

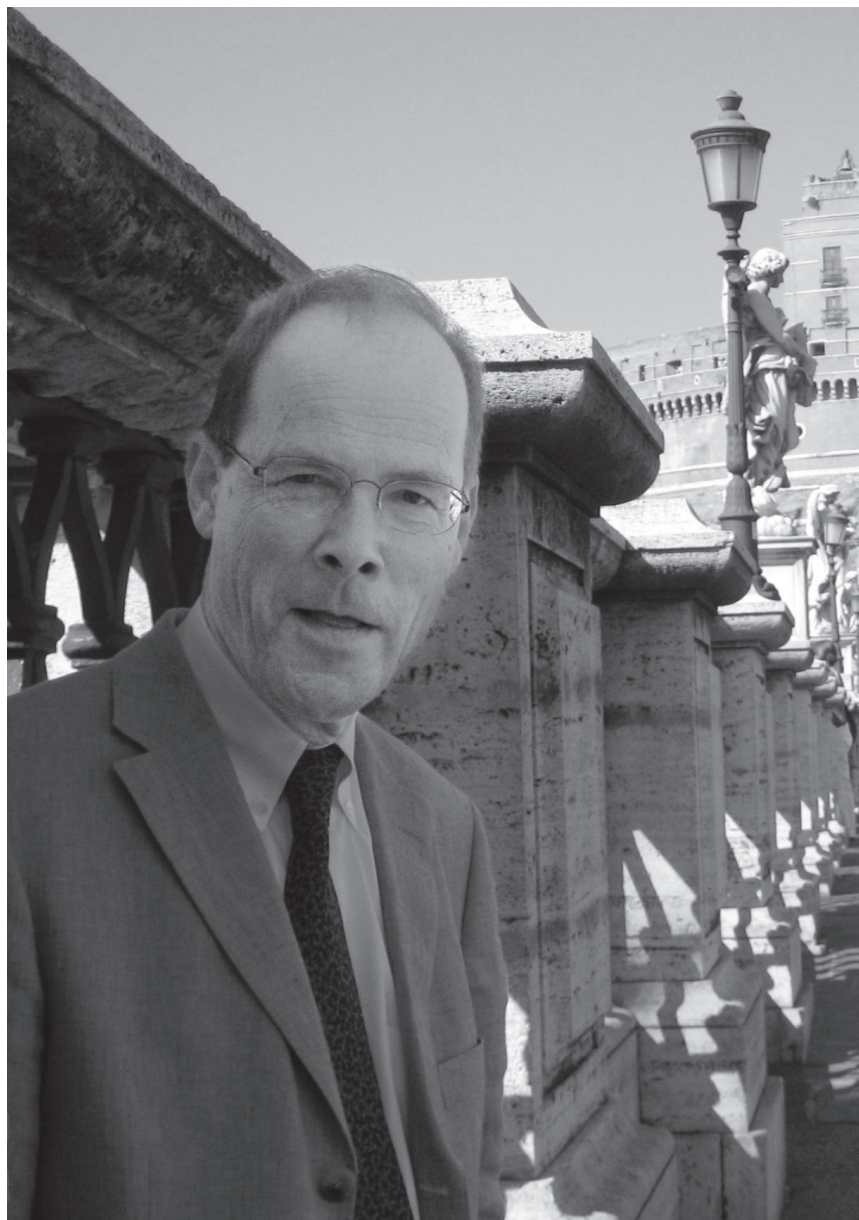
Festschrift für Jan Schröder zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von
ARNDT KIEHNLE,
BERND MERTENS UND
GOTTFRIED SCHIEMANN

Mohr Siebeck

Festschrift für Jan Schröder





b São

Festschrift für Jan Schröder zum 70. Geburtstag

am 28. Mai 2013

herausgegeben von
Arndt Kiehle, Bernd Mertens
und Gottfried Schiemann

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-152658-9 / eISBN 978-3-16-167290-3 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

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

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach aus der Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Am 28. Mai 2013 vollendet Jan Schröder, ordentlicher Professor für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht an der Universität Tübingen und seit 2009 im Ruhestand, sein 70. Lebensjahr. Diese Festschrift vereint 40 Beiträge von Freunden, Schülern und Kollegen aus dem In- und Ausland. Sie gliedert sich in drei Abteilungen. Die erste Abteilung ist speziell der Methodengeschichte des Rechts gewidmet, die zweite etwas allgemeiner der juristischen Wissenschafts- und Dogmengeschichte und die dritte bietet einen Einblick in die Vielfalt neuzeitlicher Rechtsgeschichte. Damit sind zugleich die Forschungsschwerpunkte des Jubilars umrissen. Jan Schröders intensive Beschäftigung mit der Rechtsgeschichte begann, nachdem die Promotion in Hamburg noch ein strafrechtliches Thema zum Gegenstand hatte, in seiner Assistentenzeit bei Gerd Kleinheyer in Regensburg und Bonn. Hier wurde der Grundstein gelegt für die nüchtern-unprätentiöse, präzise, dichte und quellengesättigte Arbeitsweise, die alle Werke Jan Schröders in unverwechselbarer Weise prägt. Hier entstanden auch die ersten Auflagen jenes Taschenbuchs, das wohl von allen seinen Werken die größte Verbreitung auch bei Studenten, praktisch tätigen Juristen und Nichtjuristen gefunden hat: Die Sammlung von Biographien deutscher (und später auch europäischer) Juristen aus fünf (später neun) Jahrhunderten, die er zusammen mit Gerd Kleinheyer herausgibt und die auch ins Japanische und Chinesische übersetzt wurde.

