects of globalization which should be considered with reference to the legal world. The first is the process by which law is becoming progressively unified through the spontaneous diffusion and assimilation of legal practices and customs. The second shows that uniformity may be achieved through the reception of legal doctrines expressed by jurists working as professors or writing books for the practice. The third perspective of globalization lies in the adoption of common legal rules at a legislative level by a growing number of states or groups of countries in the world, which are nevertheless profoundly different in their cultures, religion, political regime, social life-conditions, history and traditions.

Although some undeniable links exist between these channels to legal «globalization», they should each be considered separately. They are in fact different in their sources, content and, in particular, in their ways of legal activation.

The predominant sphere of the first aspect of the globalization of law lies in the field of Business Law. In a world that, to various degrees, has opened its frontiers breaking down the barriers of protectionism, legal rules commanding industry and trade are being exchanged together with the goods. These tend to become unified, mainly in contract law but also in completely different fields, such as family law. A progressive alignment of individual and collective behaviour is constantly in progress. The powerful

impact, through the media, of the Western and American life-model crosses any geographic or political border. This fact has important consequences, pushing towards the spontaneous adoption of customs regarding not only business and economy, but also, for instance, marriage and women in their relationships with husband and children, as well as other fields.

The second aspect of legal globalization lies in the process by which some doctrines, some legal methods of interpreting law, some aspects of the legal profession, some teaching approaches gain ground in countries distant from the place where they were originally formulated. Their excellence and their effectiveness make them successful elsewhere, through the books or through the personal displacement of professors.

The third aspect of the globalization, concerning legislation, includes at least four main areas. The first is commercial law, which has experienced, in some critical areas, a progressive legislative unification of global standards, for example in the rules on international sales. The second is linked to the spread of international arrangements for the limitation and control of nuclear, chemical and biological weapons, capable of destroying whole nations. The third field is related to the violation of human rights, sanctioned – in particular for acts of genocide and other crimes of extreme gravity – through procedures by which both military and judicial interventions can overcome the shield of state and national sovereignty. The fourth level of globalization consists in the gradual adoption of common rules for the protection of the environment, against the risk of an increasing degradation of our planet which could have fatal consequences for all living creatures.

It is not difficult to see that the three directions outlined above correspond to the three basic sources of law: custom, legal doctrine, and legislation. We will also see how historically each of them has played a role in the partial processes of globalization that European legal history has known from late antiquity to the present.

The basic assumption behind all these aspects of globalization is the development of the gigantic network of information and communication at a global level, triggered two decades ago by the World Wide Web. This is visible especially in the fields of the spontaneous initiatives of individuals

and associations, a process which Ulrich Beck (2010) rightly points out as irreversible. The combination of the World Wide Web with the Internet – which continues to grow at an astonishing pace – has changed, is changing and will continue to change the history of this planet, with important effects and repercussions in the sphere of law.

In the overview that follows, I would like to offer some suggestions about the question if and how we can make reference to some historical precedents, from late antiquity to the present, of some of the developments that today we usually group under the heading of «globalization» of the law. This is a profile that has been rather neglected by legal historians and by students of globalization so far. In the conclusions I will suggest some more general evaluations.

I am well aware that if I had wanted to achieve an extensive knowledge of the vast literature on the subject (only for Italy, we can count more than 300 books that deal with this issue alone), this would have led me to a long and perhaps more suitable silence.

## II. From late antiquity to early and high Middle Age

If we want to explore the historical background, we obviously have to abandon the idea that the different populations of the world were actually in the past a part of a single large community including the whole mankind. This is beginning to be partially true only now. Yet, the people and nations in the past, even if separated by culture, language, religion and political regime, have experienced not only exchanges in goods and religions and knowledges, but also mutual relations of power, which often resulted in wars of conquest and invasion, as well as mergers and clashes between nations, between ethnic groups, and between different communities. The law is a crucial element in understanding such relations. Facts and ideas, law made common through force and conception of a common law are both present in the ancient world.

Of a law common to all the people, the classical jurisprudence transmitted through the Digest (Dig. 1. 1. 1. 4, Dig. 1. 1. 2–5, 1. 1. 9) and through Gaius and Justinian's Institutions (Inst. 1. 2. 1–2) a formulation that was to remain fundamental in the later tradition of law in Europe. The *ius gentium* is that law «*quo gentes humanae utuntur*», common to all men and only to them (Ulpian, Dig. 1. 1. 1. 4), a law that the «*naturalis ratio inter omnes homines constituit*» (Gaius, Inst. 1. 1 = Dig. 1. 1. 9) but distinct from the *ius naturale* that is common to all living beings, «*quod omnia animalia docuit natura*» (Ulpian, Dig. 1. 1. 3), like the union between a male and a female, «*quam nos matrimonium appellamus*», or the procreation and education of children. To *ius gentium* belong institutions as slavery (while *ius naturale* establishes the original freedom of all men), the manumission (Ulpian), the religion, the obedience to parents (Pomponius), the legitimacy to reject the violence with force (Florentinus), wars, division into nations and kingdoms, individual ownership, frontiers, trade, contracts as sale and tenancy (Hermogenianus), companies, deposit, loan and others (Inst. 1. 2. 2).

However, this notion of *ius gentium* refers to a number of separate legal institutions, present in every nation, but not necessarily uniform everywhere in their discipline. The concept of *ius gentium* for the Romans, in other words, can not be considered equivalent to what is intended as global law in the sense of a unified and uniform law. When Florentinus justifies the principle of «*vim vi repellere licet*» («it is permitted to repel the force by force»: Dig. 1. 1. 3), he says that on the basis of the assumption that the nature has established among all men a sort of relationship («*inter nos cognitionem quandam natura constituit*») – an idea borrowed from the doctrines of Stoicism – and this natural relationship makes sacrilegious («*nefas est*») that men do violence to other men. Therefore, self-defense is a legitimate reaction everywhere in the world. Yet it can be observed that the rules for the self-defense are not uniform everywhere, nor in the time: indiscriminate revenge is different from retaliation, and modern self-defense rules do not identify with either of them.

The imposing construction of the Roman Empire, at the ending of the ancient world, is a model of consistency. The decision, in the early third

century AD, to extend Roman citizenship to all the subjects of the Empire was aimed at integrating within a single legal system the disparate set of populations conquered by Rome. Two centuries later, they formed the 144 provinces of the Eastern and of the Western Empires. The concentration of the whole legislative power in the hands of the Emperor – who was, at the same time, at the summit of judicial, administrative, fiscal, and military powers – led to a total concentration of legitimated power.

The whole Mediterranean was submitted to a single law, enforceable and enforced – even if with different inflections and variations – in a community of people whose roots, traditions and legal practices were extremely distant from each other: from Egypt to Greece, from Spain to Gallia, from Illyria to Asia Minor. Outside the political borders of the Roman Empire were the empire of Persia and the peoples of Germany. They were involved in intense and constant exchanges – economic and political relations, either peaceful or warlike, marked by contacts and contracts, treaties and different legal agreements – with the Empire of Constantinople, but remaining external to it. The globalization of law in the Mediterranean context under the Roman Empire remains a unique episode in history: in extending to the defeated populations its own law, Rome – as Rutilius Namatianus wrote in the early fifth century (*De reditu*, I, vv. 65–66) – «*urbem feci[t] quod prius orbem erat*» [«thou, Rome, hast made a city of what was erstwhile a world»].

The division between the two Roman Empires of East and West, which became irreversible in the fifth century, led to a normative gap that could never be filled, even with the efforts of the two great codifications of Theodosius II in 438 AD and Justinian a century later, intended to unite the two parts of the Empire.

In the Byzantine dominions, from Illyria to Asia Minor, for nine centuries, the centralization of law remained a fundamental feature of this legal system, thanks to a series of legislative actions that reorganized the territories on a military basis. To the monumental body of Justinian law – translated into Greek by the *Basilici* and commented on by Byzantine jurists – some new important laws were added, primarily at the initiative of the Isaurians and Macedonians in the eighth and tenth centuries. They



represented a drastic change in the military and administrative structure of the Eastern Empire. However, the pillars of criminal, civil and procedural law remained those of the Roman law until the fall of Constantinople: a uniform law and a single regulation, derived from the imperial source.

