



GERHARD THÜR

OPERA OMNIA<http://epub.oeaw.ac.at/gerhard-thuer>Nr. 2 (Bericht / *Report*, 1966)**16. Deutscher Rechtshistorikertag (Basel, 21.–24.
September 1966)****Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI) 32, 1966, 510–516**© Lateran University Press, Pontificia Universitas Laternanensis (Rom) mit
freundlicher Genehmigung<http://www.pul.it/it/latern-university-press/>Schlagwörter: *litis contestatio* – *episcopalis audientia* – sumerische Gesetze – Savigny –
Cuiacius*Key Words*: *litis contestatio* – *episcopalis audientia* – *sumerian laws* – Savigny – Cuiaciusgerhard.thuer@oeaw.ac.at<http://www.oeaw.ac.at/antike/index.php?id=292>Dieses Dokument darf ausschließlich für wissenschaftliche Zwecke genutzt werden (Lizenz CC BY-NC-ND),
gewerbliche Nutzung wird urheberrechtlich verfolgt.*This document is for scientific use only (license CC BY-NC-ND), commercial use of copyrighted material will be prosecuted.*

CHRONICA

16. Deutscher Rechtshistorikertag

(Basel, 21-24 September 1966)

Die Juristenfakultät zu Basel veranstaltete vom 21. bis 24. September 1966 den 16. Deutschen Rechtshistorikertag. Etwa 250 Wissenschaftler erlebten die gastliche Atmosphäre der traditionsreichen Bürgerstadt. Festliche Empfänge durch die Fakultät und den Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt sowie ein Ausflug nach Solothurn gaben dem Kongress den gesellschaftlichen Rahmen. An einem strahlenden Herbsttag bildete eine Einladung auf Schloss Wartenfels den Abschluss der Tagung; die freundliche Bewirtung der Gäste durch die Damen H. Meidinger-Hummel, H. Fuchs-Meidinger und Herrn Professor J. G. Fuchs wird allen Teilnehmern in angenehmer Erinnerung bleiben.

Im Festvortrag von WERNER KAEGI, '*Discordia concors*', *Vom Mythos Basels und der Europaidee Jacob Burckhardts*, legte der Redner, ausgehend von der Basler Mythengeschichte, das vielschichtige Europabild des Basler Gelehrten dar, das in den Formulierungen: «Einheit spannungsreicher Vielfalt oder vielfältiger Kontraste» seinen konzisen Ausdruck finde.

Die Reihe der Fachreferate eröffnete MAX KASER mit dem Vortrag *Das Formproblem der litis contestatio*¹. Der Referent führte aus, dass die Frage nach der Form der *l. c.* von dem Problem des Wesens und der Funktion dieses Vorganges nicht zu trennen sei. Nach kurzer Kennzeichnung des Forschungsstandes, der Arbeiten von Keller, Wlassak und der jüngeren Doktrinen, als deren stärkster Exponent G. Jahr erscheint, wandte sich der Vortragende den Quellen zu. Sie lassen erkennen, dass das *litem contestari* des Klägers und das *iudicium accipere* des Beklagten sich auf denselben Vorgang beziehen, nämlich auf die gemeinschaftliche Unterwerfung beider Parteien unter das zwischen ihnen und dem Prätor ausgehandelte Prozessprogramm, ein Vorgang, der sich mindestens in der älteren Zeit in einem Zeugenaufruf '*testes estote*' verkörperte. Diese Unterwerfung war erforderlich,

¹ Der Vortrag wird in erweiterter Gestalt in ZSS. 84 (1967), veröffentlicht.

weil ohne sie die Parteien – namentlich der Beklagte – nicht an das Urteil der einzusetzenden privaten Geschworenen gebunden gewesen wären. Den Vorgang selbst, mit dem diese Unterwerfung zustande kam, sieht der Referent für den Legisaktionsprozess in dem rituellen Austausch der Spruchformeln, mit denen der Streit eingesetzt wurde. Die *l. c.* konnte mithin in vielen Fällen schon vollzogen werden, bevor die Person des Richters oder der Richter ermittelt war.

Das Verfahren zur Ermittlung des Richters (eines einzelnen oder einer Mehrzahl) war so gestaltet, dass mittels eines begrenzten Ablehnungsrechts der Parteien die Unparteilichkeit des Richters gewahrt wurde. War eine Partei bei dessen Wahl nicht anwesend, verwirkte sie allerdings ihr Ablehnungsrecht, blieb aber an die mit der *l. c.* bereits vollzogene Unterwerfung unter das Streitprogramm gebunden.