Mit der Habilitationsschrift von 1978 war eines seiner großen Themenfelder bereits weit durchmessen: die Wissenschaftsgeschichte und die Frage des Übergangs der Jurisprudenz zur Rechtswissenschaft. Der Schlüssel hierzu liegt in der juristischen Methode und Rechtsquellenlehre, in deren geschichtliche Genese Jan Schröder in den folgenden Jahrzehnten immer tiefer und facettenreicher eindringen sollte. Diese Arbeiten gipfelten in dem Werk „Recht als Wissenschaft“, das in seiner 2001 erschienenen ersten Auflage die Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule erstmals umfassend darstellt. Die zweite Auflage 2011 führt diese monumentale Darstellung weiter bis in das frühe 20. Jahrhundert. Wer sich einen Überblick über die ganze Breite seiner rechtshistorischen Arbeiten verschaffen will, der greife zu der 2010 ebenfalls im Verlag Mohr Siebeck erschienenen Aufsatzsammlung (Jan Schröder, Rechtswissenschaft in der Neuzeit. Geschichte, Theorie, Methode. Ausgewählte Aufsätze 1976-2009), der auch ein vollständiges Schriftenverzeichnis beigelegt ist.

Viele Auszeichnungen zeugen von dem hohen Ansehen, das der Jubilar im In- und Ausland genießt. Er ist ordentliches Mitglied der Akademie der Wis-

senschaften und der Literatur in Mainz und Ehrendoktor der Universität Stockholm. In Tübingen errichtete und leitete er die Forschungsstelle für Geschichte der Rechtswissenschaft, die der Förderung des wissenschaftlichen Austausches zur Geschichte der neuzeitlichen Rechtswissenschaft dient. Die Herausgeber und Autoren möchten mit dieser Festschrift Dank sagen dem Freund, Lehrer und Kollegen Jan Schröder, dem sie alle auf die eine oder andere besondere Weise verbunden sind und dem sie viele weitere erfüllte Lebensjahre an der Seite seiner Frau Erika Schröder wünschen. Dieser Dank ist auch ein ganz persönlicher, denn wer Jan Schröder kennt, schätzt ihn nicht nur als hervorragenden Wissenschaftler, sondern auch als sehr bescheidenen, stets tatkräftig hilfsbereiten Menschen mit fein- und zugleich tiefsinnigem Humor.

Der Dank der Herausgeber gilt natürlich auch allen, die bei der Entstehung dieser Festschrift mitgewirkt haben. Wer jemals versucht hat, die Beiträge von vierzig verschiedenen Autoren aus ganz unterschiedlichen Ländern rechtzeitig zu erlangen und zu einem homogenen Ganzen zu verschmelzen, mag ermes- sen, wie viel Mühe, Geduld und freundliche Bestimmtheit dafür nötig ist. Großen Dank schulden die Herausgeber hierbei Frau Christiane Höhne, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Erlanger Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte, deren sorgfältige redaktionelle Bearbeitung der Beiträge nicht unmaßgeblich zum einheitlichen Erscheinungsbild beigetragen hat. Unser Dank gilt auch einem anonymen Spender aus der schwäbischen mittelständischen Wirtschaft, der die Drucklegung großzügig gefördert hat. Dem Verlag Mohr Siebeck danken wir, dass er aus dem umfangreichen Manuskript und den vielen Korrekturen in gewohnt zuverlässiger, zügiger und reibungsloser Manier ein schönes Buch gemacht hat, das – wie wir hoffen – dem Jubilar und allen Lesern Freude bereiten wird.

Erlangen/Tübingen, im November 2012

Arndt Kiehnlé
Bernd Mertens
Gottfried Schiemann

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
-------------------	---

A. Methodengeschichte

<i>Christian Baldus</i>	
Verfahren, Wahnsinn und Methode – Modestin D. 27,8,27pr. und die politische Methodengeschichte der Jurisprudenz	3
<i>Thomas Finkenauer</i>	
Die Redaktion des zweiten Entwurfs eines BGB und die historische Auslegung	21
<i>Christian Hattenhauer</i>	
Ad totius iuris cognitionem. Zum Systemverständnis bei Hugo Donellus	51
<i>Hans Hattenhauer</i>	
Zur Rezeption der Lehre von der authentischen Interpretation	69
<i>Peter Landau</i>	
Kritische Bemerkungen zu Thomas Simons Bestreitung der gesetzessystematischen Umwälzung des hohen Mittelalters	81
<i>Bernd Mertens</i>	
Die Fürstbischöfe von Bamberg als aufklärerisch-absolutistische Gesetzgeber	99
<i>Karin Nehlsen-von Stryk</i>	
„Consuetudo quando dicatur rationabilis“ – Zur Rationabilität der Gewohnheit in den Observationen des Andreas Gaill	123
<i>Marie Sandström</i>	
Friedrich Carl von Savigny und die „juristische“ rechtswissenschaftliche Methode	145
<i>Andreas Thier</i>	
Ius canonicum positivum, demonstratio und Vernunftrecht: Wandlungen in der Ordnung des kirchlichen Rechtswissens im Zeitalter der Aufklärung	169

Jan Thiessen

Gute Sitten und „gesundes Volksempfinden“ – Vor-, Miss- und Nachklänge in und um RGZ 150, 1	187
---	-----

Stefan Vogenauer

Zivilprozessuale Folgen subjektiver und objektiver Interpretationslehren: Das Reichsgericht und die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen	221
--	-----