In western Europe legal history was quite different. The establishment of the Romano-Germanic kingdoms – also in the legal systems that at least initially maintained a formal subordinate relationship with the Central Empire – led to abandonment of the written Roman law as a direct source of law. But there was a selective incorporation of the legislation of Theodosius by the Visigoths and the Burgundians: texts like the *Codex Euricianus*, the *Lex Romana Visigothorum*, the *Lex Romana Burgundionum* were basically Roman law codes accepted and promulgated by Germanic kings. They left a profound and permanent mark on the medieval Western Empire. Roman law survived in various forms also in the French kingdom, where the structure of the public institutions maintained the imprint of the Late-Ancient institutions, as recent studies (Pohl [1997]) have clearly highlighted.

In Italy, the attempts of Odoacer and Theodoric to formally and substantially maintain in force two legal systems, the Roman and the Gothic, with a double judicial and legal order, were swept away by the reconquest of the peninsula by Constantinople, and by the consequent extension to the West of the recent compilation of Justinian. This extension was abruptly interrupted by the violent conquest of the Longobards, which took place just a few years later. Roman law survived in the Longobard kingdom, initially only in the form of the personal law of the Roman population, applied as customary law for centuries without a formal link to the written sources of law.

However, it was the Church that took the initiative to incorporate all the Roman law rules that were compatible into the new legal system. It is no coincidence that the latest authentic quote from the Digest, which later disappeared for five centuries in the West horizon, is contained in a letter by Gregory the Great, who in 603 advised his delegate – in a dispute over the ecclesiastical appointment of a Spanish bishop – to comply with a set of rules included in the Codex of Justinian, literally quoted, concerning the

legal proceedings, the privilege of the forum selection, the use of witnesses (Gregory, *Registrum epistolarum*, XIII. 49). «*Ecclesia vivit iure romano*»: this was to be the rule for the Church, that made constant reference to Roman Law, in the fields where no specific canon law had been established by general Councils, by the pope, or by local synods.

The Germanic kingdoms, then the Carolingian and post-Carolingian Europe – by that time divided into the *regna* of France, Italy, Germany and England, and fragmented internally into various powerful feudal dominions – show the typical characteristics of a predominantly rural and military society. The civil power, the justice and the military command were concentrated in the hands of dukes and counts, later often under bishops' control, themselves often holding the comital authority, with a concentration of functions apparently monolithic, but in reality tempered and limited by the relevance of customary law. The codification of customary law of each Germanic population – which occurred at different stages from the fifth to the ninth century for each ethnic group: the Franks, the Burgundians, the Visigoths, the Lombards, the Bavarians, the Alamanni and other – went in parallel with the survival of unwritten customary laws. However, the principle of personal laws allowed the coexistence within the same legal framework of different regulations, each one specific for people of different ethnicities. The «Roman» population, in a broader sense, continued to regulate its life on the basis of Late Antiquity Roman law, even if at that time it was mostly applied as customary behaviour, without the direct connection with the complex written codifications that would have been inappropriate to regulate the dynamics of rural society, being in fact forgotten.

The legal system of the West in those centuries shows a double aspect, which is, to a certain extent, paradoxical. Europe was unified by a single religion, a religion gradually extended to the northern and eastern regions still practising a pagan religion. On matters of the religion, the Church, once it had overcome the deep rupture caused by Arianism, was the recognized authority, often also in secular matters, organized in a system of dioceses and throughout the vast transnational network of monasteries. Europe was also unified under substantially similar living conditions, with

a social structure where the rural population was predominantly organized around the *coloni*, free or under serfdom, and the society was run by secular and ecclesiastical dominions, in a network where the feudal customary law played an important role. It was a legal system basically homogeneous, but having an infinite number of specific configurations: we find a wide variety of contractual provisions, of judicial powers, and of rules on the procedures (Padoa-Schioppa [2005]).

The existence of personal laws is an important variable in this context, producing profound differences in the social and family relationships. If the author of a theft is required to repay nine times the amount to a robbed Lombard and only four times with respect to a Roman; if the punishment for murder may be death penalty for a Roman, but the payment of compensation for a Lombard or a Frank; if a daughter is equal to her brother in the succession to her father (in a Roman family, as well as for the Franks), but has no right of succession according to the Lombard rules on descendants; if the woman is free to subscribe a contract alone if she is a Roman, but if she is Lombard she is required to do so with the assistance of a *mundwald*; all of these variables left an evident and peculiar mark on the main characteristics of the civil society and on the lives of people in the community. These differences were operating on daily basis with respect to families and individuals living in the same village, even when they were living next door.

It is easy to understand why this situation led – from the ninth to the twelfth century, when the social and legal separation between the different ethnical groups was gradually, at least in part, overcome – to a progressive assimilation of the law actually applied in each village, in each land, creating a series of parallel customs no longer valid on a personal basis but rooted on a territorial level, varying from place to place but applicable in the specific situations to all the subjects.

So, in the European High Middle Ages, law and society were at the same time homogeneous and heterogeneous: homogeneous for the values established, homogeneous for the secular and ecclesiastical institutions, homogeneous for the state of the economy and society, but heterogeneous in customs and traditions, heterogeneous in the specific rules of private,

criminal and procedural law, due to the recognition and coexistence of the different personal laws.

The *substratum* of Roman law remained alive and was diffused through different channels: through codifications such as the Visigoth laws, through the body of canon law and through customs, primarily in the territories that Rome had conquered before the fall of the Western Empire. The Church and its law represented a very strong element of unity, also legal, even if (for example, in the liturgy and in penitential) local differences remained remarkable until the eleventh century.

The relative uniformity of the conditions in the economy and in the society contributed to the uniformity of a number of customs – in particular those related to agriculture contracts and to feudal relations – that had, however, infinite local variations: the ways in which you make a donation, you enter into a contract, or you invest a vassal vary from place to place and in time, but within a context of substantial unity that induced some historians to speak of these centuries as having had a «common European law» applicable also to the British Isles (Lupoi [1994]). Germanic laws, in turn, were born one after the other over several kingdoms through the exchange of regulatory models and laws that show the reality of mutual relations and mutual influences at that time, for example, between the Visigoths, Franks, Burgundians and Lombards. Later, the Carolingian legislation was introduced in all the kingdoms ruled by descendants of the Frank kings in Europe, concerning punishment, court procedures, control over the judges and ecclesiastical discipline. But there were tailored interventions in addition to and in coordination with local regulations and customs, which the Carolingians decided not to abrogate: for example the so called *capitula legibus addenda* for Italy and the other parts of their domain.

The customs were a fundamental element as source of law and common to all of Europe in these centuries.

### III. Later Middle Ages and *ius commune*: twelfth to fifteenth centuries

Between the last decades of the eleventh century and the beginning of the twelfth century, Europe experienced an array of impressive economic, political, social, cultural, and religious innovations: the population increase, the Gregorian Reform of the Church, intensive urbanization, the genesis of the «Communes», the foundation of new States, the new theological doctrine, the birth of the first universities are among the main fields of these innovations. At the same time, a new legal order was established, based on the Compilation of Justinian, brought to light after six centuries, including the whole Digest. The Glossators in Bologna developed a new legal science whose characteristics coincide only in part with the models of the classical Roman Law. The *Corpus Iuris Civilis* assumed the role of a comprehensive text, valid in its entirety and particularly coherent, without gaps or contradictions. The methodology of the scholars from Bologna is based on these assumptions (Padoa-Schioppa [2007]), pursued with a determination similar to that which the Fathers of the Church had shown for centuries with respect to the Holy Scripture. Roman law thus became not only the universal law, effective in every part of Christendom, superior to and at the same time integrated with the local customs and statutes. The advanced study of the *Corpus iuris* became in few decades the best, in fact the sole road for the high training of lawyers. In thousands, students went to Bologna and later also to other universities before returning to their homelands with a sound training, being able to deal easily with any regulatory system, even one far away from that which had occupied them for years at the desks of the *Studium Generale*.

The Roman *ius commune* – called «common» to distinguish it from the other special and local legal systems, above all the *iura propria* of the cities and of the kingdoms – became mandatory in Italy and spread gradually in other regions of Europe, by means of its own legal force and relevance. It was not the law of a state; it was the law of the Empire, something completely different. Only the Norman State of England followed a distinctive path,

with a body of law also called «common», but based on the jurisprudence of the King's Courts.