Als mündlicher Formalakt gehört die *l. c.* bereits zum Legisaktionsverfahren. Im Formularprozess dagegen hat sich das Formerfordernis verflüchtigt; man wird sich damit begnügt haben, dass sich die Parteien in irgendeiner Weise mit dem Dekret einverstanden erklärten, in dem der Prätor das in der *formula* niedergelegte Streitprogramm verbindlich festsetzte. Die *l. c.* des Formularprozesses wird regelmäßig stattgefunden haben, nachdem der Richter bereits ermittelt war; doch war ausnahmsweise eine erst auf die *l. c.* folgende Richterermittlung auch in diesem Verfahren noch möglich.

Die These, die Richterermittlung sei vom Vorgang der *l. c.* zu trennen, stand im Mittelpunkt der Diskussion. W. Kunkel wandte ein, das römische Zivilverfahren werde von dem Grundsatz beherrscht, ohne Zustimmung des Beklagten könne der *iudex* nicht bestellt werden. Die Fälle, in welchen den Parteien lediglich ein Ablehnungsrecht eingeräumt worden war, handelten vom Rekuperatorenverfahren, welches sich gerade dadurch auszeichnete, dass den Parteien ihr Einfluss auf die Richterbestellung genommen war. Der Referent stellte dem entgegen, wie jede Freiheit habe auch die Freiheit der Richterwahl ihre innere Grenze; sie liege im Ablehnungsrecht. Dem Argument von Th. Mayer-Maly, eine *lis ordinata* (Festus) sei ohne Einsetzung des *iudex* nicht vorstellbar, begegnete der Referent mit dem Hinweis, im *iudicium ordinatum* sei noch nicht die Person des Richters festgesetzt, sondern nur das Gericht als Institution.

G. Brogini begrüßte den Vortrag als ein Kapitel aus der Geschichte der Überwindung des Formalismus im römischen Recht. Die Möglichkeit, den Prozess ohne Änderung des Streitprogramms einem anderen *iudex* zu übertragen, beweise, dass die Richterbestellung unabhängig von der *l. c.* erfolgt sei.

WALTER SELB griff ein bereits vielbehandeltes Thema auf, die *Episcopalis audientia*². Er sieht es nicht nur als Teil der römischen Rechtsgeschichte und des römischen Prozessrechts, sondern auch, in Fortsetzung der antiken Tradition, als

² Eine erweiterte Fassung des Vortrags erscheint in ZSS. 84 (1967).

Teil einer Geschichte der syrischen Rechtsliteratur an. Um ein Gesamtbild dieser Einrichtung zu geben, schien es ihm notwendig, die vieldiskutierten Anfänge staatlich beachteter oder anerkannter *ep. aud.* im 4. und 5. Jahrhundert noch einmal zu untersuchen, da die Vielfalt der Lehrmeinungen es derzeit nicht ermögliche, ein klares Bild zu gewinnen.

Der Referent legte zuerst in groben Umrissen die Hauptprobleme und grundlegenden Verschiedenheiten der Auffassungen dar, dann ging er auf die einzelnen, das Thema betreffenden kaiserlichen Constitutionen ein, die nach den enttäuschenden Ergebnissen der Papyrologie und Patristik auf diesem Gebiet noch immer die Hauptquellen sind: CTh. 1, 27, 1; CSirm. 1; CI. 1, 4, 7; CTh. 1, 27, 2 und Nov. 35 Valentinians III. Zu CTh. 1, 27, 1 vertritt er die Auffassung, dass diese Stelle nur eine zweiseitige Provokation zulasse, das sie thematisch – ohne Möglichkeit der Schlussfolgerung ‘*e silentio*’ oder ‘*e contrario*’ – nur das Thema der Streitbeendigung vor dem weltlichen Gericht durch Provokation an das bischöfliche Gericht behandle und dass die konstantinische Neuerung allein darin bestanden habe, den bischöflichen Spruch in einen Spruch des Richters, bei dem der Rechtsstreit vor der Provokation anhängig war, umzusetzen. Zu CSirm. 1 schliesst sich der Referent der Meinung an, dass die Constitution echt, aber im Text durch Glossen kirchlicher Herkunft verändert worden sei. Gerade im entscheidenden Satz von der einseitigen Provokation sieht er eine derartige Glosse. In CI. 1, 4, 7 erkennt er durchaus keine Reformkonstitution. Es sei hier nicht einmal die Notwendigkeit des Konsenses behandelt, sondern lediglich dessen Gegebenheit im Hinblick auf eine kirchliche Praxis, die das Einverständnis gelegentlich erzwang. Schlussfolgerungen für oder gegen die seit CSirm. 1 zugestandene Vollstreckbarkeit der bischöflichen *sententiae* lasse die Stelle wegen ihrer Thematik überhaupt nicht zu. CTh. 1, 27, 2 und Nov. 35 Valentinians III fügen sich dem nahtlos ein. Thema der zuletzt zitierten Stelle sei allein das *privilegium fori* für Kleriker. Auf die *ep. aud.* für Laien und das Konsenserfordernis werde nur kurz verwiesen. Weder für Laien noch für Kleriker sei ein formales *compromissum* erforderlich gewesen. Genau wie in CI. 1, 4, 7 hätte der Thematik wegen auch kein Anlass bestanden, die Vollstreckbarkeit der *sententiae* zu behandeln.