B. Wissenschafts- und Dogmengeschichte

Wilhelm Brauneder

Eine Pfandherrschaft Kaiser Maximilians I. im 20. Jahrhundert	249
---	-----

Gerhard Dilcher

Otto von Gierkes soziales Genossenschaftsdenken und die NS-Rechtsideologie – eine Kontinuität?	255
--	-----

Ulrich Eisenhardt

Sittenwidrigkeit und Wucher – Zur Entstehungsgeschichte des § 138 BGB	289
---	-----

Wolfgang Ernst

Abstimmen nach den Gründen oder nach dem Endresultat – Eine Prozessrechtskontroverse im 19. Jahrhundert	309
---	-----

Wolfgang Forster

Die Person und ihr Ansehen – <i>acceptio personae</i> bei Domingo de Soto	335
---	-----

Hans-Peter Haferkamp

Reformbestrebungen innerhalb der Historischen Schule: Das Rheinische Museum für Jurisprudenz	351
--	-----

Masasuke Ishibe

Die Naturrechtslehre im Preußen der Restaurationszeit	369
---	-----

Bernd-Rüdiger Kern

Die Königsberger Historische Rechtsschule	383
---	-----

Arndt Kiehnle

Der gutgläubige Erwerb im württembergischen Mobiliarsachenrecht des 19. Jahrhunderts	401
--	-----

Diethelm Klippel

Die Allgemeine Staatslehre um 1800	423
--	-----

Heiner Lück

- Zwischen *modus legendi* und *modus vivendi* – Ein Beitrag zur Geschichte des Rechtsunterrichts an der Universität Wittenberg im Reformationsjahrhundert 443

Knut Wolfgang Nörr

- Henry Vizios und René Morel: zwei Erneuerer der französischen Zivilprozessrechtswissenschaft 469

Gerhard Otte

- Ungleichheit durch Gleichheit – Zur Einführung des BGB-Pflichtteilsrechts in der ehemaligen DDR 479

Claes Peterson

- Daniel Boëthius und das Kantsche Dilemma – Zur Frage der Entwicklung des juristischen Wissenschaftsbegriffes 497

Eduard Picker

- Die insolvenzrechtliche Aussonderung aufgrund obligatorischer Rechte oder: Vom Sinn geschichtlicher Rechtswissenschaft 517

Karl Otto Scherner

- Rechtswissenschaft als Orientierung in unbekanntem Gelände 547

Gottfried Schiemann

- Doppelverwandtschaft nach Adoption – Über gesetzliche Fiktionen und ihre Grenzen im Familienrecht 569

Mathias Schmoeckel

- Zum Ende konfessioneller Prägungen – Franz Schmier, Karl Anton v. Martini und die Pufendorf-Rezeption in Österreich . . . 585

C. Vielfalt der neuzeitlichen Rechtsgeschichte

Daniel Damler

- Harmonie und Melodie im Staatsdenken der Neuzeit 609

Franz Dorn

- Von Hofkomödianten, Privilegien, ehelicher Vormundschaft und einem unwillkommenen Vergleich – Friederike Caroline Neubers Kampf um „ihr“ Theater im Fleischhaus zu Leipzig 633

Martin Heckel

- Von Luthers Reformation zum *ius reformandi* des Reichskirchenrechts – Rechtliche Perspektiven der Adelschrift Luthers 1520 661

Heinz Holzhauer

Der „Beidler-Prozess“ des Jahres 1914 – Isolde Beidler gegen ihre Mutter Cosima Wagner wegen ihrer Anerkennung als Tochter Richard Wagners	683
--	-----

Gerd Kleinbeyer

Ein Reichshofratsprozess an der Wende vom 16. zum 17. Jahrhundert	699
---	-----

Adolf Laufs

Das jüngste Gericht in der Rechtsgeschichte	709
---	-----

Louis Pablow

Internationales Kartellrecht und europäische Wirtschaftspolitik in der Zwischenkriegszeit	725
--	-----

Clausdieter Schott

„Erubescimus sine lege loqui“ – ein Juristenspruchwort	743
--	-----

Werner Schubert

„Die Weisungsfreiheit bei der Richterarbeit“ (1941) – Ein Referat von Wilhelm Schwister (Präsident des OLG Düsseldorf von 1933–1943) für das Reichsjustizministerium	771
--	-----

Michael Stolleis

Blaise Pascal – Gedanken zur Ungewissheit des Rechts	787
--	-----

Dietmar Willoweit

Der „neue Naturalismus“ und das Recht	799
---	-----

Autorenverzeichnis	809
------------------------------	-----

A. Methodengeschichte

Verfahren, Wahnsinn und Methode

Modestin D. 27,8,27pr. und
die politische Methodengeschichte der Jurisprudenz*

Christian Baldus

I. Einleitung

Der Jubilar, so lässt sich ohne Übertreibung sagen, hat der Methodenlehre einen besseren Platz in der Rechtsgeschichte verschafft – und der Rechtsgeschichte, so ist zu hoffen, einen besser sichtbaren in der Methodenlehre. Er hat damit zugleich zu jener gegenwärtigen Renaissance der deutschen Methodendiskussion beigetragen, die – von europäischen Herausforderungen angestoßen –¹ alle Teilgebiete des Rechts erfasst. Er hat die rechtspraktische und rechtspolitische Relevanz von Methodenfragen ebenso herausgearbeitet wie den Einfluss philosophischer und rhetorischer Strömungen auf die Normdeutung. Er ist gerade dadurch dem verbreiteten Vorurteil entgegen getreten, Auslegung sei beliebig, nichts als bestenfalls ein Glasperlenspiel, typischerweise ein Produkt kontingenter Interessen.