The twelfth century inaugurated a long period of seven centuries when the highest and most comprehensive regulatory system, consisting of a closed *Corpus* of law, progressively established itself in the whole of Continental Europe without a foundation in a real political power or a formal legitimation by a state.

Together with this body of common civil law, Europe was ruled by the *Corpus iuris canonici*, a body of law created over a millennium by the Church and common to the whole Western Christendom till the sixteenth century. Canon law was based first on the Gratian *Decretum* of 1140–1142 (codifying the tradition of conciliar canons, papal interventions, extracts from the works of St. Augustine and other Patres, related to the discipline of the Church). It was followed by the *Liber Extra* of 1234 (collecting the Pope's decrees and the Synod's texts between the twelfth century and the first third of the thirteenth century) and by the subsequent collection of constitutions and canons ordered by Boniface VIII, Clement V, and John XXII. All these documents together formed the *Corpus Iuris Canonici*.

So, we are in presence of two universal systems of law – separated and connected at the same time along a jagged border that distinguished the secular from the religious relations – made coherent and adaptable by the constant and in-depth legal work of glossators and commentators of civil and canon law. The two general legal systems were potentially universal, because they applied to the whole of Christianity. This phenomenon could be easily defined, in this broader context, as «global», even with the specification of the non-state character of both systems.

«Global» is also, as we stated at the beginning of this paper, the conception of the power owed by the highest secular authority of Christianity, the Empire. The Emperor dominates, in the medieval legal and political theory, over the kings. He is perceived by the Imperial jurists trained in Roman law, as deriving his authority directly from God and not through the Church. The theory stated by Pope Gelasius I in the fifth century and by Emperor Anastasius at the beginning of the sixth century – reaffirmed

by the regalists of the eleventh century during the period of the investiture conflict – was given the highest and most coherent expression in the *De Monarchia* of Dante Alighieri, written in 1311. The Empire is necessary to the world, it is claimed; «the world» means in fact to him the world of the Western Christianity. According to Dante, the power of the Empire is residual, with reference to both legislation and jurisdiction, consisting in the power to settle a dispute between states through a court, rather than by the war between kingdoms. The relevance of this approach cannot be underestimated: it is not inappropriate to underline the similarity of the ideas of Dante with the modern principle of subsidiarity on the one hand, with the theories of modern political federalism on the other. Even if directed to Christianity, not to the whole mankind, the vision of the Poet is cosmopolitan and is based on the distinction between the two powers of the Church and the State. Church-State separation, subsidiarity and universality are the three pillars of Dante's vision of the Christian Empire.

So, two universal systems of law, the common Roman law for secular relations and the Canon law for matters affecting the religious and ecclesiastical field characterized the centuries of the second Middle Ages. Two limitations, however, one at the bottom and one on the top, were part of the legal system. At the bottom there was the rich network of local rights, grounded in secular law, which were complementary to the body of the *ius commune*. Local rights were not originally written down, but as a result of their evolution over three centuries they had been gradually codified: so we find the statutes of the Italian cities, the *coutumes* of the State of France, the Iberian *Fueros*, and the *Landrechte* in Germany. On the other hand, there were special regulations, rules (mostly customary) concerning feudal law, relations in agrarian law, customs in commercial law and sea law. These two sets of legal rules, the former with a territorial validity, the latter for the different social and professional categories, had to be applied by judges with priority over the common civil law. But they had to be interpreted adopting the categories of the civil law and, most significantly, they were generally considered by the legal doctrine as exceptions to the common law and for that reason analogy could not be adopted for statute law.

Moreover, in particular in commercial law, the customary source of law caused an effect that could be described as «global». Together with luxury goods, painted fabrics, jewellery, decorated weapons, and the high-quality canvases produced in the Italian cities and then exported – in the Eastern Empire, in Great Britain and in Europe – the commercial customs were also travelling, as did the new forms of corporate society and the bills of exchange. The «Law Merchant» of Italian origin was applied in the English Courts in the second Middle Ages and in early Modern Europe, being only much later imported into the main body of Common Law in the eighteenth century by the work of Lord Mansfield. In fact, «Law Merchant» was born from the trade customs and traditions of the Italian cities of the thirteenth and fourteenth centuries. The maritime customary law found its written codification with the *Usatges* of Barcelona and the *Costituti* of Pisa of the twelfth century, and was then consolidated in a text, the *Consulate of the Sea*, which represented the main text of maritime common law until the age of nineteenth-century codifications.

In Canon law, however, the rigid uniformity in the legal and judicial systems, implemented with great determination by the Church, started with the Gregorian Reform of the eleventh century to progressively lose the local peculiarities which still existed in the great variety of customs and traditions of local synods. A coherent process of centralization in ecclesiastical discipline took place not only in the administration of the churches' and monasteries' patrimony, but also in the relationship between the clergy and the faithful. This development was implemented primarily through the enormous flow of the appeals to Rome, commanded by the papal *Curia* with the instrument of the decretals directed to delegate judges. They converged in the above-mentioned collections. The Church also introduced the rules of Roman law – mainly in matters that concern judicial processes and contracts – in the newly christianized regions, together with the Holy Scripture and the organization of the secular and regular clergy.

At the top, some fundamental rules of *ius naturale* were admitted, both in the secular and in the spiritual sphere. A dual nature of natural law was already expressed by the Greeks and in the Roman law. On the one hand,

natural law was conceived as supreme law, that is divine law, beyond every human law, as the duty to bury a dead man or woman, a moral and religious duty for which Antigone chose to die, infringing a royal order. On the other hand, as we have seen, natural law was identified in some institutions shared by all the other human beings, as the superior animals («*quod omnia animalia docuit natura*» [natural Law is that which nature has taught to all animals]).

In the Christian Middle Ages, the first conception prevailed, identifying the natural law with the commandments of Revelation, stated in the Decalogue: «*Natura, id est Deus*» («nature is God»), so says a well known adage of the canonical and theological doctrine of the twelfth century. But it should be noted that in both spheres – the secular law and the canon law – the rules, or rather the pillars of natural law were already present in the text and the codifications: inside the Corpus of Justinian, in the Gratian's Decretum and in the Decretals. The legal doctrine of the *doctores* had the role of interpreting and highlighting which ones, among the norms of these codifications, had the status of rules of natural law, holding a superior position to that of the other positive norms.

The classic age of the *ius commune*, between the twelfth and fifteenth centuries, can be defined as the Age of the legal doctrine, as the doctrine of the university *doctores iuris* was in those centuries the real unifying source of law. We can speak for continental Europe of a common «Republic of the legal culture», whose main shared common source was the Justinian's *Corpus iuris* and whose common language was Latin.

#### IV. Modern Age and European Colonisation

The transition from the Middle Age to the Modern Age did not involve, in the legal system, the discontinuity that we find in other fields of history. The presence, above local laws, of a global common law lasted in the first three centuries of modern times, being removed only with the reforms of the late eighteenth century and with the codification of the early nineteenth cen-

tury. Indeed, the reception of common law in the territories of Germany at the end of the fifteenth Century further amplified its European dimension. In England too, through the channel of «*Equity*» administered by the Court of the Chancellor, *ius commune*, specially canon law, was largely adopted.

However, the religious unity of Medieval Europe, unified for more than a millennium by Canon law, dissolved after the Protestant Reformation. The different religious streams originated by the reform, and the fact that Reformation was rooted in various states and principalities, meant an increase in the number of legal provisions regulating the religious and civil relations of the faithful in accordance with their churches and with individual states, whose rulers often put themselves at the head of the organization of the protestant churches: so, if in very different ways, in England, in the Dutch provinces, in the German principalities, in the Scandinavian kingdoms, in Geneva, and elsewhere.

The dualism of common civil law and local regulations remained: statutes, *coutumes*, *Landrechte* and *Fueros* survived until the end of the eighteenth and even sometimes into the nineteenth century, as survived feudal law, commercial law, and maritime law. However, to this dualism an additional variable is to be added, not new but becoming progressively more relevant in the modern era: the increase of legislative activity by kingdoms' monarchs, as in the territories of the Crown of Spain with the constitutions of Charles V, in Germany with the Carolina constitution in criminal matters, and in France with the great seventeenth-century *Ordonnances* of Louis XIV. The state legislation was, however, limited almost exclusively in these centuries to public matters: jurisdictions and procedures, criminal law, taxes.