So zeige sich in einem Gesamtüberblick die *ep. aud.* in stets gleicher Gestalt: Notwendigkeit des Kompromisses für eine Provokation, Formlosigkeit dieses Kompromisses und staatliche Vollstreckungshilfe seit CSirm. 1 (nach einem ersten, auf halbem Wege verharrenden Versuch in dieser Richtung in CTh. 1, 27, 1). Die *ep. aud.* habe nicht im Spannungsfeld des sich wandelnden Verhältnisses von Kirche und Staat gestanden und sei deshalb auch im Rahmen wechselnder Kirchenpolitik keiner fortwährenden reformerischen Abwandlung unterworfen gewesen. Die Bedeutung dieser Einrichtung dürfe daher keineswegs überschätzt werden.

Auf die Frage F. Wieackers, ob man methodisch richtig den kirchenpolitischen Hintergrund bei der Interpretation der Stellen ausser Acht lassen dürfe, erwiderte

der Referent in der Diskussion, er sei im Gegensatz zu anderen Untersuchungen bewusst so vorgegangen. Die herangezogenen Constitutionen seien zwar Ausfluss der staatlichen Kirchenpolitik, aber die Themen dieser Politik seien nach Konstantin andere als die *ep. aud.* gewesen, etwa das *privilegium fori* in Nov. 35 oder die kirchlichen Versuche, eine Ausdehnung ihrer Kompetenzen in *negotia ecclesiastica* zu erreichen.

PETER LIVER sprach über *Die Servitut in der Eigentumsordnung und Eigentumslehre der deutschen, französischen und italienischen Rechtsgeschichte*. An der Stellung der Servituten als Beschränkung des Eigentums lasse sich die Gestalt, in welche eine Rechtsordnung diese Institution kleidet, im besten darstellen. Der Referent ging davon aus, dass allen drei zur Rede stehenden Rechtssystemen ein und derselbe Eigentumsbegriff zugrunde liege, durch die Regelung des Servitutenrechts aber eine jeweils verschiedene Eigentumsordnung verwirklicht werde. Dogmatisch sei die italienische Rechtswissenschaft mit der Einteilung in mittelbare und unmittelbare Servituten (Contardo Ferrini) am weitesten fortgeschritten. Bei der Besprechung der Servituten in der historischen Entwicklung der drei behandelten Rechtsordnungen legte der Referent den Akzent darauf, in welchem Verhältnis genossenschaftlich-germanistische und individualistisch-romanistische Elemente in die Privatrechtskodifikationen aufgenommen wurden. Die Diskussion (K. Krause, E. Hellbling, F. Klein) entspann sich um die Frage, unter welchen Voraussetzungen Begriffe wie das Eigentum als Massstäbe der heutigen Dogmatik rechtsgeschichtliche Erscheinungen in ihrer wahren Perspektive zu erfassen vermögen.

Den zweiten germanistischen Vortrag hielt KARL KROESCHELL über das Thema *Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht*. Der Referent trat der älteren Meinung entgegen, derzufolge die Hausherrschaft als Urform aller Herrschaft gegolten habe, da ihr im germanischen Altertum sowohl die Gottes- als auch die Königsherrschaft gleichgesetzt worden sei. Als Quellenmaterial zog er die frühe Rechtssprache heran. Nach wortgeschichtlichen Untersuchungen, in welcher Zeit und in welchen Bedeutungen die einzelnen die Herrschaft bezeichnenden Termini belegt sind, warnte er davor, Wortbedeutungen, die sich erst im Laufe des Mittelalters nachweisen lassen, in die Frühzeit zu übertragen. Die ältere Lehre habe die Begriffe von der ideologischen Färbung, die sie in späterer Zeit angenommen hatten, nicht befreit. In der Diskussion wurde näher zu klären versucht, wie und wann die Begriffe 'Haus' und 'Herrschaft' zu dieser Färbung gekommen seien. Erst im 13. Jh. sei unter aristotelischem Einfluss der Terminus 'Haus' als konstitutives Prinzip eingeführt worden (W. Conze); der Ursprung des Begriffes 'Herrschaft' bleib offen.