* Die Quelle war zwischen 2010 und 2012 Gegenstand unterschiedlich zugeschnittener Vorträge u.a. in Siena und Palermo. Einige Ergebnisse daraus werden hiermit vorgelegt. Den Kollegen Emanuele Stolfi und Mario Varvaro danke ich für Einladungen und Diskussionen. Einige Spezialfragen philologischer, römischrechtlicher oder rechtsphilosophischer Art werden für die Zwecke dieses Beitrages übergangen. Wertvolle Hinweise verdanke ich namentlich Frau Kollegin Ulrike Babusiaux, Zürich; Frau Kollegin Fara Nasti, Montecassino; Herrn Kollegen Gert Ueding und Herrn Thomas Zinsmaier, Tübingen; Herrn Kollegen Clemens Zintzen, Köln/Mainz. – Bei Abschluss des Typoskripts erreicht mich ein Artikel zur selben Stelle: *Andrea Trisciunglio*, Dispersione delle ceneri del cadavere: considerazioni romanistiche in margine a Mod. 8. resp. D. 28.7.27.pr., in: *Teoria e storia del diritto privato* 2012, nur online verfügbar: http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2012/contributi/2012_Contributi_Trisciunglio_Ceneri.pdf. Dieser Exegese konnte ich leider nur noch in einzelnen Fußnoten Rechnung tragen.

¹ Zu diesen vgl. nur *Karl Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*. Handbuch für Ausbildung und Praxis, 2. Aufl., Berlin 2010; Details und Nachweise zum Folgenden dort bei *Christian Baldus*, § 3: Gesetzesbindung, Auslegung und Analogie: Römische Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts, S. 26–111 (36–44, Rn. 22–37); *Martin Gebauer*, Kap. 4, in: ders./Thomas Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2. Aufl., Stuttgart 2010, S. 111–139. Neuestens zum geltenden Recht das Methoden-Sonderheft der *RabelsZ* (H. 4 des Jahrgangs 75/2011), gleichfalls mwN.

Wo der Jurist seine eigene Rolle in der Rechtsanwendung bedenkt, da nimmt er zugleich seine spezifische Verantwortung für die Wirksamkeit und die Wirkungen des Rechts wahr. Die Gegenauffassung, die in Methodenlehre bestenfalls eine Legitimationsideologie sieht, steckt in vielen Köpfen, wird aber selten theoretisch hergeleitet.² So soll sie im Folgenden auch nicht theoretisch bekämpft, sondern an einem historischen Beispiel gemessen werden, einer selten behandelten Quelle des römischen Juristen Herennius Modestinus (3. Jahrhundert n. Chr.): Rechtsgeschichte ist oft zunächst Betrachtung der dogmatischen Praxis. Zugleich aber kann sie damit Analyse der praktischen Überzeugungskraft und Wirkmächtigkeit theoretischer Ansätze sein.

II. Juristenmethode und Rolle der Juristen

Für Rom ist vielfach beschrieben worden, wie die *iuris consulti* langsam in den Bannkreis der kaiserlichen Macht gerieten, nachdem sie in der Republik noch primär aus privater *auctoritas* heraus Recht geschaffen und fortentwickelt hatten. Die in Deutschland traditionelle Gliederung nach Früh-, Hoch- und Spätklassik (entsprechend ungefähr dem ersten und dem zweiten Jahrhundert nach Christus sowie der ersten Hälfte des dritten) orientiert sich zwar primär an den Arbeitsformen der Juristen. Sie reflektiert aber bis zu einem bestimmten Punkt auch die Phasen des Annäherungsprozesses zwischen politischer Macht und jurisprudentieller Rechtsgewinnung.

1. Früher und hoher Prinzipat

Bekanntlich gehen die ersten Maßnahmen zur behutsamen Einbindung der Juristen in das Herrschaftssystem des Prinzipats bereits von Augustus aus. Zu

² Mehr als andernorts in Italien: der *nichilismo giuridico*, wie ihn – im Anschluss an die Ontologie und Epistemologie von *Emanuele Severino* – vor allem *Natalino Irti* vertritt. Vgl. nur *Natalino Irti*, Art. *Nichilismo giuridico*, in: XXI secolo, 7^a appendice della Enciclopedia Italiana, Roma 2006, hier zit. nach *ders.*, *Il salvagente della forma* (Roma/Bari 2007), S. 99–105. Das Echo ist durchweg kritisch; statt aller *Luigi Mengoni*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996; *ders.*, *Diritto e tecnica*, in: Riv. trim. dir. proc. civ. 55 (2001), S. 1–9; *Ottavio De Bertolisi*, Il „nichilismo giuridico“, in: *La Civiltà Cattolica* 2005, S. 399–410; *Filippo Gallo*, *L'interpretazione del diritto è affabulazione?*, Milano 2005; zuletzt mwN. *Giovanni Bianco*, *Capograssi, Kelsen e il nichilismo giuridico. Aspetti dell'attuale crisi della scienza giuridica*, *Diritto@Storia* 2009 (<http://www.dirittoestoria.it/8/>). *Irti* selbst sieht sich gezwungen, auch auf der Grundlage seiner Lehre die Verantwortung des Juristen herauszustrichen.