Only with the Habsburg and Prussia Reforms of the second half of the eighteenth century state legislation became on the continent the basic source for the evolution of law, taking the role which had earlier been played by legal doctrine and common law. In England the Parliament had won a decisive role with the revolutions of the seventeenth century.

In Europe the late phase of the old regime saw the birth of different forms of the same *ius commune* that was still based on Roman law sources, each

characteristic of a state. A major role of the unifying source of law, within the limits of each national legal system, was represented in these three centuries by the decisions of the Supreme Courts. It was also possible to have several jurisdictions within a single state, as happened in France where the very powerful Parliament of Paris controlled, as supreme Court of Justice, less than a half the territory of the State, while twelve other supreme Courts were established in the different regions of the kingdom.

During the course of the Modern Age, a double and yet contrasting historical process became manifest. On the one hand, the law is fragmented into individual states and the *ius commune* loses its characteristics of universality, both in a civil and a religious context. On the other hand, with the discovery of the New World and the exploration of other continents, the two Americas, India, Indonesia, Africa, and Australia were progressively incorporated into the system of European States and the question arises whether this evolution could also be defined as a sort of globalization of European law.

European expansion was realized in various forms, different in time and space, with different consequences in the field of law. The conquest of Latin America by Spain and of Brazil by Portugal only partially transferred the system of sources of law from the two Iberian states. The legal system was, in fact, based in Spain on the *Nueva Recopilación* of Philip II (1567) with a clear Roman approach in structure in various institutions of private law and in which the thirteenth century's *Partidas* of Alfonso the Wise had not even been abolished. For Latin America, a series of new royal ordinances, a group of gradually evolving customs and new institutions – such as the *encomienda* which allotted the native Indios among the conquerors, establishing them in a semi-servile condition – took the form of a complex body of law, collected in a systematic way only in 1680 with the *Recopilación*.

In India, Great Britain had, in the seventeenth century, introduced strong commercial privileges established by the East India Company. Only during the seventeenth century was the whole territory of the Indian peninsula gradually brought under the control of the English government. However, for a long time, the local judicial courts, even those chaired by

the British, continued to a large extent to apply the traditional regulations of India, which were very different from the substance and proceedings of the model of Common law, even when following the «principles of justice, equity and conscience». Only during the nineteenth century did the increasing importance of judicial decisions and the uniform adoption of laws in the territory begin to interact with the network of customary rights of the ancient Hindu tradition.

Again in the seventeenth century, by the huge commercial power wielded by the East India Company, the United Provinces of Netherlands acquired major portions of the Southeast Asian continent (Moluccas, Java and Indonesia). They were then placed under economic and political dominance without extending to them the law of the European mainland. However, in the Dutch *presidia* in South Africa the adoption of Dutch law was enforced, as stated in the «Introduction» (*Inleiding tot de Hollandsche rechts-geleertheyd*, 1631) of Hugo Grotius: a core of Roman and European *ius commune* interlaced with customary law. This legal system has continued even after the British conquest of South Africa, with the significant inclusion of important institutions of English common law.

Far more direct was the effect of the system of the English common law on the overseas territories populated by primitive (at least in the conqueror's view) populations, that were generally compelled to live into small enclaves subject to strict control. In this way, in North America the English colonies were established in the seventeenth century, and the British colonies in Australia in the eighteenth century. Under this colonial domination, in the United States a new legal system was born, derived essentially from the model of the English common law, but gradually developing peculiar characteristics.

The French colonial dominions – in Africa, Louisiana, Canada and other regions of the planet – experienced a far more centralized approach, in line with the French political and constitutional system. However, recent research (Durand [1983]) has shown that only in part the colonies took up the institutional structure of the motherland. Natives could follow their local customs and traditions when a case concerned only them. And the

power, especially in Africa, was committed to the Governor, without a clear separation of powers or a distinction between laws, regulations, jurisdiction and internal order. Government was essentially dependent on a single subject, the governor, who in turn answered only to the French government.

## V. Doctrines on *ius gentium* and global law, sixteenth to eighteenth centuries

The conquest of other continents by European States gave rise to significant theories in the field of law. Let's simply mention some of these doctrinal developments, that have been examined fully by historians and are clearly summarised in a recent book by Gustavo Gozzi.

When in the sixteenth century Francisco Vitoria argued that Spain had the right to access to the West Indies because trade should be free to all in all parts of the Earth, he stated a principle that, less than a century later, also Grotius expressed to justify the Dutch expeditions in Southern Asia. At the same time, Vitoria denied the judicial and ethical legitimacy of a forced conversion of Indians. According to Vitoria, if the Indians' practice of human sacrifice was a justified reason for war or conquest, their paganism was not a sufficient justification for conquest nor for forced conversion. To Vitoria, it was not a lawful excuse for also dispossessing them of their land and rights (*De Indis*, I, 4–7; 19). Also Bartholomeus de Las Casas, in a work of 1552 (*Apology*) which was to remain unpublished until the end of the twentieth century (Gozzi, 2010, p. 39), supported the legitimacy of the Indians' traditions and the illicitness of the conquest on religious grounds, for the purpose of forced conversion. Even Montaigne in the *Essais* (III, 6) reported, with explicit approval, the exemplary response given by the Indians to the Spaniards, who boasted of their peaceful intent and their monotheism as sufficient grounds for their dominion.

The key point in this discussion is the question of the legal status of the *ius gentium*. From the historic viewpoint as widely accepted in the Christian Middle Age, this was a law believed to be common to all human beings and

based on the *naturalis ratio*. On the contrary, at the beginning of the seventeenth century Grotius clearly distinguished the *ius gentium* from the *ius naturale*: the former founded in people's customs and traditions, the latter based on reason, and therefore very distant, if opposed to the former concerning customary institutions like freedom, servitude, and peace. Grotius also believed – quoting Seneca – that it was permissible to intervene with force in defence of an oppressed population (*De iure belli ac pacis*, II, 25, § 8).

In the context of the globalization of law, it is possible to identify two parallel and profoundly different interpretations of the modern conception of law in the doctrines of the sixteenth, seventeenth, and eighteenth centuries.

On one hand, there is the notion of «*humani generis societas*» – common to mankind – that Cicero had traced on the basis of the ideas of Stoicism, and that was reaffirmed among others by Francisco Vitoria and Grotius. On the other hand, there is the concept of a community not of peoples but of sovereign states that form the international community and whose behaviour is not subject to the judgment of other states.

In this second approach, what is conceived is a community not of peoples but of states, which constitute the international order and which are sovereign. Their behaviour can not be curbed by the other states: this is the theory exposed in the sixteenth century by Alberico Gentili and by Richard Zouch, his successor at Oxford. Such a doctrine is formalized in the Westphalian Treaty of 1648, by the consequent prohibition of interference of the international community and of any state in the internal affairs of the other states.

A few decades later, Samuel Pufendorf formulated the theory of the «system» of states: an interconnected network of mutual relations in which each state maintained its own sovereignty (*De systematibus civitatum*, § 2, Id, *Dissertationes academicae*, 1675, and in Id, *Analecta politics*, 1698). However, Pufendorf not only affirms the right to freedom as a natural right of each individual, but he rejects the argument (by Bacon) that it is legitimate to conquer and establish a dominion over a s. c. uncivilised population, acquainted to «primitive» traditions (*De iure naturae et gentium*, 1672, III, 2, § 8; VIII, 6, § 5). Nevertheless, this assumption did not prevent Pufendorf

from also arguing that the interests of sovereign states are not in opposition to the principles of justice; it is in the interest of the states themselves to follow the «duties of humanity» (*officia humanitates*), for example concerning the hospitality towards other peoples, without exception (*De iure naturae et gentium*, II. 3, § 10). According to Pufendorf, utility and justice are not in conflict, even in international relations.

In the eighteenth century, Christian Wolff developed the idea of a «*civitas maxima*» (*Ius gentium scientifico methodu pertractatum*, 1749, § 10), a community of all the states on Earth. And Emeric de Vattel (*Le droit des gens ou principes de la Loi Naturelle*, 1758, *Préface* and III. 3. 47) imagined a system of European states as a system devoted to achieving an international equilibrium, in a sort of «*balance politique*», that only concerned the European powers. In 1713 Bernardin de Saint Pierre had suggested, without success, a similar approach for a European «*paix perpetuelle*».