BERNHARD PANZRAM trug die Ergebnisse seiner Forschungen über *Die frühkirchliche Bischofssynode* vor. Alle drei Theorien, die deren Entstehung zu erklären

versuchen, scheinen nach der Meinung des Referenten nicht ausreichend fundiert. Dass die Bischofssynode direkt an die Tradition des ersten Apostelkonzils in Jerusalem anknüpfe, sei unwahrscheinlich, da sämtliche zeitgenössischen Bezüge darauf fehlten. Auch das Vorbild der römischen Provinziallandtage sowie das der einfachen Gemeindeversammlungen habe nicht den Ausschlag gegeben; vielmehr seien zwei Gründe für das Einsetzen der Synoden im 2. Jh. massgeblich: der äussere Anlass liege im Auftreten des Montanismus, wodurch Probleme gestellt wurden, deren Lösung die Vorsteher mehrerer Christengemeinden zu gemeinsamem Handeln gezwungen habe. Die wesentliche innere Voraussetzung aber habe in der *communio* und dem solidarischen Verantwortungsbewusstsein der *ἐπίσκοποι* gelegen, die sich seit Tertullian als *ordo* im juristischen Sinne verstanden hätten. Weder das hierarchische noch das territoriale Element hätte Art und Verfahren der frühkirchlichen Bischofssynoden bestimmt, sondern praktische Bedürfnisse, nämlich die Abwehr der Sekte. Diskutiert wurde das Verfahrensrecht und das Funktionieren der Versammlungen (G. May, J. G. Fuchs, W. Selb).

Zum Thema *Konkordatstheorie und Konkordatspraxis im 19. Jahrhundert* untersuchte KLAUS OBERMAYER die Grundlagen der geltenden Doktrinen, sowohl vom kirchlichen als auch vom staatlichen Standpunkt aus betrachtet.

Die wissenschaftlichen Mitteilungen wurden getrennt in zwei Sektionen gehalten: 'römisches und antikes Recht' und 'mittelalterliche und neue Rechtsgeschichte'.

In der ersten Sektion sprach V. KOROSEK über *neue sumerische Gesetzesfragmente*. Die zwölf Bestimmungen aus der Zeit der 3. Dynastie (2050-1950 v. Chr.), deren spätere Abschrift auf zwei Tontafeln in Ur gefunden wurde, beweisen nach Meinung des Referenten, dass die neusumerische Rechtsentwicklung ohne Bruch in die altbabylonische übergegangen sei.

Die Mitteilung von M. BARTOSEK stand unter dem Titel *Practor iudexque im Lichte der Verrinen*. Der Referent hatte sich zum Ziel gesetzt, das « wahre » Antlitz der römischen Gesellschaft zu enthüllen. Nicht die juristischen Texte, in denen der *practor* als mechanischer Faktor aufträte, sondern die praktischen Schriften seien es, welche die menschlichen und wirtschaftlichen Motive aufdeckten, nach welchen der Jurisdiktionsmagistrat Klagen zugelassen oder abgelehnt habe. Verres sei ein repräsentatives Beispiel für das ganze System; Cicero habe als *homo novus* die Klasse, in die er selbst aufsteigen wollte, kritisch beobachtet, und seine Vorwürfe gegen Verres' Amtsführung beruhen deshalb wenn nicht auf Wahrheit, so doch auf höchster Wahrscheinlichkeit. Der private *iudex* hingegen habe völlig freie Hand darin gehabt, welche Partei er durch sein Urteil begünstigen wolle. Aus den Übergriffen, die sich Mitglieder derselben Klasse gegen einander erlauben konnten, sei zu erkennen, dass das Prozessrecht von der herrschenden Klasse in Rom als legales Mittel dazu benutzt wurde, ihre Macht durchzusetzen.