³ Forschungsstand zu Leben und Werk: *Gloria Viarengo*, *Studi su Erennio Modestino. Profili biografici* (Torino 2009). Zur Quelle zuletzt näher *Trisciunglio* (wie Fn. *) und beiläufig *Martin Avenarius*, *Römisches Erbrecht und Religion: Interdependenzen von Herrschafts-, Vermögens- und Kultperpetuierung in Pontifikaljurisprudenz sowie Dogmatik und Praxis des ius civile*, in: Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts*, Tübingen 2012, S. 7–78, hier: S. 70 f.

nennen ist namentlich das *ius respondendi ex auctoritate principis*.⁴ Die auch formelle Integration nahezu aller wichtigen Juristen in dieses System hingegen lässt sich erst seit den Verwaltungsreformen Hadrians⁵ belegen, also für die erste Hälfte des 2. Jahrhundert n. Chr. Die großen Juristennamen aus der Zeit der Adoptivkaiser sind zumeist Namen von Kanzleivorstehern bzw. Mitgliedern des kaiserlichen *consilium*.

Auch bei diesen Juristen freilich finden wir durchgängig eine Fortsetzung der privaten Gutachtertätigkeit, der wir die dogmengeschichtlich maßgeblichen Quellen verdanken; und wir finden – bis in sprachliche Details hinein – eine Tendenz dazu, auf der Unabhängigkeit und Kreativität dieser Gutachtertätigkeit zu bestehen, auch wenn längst akzeptiert war, dass der Kaiser Zivilrecht schaffen konnte und durch die Hand derselben Juristen schuf.⁶ Das Ende des Adoptivkaisertums in der Herrschaft des Commodus (180–192)⁷ verändert auch dieses Zusammenspiel, in dem Kaiser und Juristen jeweils klug genug waren, gewachsene Sphären und praktische Notwendigkeiten zu respektieren.⁸ Die Zeit danach, die der severischen Jurisprudenz, ist zwar die in den

⁴ Darüber mehrfach *Javier Paricio*: El ‚ius publice respondendi ex auctoritate principis‘, in: ders. (dir.), *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid 1996, S. 85–105 = *ders.*, *De la justicia y el derecho. Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid 2002, S. 111–138; *ders.*, *Sobre los primeros juristas con „ius publice respondendi“*, in: *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, Napoli 2007, VI, S. 4006–4018; zuletzt *ders.*, *Génesis histórica concreta del ius publice respondendi ex auctoritate principis: Dos interpretaciones alternativas*, in: *ders.*, *Poder, juristas, proceso. Cuestiones jurídico-políticas de la Roma clásica*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires 2012, S. 137–155. Aus der deutschen Lit. etwa *Martin Avenarius*, *Rechtswissenschaft und „Cäsarenwahnsinn“*. Gedanken zu Sueton, *Caligula* 34,2 und zum *ius respondendi* im frühen Prinzipat in: *Fakultätsspiegel (der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln)*, Sommersemester 2005, hrsg. vom Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft, S. 61–82 (http://jura-foerderverein.uni-koeln.de/publikationen/fakultaetsspiegel_ss2005.pdf).

⁵ Die neuere Forschung tendiert dazu, diese Reformen in einen längeren Prozess einzuordnen: *Christer Bruun*, *Die Kaiser, die republikanischen Institutionen und die kaiserliche Verwaltung*, in: *Aloys Winterling* (Hrsg.), *Zwischen Strukturgeschichte und Biographie. Probleme und Perspektiven einer neuen Römischen Kaisergeschichte 31 v. Chr. – 192 n. Chr.*, München 2011, S. 162–179, hier: S. 168.

⁶ Vgl. *Christian Baldus*, „Historische Auslegung“ in Rom? Der Umgang römischer Juristen mit dem Normtext als Methodenfrage, in: *Seminarios Complutenses de Derecho Romano 20–21 (2007–2008)* (Gedenkschrift zum 100. Geburtstag von D. Ursicino Álvarez Suárez), S. 85–110. Jetzt *Massimo Brutti*, *Gaio e lo ius controversum*, in: *Annali Palermo* 2012, im Druck.

⁷ Die Kaiserbilder in den Quellen sind selbstverständlich auch für diese Zeit mit Vorsicht zu genießen: *Olivier Hekster*, *Emperors and Empire. Marcus Aurelius and Commodus*, in: *Aloys Winterling* (Hrsg.), *Zwischen Strukturgeschichte und Biographie. Probleme und Perspektiven einer neuen Römischen Kaisergeschichte 31 v. Chr. – 192 n. Chr.*, München 2011, S. 317–328. Weiterhin *Thomas Finkenauer*, *Die Rechtsetzung Mark Aurels zur Sklaverei*, Mainz und Stuttgart 2010, S. 7–12, S. 87–91.

⁸ Eine zusammenfassende Darstellung fehlt. Unentbehrlich: *Giovanni Gualandì*, *Legislazione imperiale e giurisprudenza* (Milano 1963; rist. a cura di *Gianni Santucci e Nicoletta Sarti*: Bologna 2012, im Druck). In der neueren Lehrbuchlit. setzt Akzente beim Verhältnis von Juristen- und Kaiserrecht etwa *Massimo Brutti*, *Il diritto privato nell'antica Roma*, 2. ed., Torino 2011.