A drastic change in terms of the development of the theory of «cosmopolitanism» without borders was outlined, as it is well known, by Immanuel Kant. His ideas on international relations and peace, carried out mainly between 1793 and 1797, focuses on two distinct levels, albeit linked together. War can be permanently eradicated, according to Kant, only by a confederation of peoples (*Völkerbund*), as part of a cosmopolitan constitution (*weltbürgerliche Verfassung*) that is aimed at the common defence. However, this does not ensure the state of perpetual peace, since the confederation could be dissolved at any time, because it consists only in a permanent «Congress of State» (*Staatencongress*) (*Methaphysik der Sitten*, 1797, trad. it, Bari 1983, p. 188). This was a new approach, completely different from the Equilibrium of the States of Grotius, Pufendorf and Vattel, but not yet supranational, as Jürgen Habermas pointed out (1998, p. 183): as a cosmopolitan constitution would carry the risk of leading to «the most terrible despotism» (*Ueber den Gemeinspruch*, 1793, p. 156). This position partially modifies the original and more radical argument elaborated by Kant ten years earlier (*Ideas for a Universal History*, 1784), which envisaged a real world federal construction, under a rule of public law coercive for the members.

In his paper on the *Perpetual Peace*, Kant affirms that from the perspective of a cosmopolitan law (*Weltbürgerrecht*) «men and states, in a mutual relation of external influence, should be considered as all citizens of a universal state of humankind (*Menschenstaat*)» (*On Perpetual Peace*, 1795, trad. com. Id, *Scritti di storia politica e diritto*, Roma/Bari, 1995, p. 169). On this basis, Kant not only condemns «with horror» the violent conquest by the European colonial empires under the guise of religious or commercial reasons (Gozzi, 2010, p. 178, p. 190), but also postulates the figure of a «World Citizen» (*Weltbürger*), in consideration of «the sake of humankind as a whole and of the future generations of all time to come» (*Ueber den Gemeinspruch*, trad. it p. 125).

It is highly remarkable that in this lucid exposition, Kant had the intuition that, from a cosmopolitan perspective, «the violations of rights in one part of the world, will be felt everywhere»; following this reasoning, the prospect of a confederation of states is overcome, at least in principle, by one of a world federal republic.

## VI. The Age of Nations and beyond: nineteenth and twentieth centuries

From the nineteenth century until the First World War, the cosmopolitan perspective was essentially dismissed. The system of international relations was based on the European system of states, in which the Holy Alliance of 1815 was sharpened into the structure of a confederation. This was an order that only a few among the most far-seeing philosophers and writers of the time have openly questioned, as in the cases of Giuseppe Mazzini and Victor Hugo.

Only the tragedy of the First World War put a definitive end to the illusions of the Nation-State as a factor of peace and to the «concert of nations» as an effective instrument for achieving peaceful relationships among states. However, it is from this tragedy – a tragedy that only a few artists had predicted in its bloody reality – that the idea of a League of Nations



was born. Unfortunately, the shortsightedness of the winners allowed the seeds of Fascism and Nazism to take root, leading to the outbreak of the Second World War. Again, from the fires and the ashes of another terrible tragedy it was possible to witness the birth of two fundamental initiatives that made possible the globalization of law: the establishment of a supranational structure to manage and avoid the outbreak of conflicts between states, and the commonality of some fundamental principles concerning the respect of human rights.

In this context, the cosmopolitan perspective has been forwarded in two directions. These two tendencies are complementary. One tendency consists in the proclamation of common principles and shared values: the right to freedom; the protection of human rights regardless any difference in sex, race, or social status; the maintenance of peace and security; the free movement of people and ideas, as well as the freedom to trade and engage in commerce. The second tendency consists in the establishment of institutions capable of providing (or at least promoting) the achievement of these goals. The *Universal Declaration of Human Rights*, approved in 1948, is the document that best symbolizes the first tendency. The organization of the United Nations, on the other hand, is the most evident result of the second tendency, together with the recent establishment of the World Trade Organization. In Europe the impressive and innovative structure of the European Union is imposing itself as a model of unification at continental and global level on both directions (Singer [2003]).

At the global level, the principles affirmed in the *Universal Declaration of Human Rights* have gradually come to be at least partially actionable by a system of supranational judicial institutions, in particular the International Court of Justice, the International Criminal Court and the International Tribunal for the Law of the Sea. Moreover, the signature of various international treaties and agreements by a large number of states being all UN-Members made it possible the sharing, at the international level, of the common regulation of some basic institutions, binding the Member States in important economic and social sectors. This is the case of the *Convention Providing a Uniform Law For Bills of Exchange and Promissory Notes*, the

*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, various treaties and agreements on arms control and nonproliferation, as well as the *Kyoto Protocol to the UN Framework Convention on Climate Change*.

These two approaches – one focused on supranational institutions and one on common shared values and principles – have to be dealt separately.

The first approach is articulated in a set of international rules, written in the UN Charter of 1945 that potentially provide the necessary instruments to achieve the perpetual state of peace, in a direction not so far from what had been outlined by Kant. Articles 43–46 require the institution of an armed force at disposal of the UN Security Council, asking – it is worth to be underlined – that the negotiations for the implementation should take place «as soon as possible». One might correctly assume that the realization of this objective would have been reached with the establishment of an armed force able to deploy itself in case of necessity, in order to avoid the violation of peace and stability with recourse to military force. It is no coincidence that in 1946 Albert Einstein suggested that the control of the atomic bomb – at that time only possessed by the US – would also have to be placed under the exclusive control of a supranational authority, specifically the newborn United Nations, without even requiring the consent of all the Member States (*On Peace*, New York 1981, p. 369–508, in part. pp. 395, 409). An idea far-seeing, that was nevertheless promptly discarded.

We know that so far history has taken a completely different direction. In any case, the veto power granted to five members of the Security Council would have resulted in the blocking of any action not unanimously approved by them. Yet the principle of the intervention of the peace-enforcing and peace-keeping forces has, nevertheless, evolved considerably. The «blue helmets» are today a symbol – and indeed much more than just a symbol – of a global peacekeeping force: imperfect, weak due to heavy limitations, but real and visible.

Of great relevance is the establishment of the International Criminal Court, founded in 1998 and running since 2002 after the ratification of more than 60 states. The Court is responsible for the judgment on a number of

most serious crimes (genocide, crimes against humanity, and war crimes), where national courts have failed to proceed: this is a concrete application – it should be noted – of the principle of subsidiarity.

The two perspectives of globalization outlined above are strictly linked to each other. The promotion of international competition, the protection of peace and human rights – although areas clearly differentiated and potentially conflicting – are increasingly interconnected (Alston [1999]). UNO was born as custody of international peace. WTO promotes free trade and tries to establish some conditions essential for the competition, in order to limit the distortions induced by the differences in social systems between developed and developing countries (Spagnuolo [2008]). Human rights are at the centre of the competence of the International Criminal Court.

The protection of human rights has become effective as it is guaranteed by the European Court of Human Rights, which operates in 41 member countries of the Council of Europe. In addition, after the entry into force of the *Treaty of Lisbon* in 2009 the *European Union Charter of Fundamental Rights*, adopted in Nice in 2000, is now fully European law, being judicially enforceable. But even before, one of the most innovative approaches of the jurisprudence of the European Court of Justice in Luxemburg has been to identify a series of «general principles» concerning not only human rights but also different spheres of private and public law, to which make reference in the resolution of cases (Tridimas [2006]). Among these, the principle of «reasonableness» is particularly relevant, a principle that is a sort of reminiscence, at constitutional level, of the doctrines of the modern natural law theories. These general principles are gradually leading toward a more unified European law: we are in fact testing a «continental globalization» of law. And these «general principles» often incorporate some rules of the Roman and European *ius commune*.

I think there are two significant aspects of this ongoing process of global and supranational internationalization of human rights.

First, we see the progressive overcoming of the prohibition against interference in a sovereign state. This principle, although expressly stated in the UN Charter (Article 2.7), has its roots, as we have seen, in the so-called

Westphalian order, enshrined in the Treaty of 1648 at the end of a century of bloody religious wars. However, the horror of the Nazi regime and the perpetuation of recent episodes of genocide that killed millions of innocent human beings contributed to breaking down the wall of this principle operating for more than three centuries. Not only are human rights declared to be untouchable, but their protection has begun to be concretely enforceable without the limitation of the prescriptions of the crimes. This radical change is perhaps the most decisive step towards the globalization of rights and freedom of human beings at the global level.