J. M. KELLY entwarf die *Möglichkeit einer römischen Prozess-Statistik*. Der Platz, der einer Institution in der juristischen Literatur eingeräumt werde, stehe oft in keinem Verhältnis zur praktischen Bedeutung dieser Einrichtung im Rechtsleben. Auch im römischen Recht gelte der Grundsatz, dass Rechtsstreitigkeiten, bei denen die Parteien auf verschiedenen gesellschaftlichen Stufen stehen, in der Regel nicht im Prozesswege ausgetragen werden. *Actiones* gegen einen stärkeren Beklagten (z. B. *quod metus causa*; *in iudicem, qui litem suam fecit*) würden praktisch nicht erhoben, der Streit gegen eine schwächere Partei (z. B. auf Rückzahlung eines Zinsdarlehens, *ao. pignoratitia*) ende meist durch vorprozessualen Vergleich. Andere Klagen, wie diejenige gegen den *fur manifestus* auf das *quadruplum* des Wertes der gestohlenen Sache, seien meist von vornherein aussichtslos.

Den Fällen der vertikalen Schichtung wurden horizontal geschichtete Verhältnisse gegenübergestellt (z. B. Erbschaftsklagen, nachbarrechtliche Streitigkeiten, *mandatum, societas, negotiorum gestio*). Von diesen Betrachtungen ausgehend, suchte der Referent grob abzuschätzen, in welchem Verhältnis sich die juristische Literatur des 1. Jh. n. Chr. einerseits mit praktischen Rechtsfällen und andererseits mit theoretischen Erörterungen befasst habe, wobei ihm 'respondere' und 'dicere, existimare' als Anhaltspunkte dienten.

Bemerkungen zu Savignys System des heutigen Römischen Rechts trug H. KIEFNER vor. Konzentriert auf fünf Hauptpunkte, suchte der Referent den Einfluss der Lehren Kants auf das Systemgebäude Savignys nachzuweisen: (1) Die Definition des tragenden Begriffes, des subjektiven Rechts, finde Parallelstellen in der Metaphysik der Sitten; ebenso liessen sich Savignys Irrtumslehre und die Fiktionstheorie der Stellvertretung und der juristischen Person erklären. (2) Die *actio* sei das subjektive Recht im Zustand der Verletzung. (3) Am Beispiel von D. 42, 1, 53, Modestin, zeigte der Referent, wie Savigny das System über die Quellenaussagen gestellt habe. (4) Eine Schlüsselstellung im System nehme das Geld ein. Als einzige Sache mit völlig unbestimmtem Zweck sei es der alleinige Träger wirklicher Freiheit. Frei sei nach Savigny nur, wer über Geld verfüge. (5) Schliesslich nannte der Referent den Isolierungseffekt, wonach die inhaltliche Gerechtigkeit eines Vertrages nicht in Frage stehe, der Wille lediglich als formales Element betrachtet werde. Aus diesem Grunde vermochte Savigny das Familienrecht, dessen sittlicher Zweck nicht zu eliminieren ist, seinem System nur mit Schwierigkeit einzufügen. Dieses Gebiet habe der Reduzierung des subjektiven Rechts auf das Vermögensrecht – auf Geld – am meisten widerstrebt. Bereits F. v. Lassalle habe zu dieser Lehre geäußert, wo sich das Privatrecht vom Politischen abzulösen scheint, sei es noch viel politischer als das Politische selbst.

In der zweiten Sektion wurden folgende Mitteilungen gehalten: U. EISENHARDT, *Die Aufsicht über das Bücher- und Pressewesen im alten Reich und im Deutschen Bund*; H. E. TROJE, *Recitationes Cuiacii ineditae - Vorlesungsnachschriften des*

Frankfurter Syndicus Heinrich Kellner (1536-1589) aus seiner Studienzeit in Bourges 1560/61; K. MOMMSEN, Das Studium der Jurisprudenz im 17. Jahrhundert; F. KLEIN, Der Schweizer Josef Hyazinth Froidevaux - österreichischer Hofrat der Theresianisch- Josephinischen Kodifikationszeit.

Am Rande ist zu erwähnen, dass in einer gesonderten Sitzung erörtert wurde, ob und wie der *Index Interpolationum* fortzuführen und die im Heidelberger Institut geleisteten Vorarbeiten zu verwerten seien. Die Vorschläge G. Brogginis, das Werk als *Index Citationum* fortzusetzen, fanden die Zustimmung der Romanisten.

Der 17. Deutsche Rechtshistorikertag wird 1968 in Münster stattfinden.

GERHARD THÜR