Digesten⁹ bestdokumentierte; doch sie stellt keine schlichte Fortsetzung des bis zu Mark Aurel Prägenden dar, sondern weist Eigenheiten auf, die auch unsere Quelle beleuchten mögen.¹⁰

2. Severische Jurisprudenz

Kurz nach der severischen Dynastie endet Mitte des dritten Jahrhunderts n. Chr. auch die Periode, aus der wir Juristen namentlich kennen. Einer der letzten ist der Autor unseres Textes, Herennius Modestinus, Ulpianschüler und noch unter Gordian dokumentiert.¹¹ Sein Lehrer Domitius Ulpianus, *praefectus praetorio* und damit bis zu seinem Tode 223¹² über Jahre hinweg an der Spitze des Gemeinwesens, verkörpert einen ganzen Juristentypus: primär mit Verwaltung und Regierung sowie den daraus resultierenden Rechtsfragen befasst und doch als Schriftsteller außerordentlich produktiv, sammelnd und ordnend in Kommentaren, aber auch monographisch aktiv; auch Interessen philosophischer Art sind erkennbar.¹³ Die neuere Forschung diskutiert, inwieweit seine Positionen Rückschlüsse grundsätzlicher Art auf das Verhältnis von Macht und Recht in seiner Zeit eröffnen; darauf wird zurückzukommen sein (IV.). Unsere Quelle stammt also aus einer Zeit, in der die führenden Juristen wissenschaftlich noch über die gesamte Tradition verfügten, aber von einem bisher nie da gewesenen Maß an Einbindung in die politische Macht auszugehen hatten. Das konnte nicht ohne methodische Folgen bleiben.

⁹ Die prosopographische Überlieferung hingegen ist für das 2. Jh. oft besser: *Viarengo* (wie Fn. 3), S. 3.

¹⁰ Vgl. *Fara Nasti*, L'attività normativa di Severo Alessandro. I: Politica di governo, riforme amministrative e giudiziarie, Napoli 2006.

¹¹ Vgl. die ausdrückliche Erwähnung Modestins in C. 3,42,5 (Gord., a. 239), dazu *Viarengo* (wie Fn. 3), S. 181–186; weiterhin S. 187–205 zu denkbaren indirekten Schlüssen.

¹² Oder erst 228; zum Problem etwa *Viarengo* (wie Fn. 3), S. 69 ff.

¹³ Aus der unübersehbaren Literatur: *Ulrich Manthe*, Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes. II: Stoische Würdigkeit und die iuris praecepta Ulpianus, in: SZ 114 (1997), S. 1–26; *Valerio Marotta*, Ulpiano e l'impero I/II, Napoli, 2000/2004; *Fergus Millar*, Government and Law: Ulpian, a Philosopher in Politics?, in: Gillian Clark/Tessa Rajak (orgs.), Philosophy and Power in the Graeco-Roman World. Essays in Honour of Miriam Griffin, Oxford 2002, S. 69–87; *Tony Honoré*, Ulpian. Pioneer of Human Rights, 2. Aufl., Oxford 2002; *Giuseppe Falcone*, Un'ipotesi sulla nozione ulpianea di *ius publicum*, in: Luigi Labruna (dir.), *Cosimo Cascione/Maria Pia Baccari* (a cura di), Tradizione romanistica e Costituzione II, Napoli 2006, S. 1167–1195; *Valerio Marotta*, *Iustitia, vera philosophia e natura*. Una nota sulle *Institutiones* de Ulpiano, *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 19 (2006), S. 285–334 (auch in: *Dario Mantovani/Aldo Schiavone*, a cura di, Testi e problemi del giusnaturalismo romano, Pavia 2007, S. 563–601); *Cosima Möller*, Die Zuordnung von Ulpian und Paulus zu den kaiserzeitlichen Rechtsschulen, in: Karlheinz Muscheler (Hrsg.), Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag, Berlin 2011, S. 455–468; *Dietmar Schanbacher*, Ulpianus Lehre vom error in substantia und die stoische Ontologie, aaO. S. 521–541.

Für Modestin selbst können wir freilich allenfalls Vermutungen hinsichtlich seiner vor- und außerrechtlichen Überzeugungen anstellen, schon weil wir weitaus weniger Quellen von ihm besitzen als von Ulpian. Texte, die solche Rückschlüsse ermöglichen könnten, sind daher rar; möglicherweise hilft der sogleich zu besprechende weiter.

III. Fall

1. Text

D. 28,7,27pr. (Modestinus *libro 8. responsorum*)

Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali condicione, si reliquias eius in mare abiciat: quaerebatur, cum heres institutus condicioni non paruisset, an expellendus est ab hereditate. Modestinus respondit: laudandus est magis quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non in mare secundum ipsius voluntatem abiecit, sed memoria humanae condicionis sepulturae tradidit. sed hoc prius inspiciendum est, ne homo, qui talem condicionem posuit, neque compos mentis esset. igitur si perspicuis rationibus haec suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi.

Modestin im achten Buch seiner Rechtsgutachten.

Jemand setzte in seinem Testament einen Erben unter der Bedingung ein „wenn er meine sterblichen Überreste ins Meer wirft“. Es wurde gefragt, ob der eingesetzte Erbe der Erbschaft verlustig gehe, weil er der Bedingung nicht gehorcht habe. Modestin gab zum Gutachten: Der Erbe ist zu loben, nicht anzuklagen, weil er die sterblichen Überreste des Testators nicht nach dessen eigenem Willen ins Meer warf, sondern eingedenk der Tatsache, dass es sich um einen Menschen handelte, der Bestattung zuführte. Doch ist zunächst zu prüfen, ob ein Mensch, der eine solche Bedingung aufstellte, nicht geisteskrank war. Wenn daher dieser Verdacht mit einsichtigen Gründen ausgeräumt werden kann, dann kann der gesetzliche Erbe dem eingesetzten Erben in keiner Weise die Erbschaft streitig machen.