The second aspect is related to the specific content of these rights. Since 1948 the Universal Declaration of Human Rights has been subscribed by each of the 192 states that joined the UN. This achievement – that would have been unimaginable just a few years before – has raised a number of doubts and questions. Are all the rights included in the UN Charter really shared and endorsed by the Member States? Is the meaning of the Charter's specific words really the same for all the different populations and cultures? On these crucial questions several basic objections have been raised, in particular by some countries and religious movements and political representatives of Islam. If we look at their content, it is easy to note that these objections have been focused on a few topics: mainly the equality between husband and wife in marriage, the management of sons and interests inside the family, and the religious freedom, including of the right to change religion (Gozzi [2010]).

These are issues of great relevance, of course. It should nevertheless be remembered that, concerning the field of gender equality, the European Western culture has adopted only recently the principle of non-discrimination between men and women on the legal level, and it is still far from achieving equalization in fact. It should also be considered that the principle of religious freedom has been accepted by the Catholic Church only by the Second Vatican Council, after over a millennium of discrimination against non-believers or «otherwise believers». And how to ignore that a century and a half ago, slavery was still in some regions of the western civilisation a pillar of the social order, in support of which the American Federation went through a civil war that jeopardized its own existence. It should also

not be forgotten that a century ago there were ancient civilizations, like that of India, where the confines of caste were unbreakable, being founded on common religious beliefs.

Contrary to what the proponents of the thesis of the clash of civilizations maintain, the rights to freedom and democracy are also spreading within Islam, as the quite recent events in North Africa – in their dramatic and still uncertain outcomes – are demonstrating. Anyway, I am convinced that the battle for the affirmation of individual rights will be fought and won, within the states that still deny them, under the impulse of the other half of mankind, the women.

For these reasons it does not seem inappropriate to give a balanced but basically optimistic evaluation of the relevant differences that still persist in the interpretation of the role of human rights. It looks not at all impossible, in my view, to overcome the barriers that so far prevent their fulfillment through the adoptions by all, included Islam community and states, of a core of shared values and principles.

This would represent a victory of the European civilization. After having imposed its dominance in the world by using the force in the past, Europe could see the victory of the principles of freedom, justice and democracy at the global level. And that, thanks to the power of persuasion: not more *ratione imperii* but rather *imperio rationis*.

## VII. Conclusions

Let me conclude with a few remarks, each of them deserving much larger developments. They concern: a) the role of Roman law in the historical dimension of globalization; b) the actual process of globalization of the planet, c) the need of a common regulation for curbing poverty and inequalities among peoples, for facing global risks, and for assuring the respect of diversities, d) the instruments to achieve these objectives, and e) the role of lawyers in this process.

a) Speaking today in series of lectures devoted to the role of the Roman law in Europe, I hope to have been able to show which is my evaluation of

that role from the late antiquity to the present. Roman law has represented a global law, in many respect exclusive, in the Western Empire of the third to sixth centuries and in the Byzantine Empire for the subsequent nine centuries, till the mid of the fifteenth century. In the West, Roman law has represented in continental Europe, from the twelfth century Renaissance to the end of the eighteenth century, so for seven centuries, a fundamental body of public and private law in force above the states, largely independent from the state rulers; it was a common law complementary and subsidiary to the local and personal laws, but having an enormous impact, filling every lacuna, serving as a basic instrument to interpreters, forming technical jurists in Universities, being reproduced in innumerable specific rules of law. In this sense we can say that Roman law, though following very different ways from those of the late Roman Empire, with different methods and constantly integrated with Canon law and with local and special laws, was in fact a global law system for the whole of Christendom.

b) Probably the most decisive element in the present globalisation process lies in the enormous amount of information now directly available in every part of the world via the Internet in each field of life and culture. Television shows people and facts in distant countries as if they were happening just down the street. Only the plurality of languages still represents an obstacle, even if the widespread adoption of English as *lingua franca* is rapidly increasing. Globalization is already achieved for financial transactions in a world global market operating without interruption 24 hours a day. It is also largely achieved for production and trade, the latter being now ruled by the World Trade Organization (WTO). Without the globalization of information, the diffusion of the political model of democracy would be inconceivable. It also explains the irresistible evolution towards a higher level of welfare in developing countries and the widespread common reaction against the iniquities and the acts of barbarianism committed in lands near and far. The law could not remain unaffected by this history-making revolution – perhaps only comparable to what happened five thousand years ago when the Sumerians introduced writing.

The adoption of certain common standards in transactions has imposed itself as a necessary step. This has been done essentially through customs. Customs are, in the legal world, a sort of Janus. In certain fields, they represent a powerful instrument for preserving traditions practiced for centuries or even millennia, as in family relationships, inheritance rules, or rural life in mountain valleys. On the contrary, for other sectors customs are an effective factor in the unification of law, as in business relationships and in sea and trade law. Among several different traditions and customs, a sort of competition is created, a competition that rewards the most functional, most efficient regulation for a specific purpose. This dynamic applies, at least in part, also in legal doctrine and in legislation. Competition leads to the selection of the best legal rules and practices, which prevail over the others. However, customs also reflect the structure of the existing powers in society, and in this sense their reception is not as spontaneous as it is often represented: this is the result of a process influenced by political and economic powers. It is no coincidence that American Contract Law – with its best practices, its clauses, its advantages and its defects – is nowadays self imposing at an international level well beyond the countries applying the Common law model.

The global market implies that a product coming from a country where the cost of the labour-force is only a fraction of that of a developed country can gain ground abroad even if the different working conditions make a fair competition impossible. Beside that, in many developed and underdeveloped countries the conditions of life are miserable and sometimes even worsening. Emigration by millions of people from Latin America, Asia, Africa, and Eastern Europe carries an enormous amount of pain, suffering, sacrifice. One should never forget that besides the progress of the modern era, in many parts of the planet new forms of poverty, famine, health plagues are threatening billions of human beings. Starving favelas, drought, lack of work, international criminality, even genocides, are not at all decreasing, they are in some cases getting worse.

Globalisation implies that through the media the knowledge of these calamities affects every man on earth, as Kant had prophetically foreseen

two centuries ago. Social justice achieved in a large extent inside the nation states in the last century is now becoming a goal in the relationship among States.

c) The globalisation of customs will no doubt continue, due to the power of the new technologies. New technologies cannot be stopped: what happened for fire and metals, for plough and gun powder, for steam-engines and electricity, is now happening for information and telematics.

The transplant of customs is not limited to economics. Some practices such as a peace process achieved through personal relationships and pardons is a model that comes from Africa and that is being accepted by other people in similar circumstances, after a civil war or even after genocide. Not always, no more *Europa docet*.

But only legislation and governments are able establish boundaries to ensure the correct competition among countries, and guarantee the survival of diversities, which are a richness of human nature and history.

The risk of sacrificing a variety of experiences, cultures, and different traditions in the legal rules is high. This variety holds a value, inside Europe as well and maybe threatened by uniformity and unification. It is essential to appreciate the function of the principle of subsidiarity and the opportunities guaranteed by federal institutions and multilevel legislation. In this sense (but not only in this sense) the imposing enterprise, though still unfinished, of the European Union is a model of global importance.

In this context comes the issue of legislation and jurisdiction as guarantees of conformation and diversity at the same time. If the market is an arena for competition, it cannot function properly without a fixed framework of rules. These rules cannot be established or applied by spontaneous generation. Legislation, put in force through treaties, fulfills this essential function, in the two complementary forms of legislative conformation and of legislative harmonization (Delmas-Marty [1998]).

What is needed is a series of interventions for regulating immigration, for fighting international criminality, for avoiding unfair competition, for sanctioning labour exploitation, for assuring equity: hard tasks, that can be met only with the instruments of the law, at the national level and at

the international and supranational level when necessary. It's evident that criminal organisations which are active over different countries and continents cannot be faced at a national level. It is equally evident that pollution cannot be fought within national states, as water and air have usually no respect of the political borders.