Die Quelle gibt einige textkritische Zweifel auf, die aber nach heute gesicherter Auffassung nicht die Substanz betreffen.¹⁴ So wird der Testator kaum geschrieben haben „eius“, wenn er von sich selbst schrieb; die Bearbeitung ändert aber nichts am Inhalt.

2. Überblick: Aufbau und Inhalt

Der Testator hatte verfügt, man möge seine sterblichen Überreste ins Meer werfen, und diese Verfügung durch eine Bedingungskonstruktion abgesichert.

¹⁴ Auf romanistische Spezialfragen ist hier nicht einzugehen, s. bereits oben Fn. *. Zum Problem unten Fn. 41, 43, 47.

Der eingesetzte Erbe führte die Verfügung nicht aus, wollte aber erben; der gesetzliche Erbe wollte genau dies verhindern. Modestin lobt zunächst¹⁵ den eingesetzten Erben für seinen Umgang mit dem Leichnam des *de cuius*, zieht daraus aber nicht ohne weiteres den Schluss, dass es bei der Einsetzung bleibe. Vielmehr verlangt er eine vorrangige Prüfung der Testierfähigkeit, was tendenziell dem gesetzlichen Erben entgegenkommen musste. Schließlich gibt er Anforderungen für die Prüfung der Geisteskrankheit an und benennt hypothetisch die Rechtsfolge. Dieser Aufbau wird noch aufzugreifen sein (unten 4., IV.2.). Was zunächst ins Auge springt, ist der Sachverhalt.

Der Wunsch nach einer „Seebestattung“ ist im Geltungsbereich des römischen Rechts durchaus unüblich. Selbst wenn man die im zweiten und dritten Jahrhundert n. Chr. stark wachsende kulturelle Diversität in der Metropole einbezieht und auch mit Blick darauf, dass spätestens mit der *Constitutio Antoniniana* von 212, die das römische Bürgerrecht auf alle freien Reichsbewohner ausdehnte, zahlreiche Angehörige anderer Kulturen dem römischen Recht unterlagen: Wir haben keine Belege dafür, dass je ein Römer solche Wünsche geäußert hätte.

Ganz im Gegenteil strebte man traditionell nach *gloria* und *memoria*, wofür der überkommene Totenkult vorzügliche Gelegenheiten bot, nämlich Leichenzüge, die Rang und Leistungen der Familie in Erinnerung riefen.¹⁶ Erblasser machten die Errichtung mehr oder minder pompöser Grabdenkmäler bisweilen zur Bedingung testamentarischer Bedenkung. Sakralrechtlich waren nicht solche Akte vorgeschrieben, wohl aber, dass wenigstens ein Stück Knochen (*os resectum*) von Erde bedeckt sein musste, unabhängig davon, wie die Bestattung im Übrigen aussah.¹⁷ Das bereitete bei Versterben auf See bisweilen

¹⁵ Mit einem adversativen *magis quam*. Zu dieser Wendung ist eine Heidelberger Dissertation in Arbeit.

¹⁶ Vgl. aus der althistorischen Literatur Karl-Joachim Hölkeskamp, *Rekonstruktionen einer Republik*, München 2004, S. 97 ff. mwN.; Harriet I. Flower, *Der Leichenzug – die Ahnen kommen wieder*, in: Elke Stein-Hölkeskamp/Karl-Joachim Hölkeskamp (Hrsg.), *Erinnerungsorte der Antike. Die römische Welt*, München 2006, S. 321–339.

¹⁷ Vgl. aus der neueren, teilweise kontroversen Sekundärlit. Olivier Estiez, *La translatio cadaveris. Le transport des corps dans l'antiquité romaine*, in: François Hinard (éd.), *La mort au quotidien dans le monde romain. Actes du colloque organisé par l'Université de Paris IV (Paris – Sorbonne 7–9 octobre 1993)*, Paris 1995, S. 101–108; Lucienne Deschamps, *Rites funéraires de la Rome républicaine*, aaO., S. 171–180, hier: S. 178 f.; Hugh Lindsay, *Death, pollution and funerals in the city of Rome*, in: Valerie M. Hope/Eireann Marshall (eds.), *Death and disease in the Ancient city*, London/New York 2000, S. 152–173, hier: S. 168; Andrew R. Dyck, *A Commentary on Cicero, De Legibus*, Ann Arbor 2003, S. 397 ff.; Stefan Schrümpf, *Bestattung und Bestattungswesen im Römischen Reich. Ablauf, soziale Dimension und ökonomische Bedeutung der Totenfürsorge im lateinischen Westen*, Göttingen 2006, S. 68 ff. Zusammenhang, Hintergründe, weitere Lit.: John Scheid, *Quando fare è credere. I riti sacrificali dei Romani*, Roma/Bari 2011 (gegenüber dem frz. Original aktualisiert).

Probleme.¹⁸ Jemandes Leiche in den Tiber zu werfen, war gerade deshalb eine besonders grobe Form politischer Auseinandersetzung, weil dann keine regelkonforme Bestattung stattfinden konnte. Die Furcht davor, Schiffbruch zu erleiden und unbestattet zu bleiben, war ein wiederkehrendes literarisches Motiv.¹⁹ All dies hatte nicht mit subjektiven Jenseitsvorstellungen zu tun (die der einzelne haben mochte oder nicht), sondern mit dem rituellen Charakter der römischen Religion.²⁰

Substantielle Abweichungen von diesem Bild sind nicht bekannt, und Modestin legt sie auch nicht zugrunde: Eine Besonderheit der Stelle könnte durchaus darin liegen, dass hier ein Anhänger einer exotischen Sekte oder Philosophie verfügt hatte. Dies wird aber nicht als entscheidungsrelevanter Umstand vermerkt.²¹ Danach war es weder abwegig, den Testator verrückt, noch die Bedingung sittenwidrig zu finden. Was aber folgte jeweils aus diesen Annahmen, warum insistiert Modestin auf der Prüfungsreihenfolge und warum betont er bestimmte Aussagen so auffällig?