When speaking of legislation at the supranational level, it is important to distinguish between the norms established by treaties and the norms decided by supranational institutions or bodies. UN Assembly is not so far a legislative body, even if it takes binding decisions in some fields, as does the Security Council. In fact, the global laws that are in force today – from those on the bill of exchange to those on international sales or on treaty procedures – are the output of treaties and international conventions, as those decided in Vienna and others. On the contrary, some regional unions, in particular the EU, have a legislative direct power, by co-decision of the EP and of the Council of Ministers, with the legislative exclusive power of proposal lying with the Commission. The difference is substantial, as it is that between a contract (the treaty) and a legislative bill (by a legislative power): procedures for approval and for reform, enforcing, actions in justice started by states or by citizens are basically different.

Besides legislation, justice is a fundamental instrument for achieving unity whilst respecting diversities. The role of the International Courts that are being agreed for criminal cases, along with the International Court of Justice and the other supranational Courts are producing a body of decisions that are influential even where the precedent is not binding. That is certainly true in Europe, both for the Luxemburg Court of Justice and for the Strasburg Court for the Human Rights.

d) The instruments to pursue these goals through new treaties and new international legislation are essentially political instruments. Here is the key for effectively facing three main «challenges of globalization» (Targetti/Fracasso [2008]): poverty, inequalities, and the environment. An essential instrument is legislation. Europe has given a model, with the adoption in the treaties of the principles of cohesion and of solidarity.

But the basic inertia of the existing powers and institutions and the tendency to exploit all the existing powers of a state is true also for the relationships among states: a natural tendency expressed with classical clarity by Tucidides in the famous dialogue between the Athenians and the inhabitants of Melos. This fact enormously reinforces the resistance of the national governments to accept a superior level of decision, even if none of them, in the world we are living today, is no longer properly sovereign, or at least holds only a limited sovereignty. This should lead, in line with the subsidiarity principle, to devolve to the supranational levels the functions and powers that states cannot achieve by themselves alone.

The lasting pretention of states for exerting sovereignty refusing to submit themselves to a superior instance is indeed a formidable obstacle to a system of international relations based on the law and no longer on the force. The United Nations could become the institution fit for this goal. But even if the Chart is clear in foreseeing such a role (mainly in art. 43), its implementation is surely still imperfect due to the reluctance of the states to give UN an autonomous, if controlled, military role. Yet it would be shortsighted not to recognize the historical importance of the developments experienced until now.

It is important to emphasize (here too I agree with Ulrich Beck [2010]) that what is needed today is not a global state. A single government on the entire globe would involve serious risks for freedom essentially because of its monopolistic character: Otfried Höffe (2007) has warned, among others, against the risks of a global Leviathan, and he suggests the genesis of a global Republic subsidiary and federal. What is possible to foresee is rather a global «residual» government, placed on top of a structure that provides at least five territorial levels: municipalities, regions, «national» states, continental federations, and finally the UN the last, however, only after a deep reform in its internal structure with the abolition of the veto power inside the Security Council and with a reinforcement of the powers and of the legitimacy of the General Assembly. It would then be possible to establish a global political structure where the risks of dictatorship – including the risks of the «dictatorship of the majority» evoked in his farseeing vision by Alexis

de Tocqueville – would be impeded by the double safety-net of multilevel governments and of the balance/separation of powers within each level.

e) Utopia? Probably yes, today. But this seems to be the way to the future, if mankind wants to avoid on a structural and not on a merely temporary basis, the catastrophe of war and the very risk of extinction.

Crises, both in politics and in economics, may have heavy, often even tragic consequences. But they also compel us to introduce change, they are a lever for innovation. This is true also in the field of law and institutions. It was the tragedy of the two world wars that forced to create the United Nations; it was the horror of the Holocaust and the terrible genocides of the last century that have overthrown the principle of non-interference in the sovereignty of states. Again, the threat posed by climate change could lead to accept compelling standards for the supranational control of the environment.

The stimulus to change is both political and cultural. And the law has an essential function at this point in human history: it has the role to establish new legislative rules at the national, at the European and continental, and at the global level. New customs of government must be introduced. And the enforcement of the new regulations by effective governmental and judicial powers must be assured at the supranational level.

Here comes, in my opinion, the role that jurists should play in this context. There is a need and a challenge for new analysis, for new synthesis and for new ideas in order to identify the set of rules required for the future development of local, national and supranational legislations, each in its specific role. It is necessary to establish a set of rules that must be interconnected in a very complex network, without forgetting the inescapable goal of legal certainty. The task of twenty-first century jurist is not limited to interpretation and systematization, but is one of creation: just as happened earlier in some phases of history, medieval and modern. I believe that from this perspective, the universities should have an essential and irreplaceable place, because they are (at least potentially) free from the constraints of economic interests and of political powers. History does not teach us what to do, but it can nourish and enrich our experience, and help us not only

in understanding the present but also in preparing the future of the legal systems.

I have tried to show how the three main sources of law: custom, legislation, and legal thinking are called to play a role in shaping the globalized world as the three factors of globalisation in law. Competition in quality commands customs and doctrines, giving an enhanced role to the best among them, or at least to those that are perceived as best. Political will – pushed by three factors: crisis, leadership, and bottom-up pressure – is the motor for legislation, at every level where this is to be established.

In a world full of events of historical significance, for the students who are on their way to becoming lawyers, new perspectives are opening up, the perspectives of the future of legal architecture, that is waiting to be created.

## Bibliography

- Alston, Philip (1999). *Human Rights in Europe and the World. The Challenge of Integration and Globalisation*. [trad. it. (1999) *Diritti umani e globalizzazione. Il ruolo dell'Europa*. Torino.]
- Aman, Alfred C. (2004). *The Democratic Deficit. Taming Globalisation through Law Reform*. New York.
- Beck, Ulrich (1997). *Was ist Globalisierung?* Frankfurt am Main. [trad. it. (2010) *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*. Roma.]
- Berman, Harold (1983). *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge (Mass.).
- Berman, Harold (2003). *Law and Revolution II. The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition*. Cambridge (Mass.)/London.
- Birocchi, Italo/Mattone, Antonello (eds.) (2006). *Il diritto patrio*. Roma.
- Bryde, Brun-Otto (2003). Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, *Der Staat*, 42, pp. 61 ss.
- Delmas-Marty, Mireille. (1998). *Trois défis pour un droit mondial*. Paris.

- Durand, Bernhard (1983). *Histoire comparative des institutions: Afrique, Monde arabe, Europe*. Dakar/Abidjan/Lome.
- Falk, Richard (1998). *Law in an Emerging Global Village*. Ardsley.
- Ferrajoli, Luigi (2007). *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 voll. Roma/Bari.
- Ferraresi, Maria R. (2000). *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. Bologna.
- Ferraresi, Maria R. (2002). *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*. Bologna.
- Ferraresi, Maria R. (2010). *La governance tra politica diritto*. Bologna.
- Gozzi, Gustavo (2010). *Diritti e civiltà. Storia e filosofia del diritto internazionale*. Bologna.
- Habermas, Jürgen (1998). Kantian Idea of Peace. In J. Habermas (ed.), *The Inclusion of the Other*. Milano.
- Habermas, Jürgen. (2004). *Der gespaltene Westen*. Frankfurt am Main. [trad. it. (2005) *L'Occidente diviso*. Bari/Roma.]
- Höffe, Otfried (1999). *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*. München. [trad. it. (2007) *La democrazia nell'era della globalizzazione*. Bologna.]
- Koskenniemi, Martti (2003). *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870–1960*. Cambridge.
- Koskenniemi, Martti (2004). Global Governance and Public International Law, *Kritische Justiz*, 37, pp. 243 ss.
- Langbein, John et al. (eds.) (2009). *History of the Common Law*. Aspen.
- Lupoi, Maurizio (1994). *Alle radici del mondo giuridico europeo*. Roma.
- Mattei, Ugo (2001). *Common Law. Il diritto anglo-americano*. Torino.
- Padoa-Schioppa, Antonio (2003). *Italia ed Europa nella storia del diritto*. Bologna.
- Padoa-Schioppa, Antonio (2005). *Il diritto nella storia d'Europa. Il medioevo* (2<sup>nd</sup> edn.). Padova.
- Padoa-Schioppa, Antonio (2007). *Storia del diritto in Europa*. Bologna.
- Pohl, Walter (ed.) (1997). *Kingdoms of the Empire, the Integration of Barbarians in Late Antiquity*. Leiden/New York/Köln.

- Rajagopal, Balakrishnan (2003). *International Law from Below. Developments, Social Movements and Third World Resistance*. Cambridge.
- Sacco, Rodolfo/Gambaro, Antonio (1996). *Sistemi giuridici comparati*. Torino.
- Scuccimarra, Luca (2006). *I confini del mondo, Storia del cosmopolitismo dall'Antichità al Settecento*. Bologna.
- Singer, Peter (2002). *One World. The Ethic of Globalisation*. New Haven/London. [trad. it. (2003) *One World. L'etica della globalizzazione*. Torino.]
- Spagnuolo, Francesca (2008). *Globalizzazione diritti umani. Il commercio dei servizi nella WTO*. Pisa.
- Targetti, Ferdinando/Fracasso, Andrea (2008). *Le sfide della globalizzazione*. Milano.
- Tomuschat, Christian (2001). *International Law. Recueil des Cours La Haye*. La Haye.
- Tridimas, Takis (2006). *The General Principles of EC Law* (2<sup>nd</sup> edn.). Oxford.

## **Autorinnen und Autoren, Herausgeberin und Herausgeber**

*Uwe Baumann* ist Ordentlicher Professor für Englische Literatur- und Kulturwissenschaft an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

*Iole Fagnoli* ist Ordentliche Professorin für Römisches Recht an der Universität Bern sowie Professore associato di Istituzioni di diritto romano an der Università degli Studi di Milano.

*Peter Heather* ist Full Professor of Medieval European History am King's College London.

*Christoph Krampe* ist Professor emeritus für Bürgerliches Recht, Antike Rechtsgeschichte und Römisches Recht an der Ruhr-Universität Bochum.

*Francesco Milazzo* ist Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano an der Università degli Studi di Catania.

*Wilfried Nippel* ist Ordentlicher Professor für Alte Geschichte an der Humboldt-Universität Berlin.

*Heike Omerzu* ist Professorin (mit besonderen Aufgaben) für Neues Testament an der Theologischen Fakultät der Universität Kopenhagen sowie Research Fellow am Departement of Biblical and Ancient Studies an der University of South Africa, Pretoria.

*Antonio Padoa-Schioppa* ist Professore emerito di Storia del diritto an der Università degli Studi di Milano.



*Pascal Pichonnaz* ist Professeur ordinaire de droit privé et de droit romain an der Université de Fribourg.

*Stefan Rebenich* ist Ordentlicher Professor für Alte Geschichte und Rezeptionsgeschichte der Antike an der Universität Bern.

*Peter-Ben Smit* ist Professor für Neues Testament an der Theologischen Fakultät der Vrije Universität Amsterdam. Seit März 2011 hat er die Stiftungsprofessur des Alt-Katholischen Seminar an der Universität Utrecht für Alte Katholische Kirchenstrukturen inne und ist ausserdem assistierender Pfarrer der Alt-Katholischen Gemeinde Amsterdam.

*Reinhard Zimmermann* ist Geschäftsführender Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg und Ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Historische Rechtsvergleichung an der Universität Regensburg.

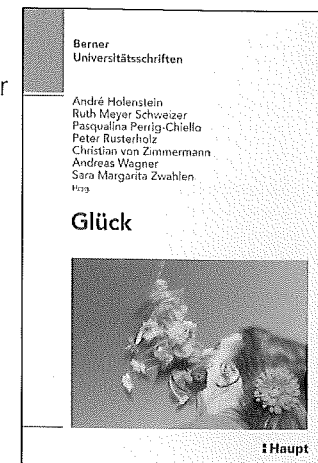
## Hauptthema: Berner Universitätsschriften

André Holenstein / Ruth Meyer Schweizer  
Pasqualina Perrig-Chiello / Peter Rusterholz  
Christian von Zimmermann / Andreas Wagner  
Sara Margarita Zwahlen (Hrsg.)

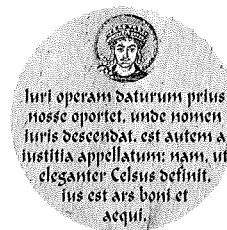
### Glück

Referate einer Vorlesungsreihe des Collegium generale der Universität Bern im Frühjahrssemester 2010

Berner Universitätsschriften. Band 56  
2011. 291 Seiten, 25 Abb., 1 Tab., 2 Übers., kartoniert  
ISBN 978-3-258-07689-8



«Glück ist immer das, was man dafür hält.» Diese Aussage Ingrid Bergmans erfasst die Vielschichtigkeit des Wortes «Glück» und die enorme Breite und Individualität der Glückserfahrungen. Die deutsche Sprache unterscheidet nicht zwischen Glück als äußerem Geschehen im Sinne von «luck» und Glück als Gemütszustand im Sinne von «happiness». Eine inhaltliche Bestimmung ergibt sich nur durch zusätzliche Bezüge, wie z. B. auf verschiedene Zeithorizonte oder Systeme wie Individuum, Familie, Gesellschaft. Zudem müssen wir fragen: Wie verändern sich Begriffe und Ansprüche im Verlauf der Geschichte? Wer ist verantwortlich für Glück und Unglück – Gott, das Schicksal, der Zufall, die Gesellschaft? Oder sind die Einzelnen wirklich ihres Glückes Schmied und damit womöglich dem Zwang zum Glück ausgesetzt? Sind wir fähig, unserem Leben im Glück wie im Unglück einen Sinn zu geben? Ziele der diesem Band zugrundeliegenden Vorlesungsreihe waren, den diffus und undifferenziert verwendeten Begriff «Glück» zu untersuchen, seine Vielfalt und seinen Bedeutungswandel aufzuzeigen und auch vergessene Aspekte wieder ins Bewusstsein zu rufen. Die Beiträge gruppieren sich – nach eher grundlegenden Themen am Anfang und einer Einführung zum Thema «Glück im Lebenslauf» – entlang lebensgeschichtlicher Abschnitte. Eine zusammenfassende Übersicht aus philosophischer Perspektive schließt die Reihe ab.



Keine andere Rechtsordnung hat Europa so stark geprägt wie das Römische Recht. Die Vorlesungsreihe «Das Vermächtnis der Römer – Römisches Recht und Europa» widmete sich aus juristischer wie nichtjuristischer Perspektive diesem Phänomen und versuchte, Antworten auf verschiedene Fragen zu geben: Welche Grundlagen des heutigen Europa liegen im Römischen Recht? Wie lässt sich das Verhältnis von Recht und Herrschaft sowie von Recht und Freiheit bestimmen? Waren «moderne» Themen wie der Umweltschutz Gegenstand juristischer Reflexion? Wie veränderte sich das Römische Recht im Lauf der Jahrhunderte? Welche Bedeutung hatte das Römische Recht für das frühe Christentum und in der Alten Kirche? Wie rezipierten Künstler und Schriftsteller Elemente des Römischen Rechts? Schliesslich: Inwiefern kann das Römische Recht künftig als Vorbild zur Vereinheitlichung der Rechtssysteme der europäischen Länder dienen?

Aus dem Inhalt

Einleitung: *Iole Fargnoli, Stefan Rebenich*

*Pascal Pichonnaz*: Die Schweiz und das Römische Recht. Ein Bild in groben Zügen

*Reinhard Zimmermann*: Römisches Recht und europäische Kultur

*Francesco Milazzo*: Der europäische Jurist. Römisches Recht und drittes Millennium

*Christoph Krampe*: Römisches Recht auf hoher See. Die Kunst des Guten und Gerechten

*Iole Fargnoli*: Umweltschutz und Römisches Recht?

*Peter Heather*: Roman law in the post-roman west. A case study in the Burgundian kingdom

*Uwe Baumann*: Römisches Recht: Rezeption und literarische Repräsentation in der englischen Kultur und Literatur

*Wilfried Nippel*: Römisches Recht und Freiheit

*Heike Omerzu*: Der Prozess Jesu im Spiegel des Römischen Rechts

*Peter-Ben Smit*: Die Christen im Römischen Reich: Römisches Recht und Neues Testament am Beispiel des römischen Adoptionsrechtes und neutestamentlicher Christologie

*Antonio Padoa-Schioppa*: Towards a globalization of law? Developments in Europe from the medieval to the contemporary age