3. Prozessuale Situation

Wir wissen nicht, wer gegen wen klagte oder klagen wollte und wer die Nachlassgegenstände in Besitz hatte.²² *Nulla modo controversiam facere* im letzten Satz spricht dafür, dass der gesetzliche Erbe, etwa der Sohn, Möglichkeiten einer Klage gegen den testamentarischen Erben prüfen ließ. Nahe läge dann die Erbschaftsherausgabeklage, die *hereditatis petitio*. Denkbar ist auch, dass einer der Prätendenten die *bonorum possessio* beantragen wollte, die Einwei-

¹⁸ Vgl. Cic. de leg. 2,22,57. Hier geht es nur um Pontifikalrecht: *Ferdinando Bona*, Sulla fonte di Cicerone, *De oratore*, 1, 56, 239–240 e sulla cronologia dei ‘decem libelli’ di P. Mucio Scevola, in: SDHI 39 (1973), S. 425–480, hier: S. 459. Über das Verhältnis *ius pontificium/ius civile* jetzt grundsätzlich *Anna Seelentag*, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum*. Das Recht der Arrogation in klassischer Zeit, Baden-Baden 2012 (im Druck).

¹⁹ Vgl. Plin. mai. NH 19,1,6: *Nulla exsecratio sufficit contra inuentorem (dictum suo loco nobis), cui satis non fuit hominem in terra mori, nisi periret et insepultus*. Die Konsequenzen, die *Schrumpf* (wie Fn. 17), S. 67 f., aus Petr. 115,17; Prop. 3,7,25s.; Sen. exc. contr. 8,4 zieht, sind hier nicht zu diskutieren.

²⁰ *Scheid* (wie Fn. 17), S. 141 (vgl. auch S. 47, 158): „(...) per la maggior parte dei romani la morte e i funerali non avevano nulla a che fare con la credenza nella vita eterna né con la salvezza dell'anima. Dal punto di vista religioso, i riti della morte consistevano unicamente nella celebrazione di riti ancestrali. Tutto il resto era oggetto di speculazioni libere e personali.“

²¹ Dies ist auch für eine *duplex interpretatio*, also für eine Parallelbetrachtung aus justinianischer Sicht, von Interesse: Eine moralische Betrachtung des Falles aus christlicher Sicht hätte sich für Justinian geradezu aufgedrängt, und so sollte später auch das mittelalterliche Recht verfahren, vgl. *Laurent Mayali*, La folie et la norme dans la science juridique au Moyen Age, in: RJ 1987, S. 211–229, hier: S. 222 f. – Weil textliche Indizien fehlen, lässt sich wohl nicht fruchtbar machen, was jüngst *Jörg Rüpkke* angesprochen hat (Aberglauben oder Individualität?, Tübingen 2011): die beginnende Öffnung der römischen Rechtsordnung für religiösen Individualismus.

²² *Triscuoglio* (wie Fn. *), S. 8 f. vermutet, dass der bedingt Eingesetzte sich im Besitz des Nachlasses befand und der gesetzliche Erbe bei Modestin angefragt hatte.

sung in den Nachlassbesitz. Vielleicht war das Verfahren aber auch schon im Gange, und einer der Beteiligten oder das Gericht wollte Modestins Gutachten haben.

Jedenfalls konnte der *heres legitimus* nur gewinnen, wenn es ihm gelang, das Testament aus dem Wege zu räumen. Denn waren Testament und Bedingung wirksam, dann hätte der gesetzliche Erbe dem eingesetzten vorwerfen müssen, die Bedingung nicht erfüllt zu haben: ein mit der *pietas* unter Verwandten nach römischen Vorstellungen kaum vereinbarer Vortrag. War die Bedingung unwirksam, das Testament aber wirksam, so erbte der Eingesetzte. Das Testament musste für den *heres legitimus* also unwirksam sein.

Denken könnte man noch an die *querela inofficiosi testamenti*,²³ eine Vorform des Pflichtteilsrechts: Wer ohne nachvollziehbaren Grund seinen engsten Verwandten nicht wenigstens einen Teil des Erbes hinterlassen hatte (nach eingespielter Praxis ein Viertel), der hatte das *officium*, die moralische Pflicht, verletzt, *pietas* der Familie gegenüber zu üben,²⁴ und sein Testament konnte kassiert werden. Das rhetorische Standardargument war der *color insaniae*: Nur in einer Art geistiger Verwirrung könne jemand seine Kinder grundlos übergehen.²⁵ Mit Geisteskrankheit im technischen Sinne ist das nicht zu verwechseln;²⁶ gemeint ist vielmehr unbeherrschtes, unangemessenes Verhalten jenseits des noch Tolerierbaren.

Allein von solchen Thesen ist in der Quelle nicht die Rede. Überdies brachte die Querel das Risiko mit sich, dass das Vermögen nicht an die gesetzlichen Erben fiel, sondern dem *fiscus* verfiel.²⁷ Zwar suchten immer wieder Kaiser gegenüber ihren als willkürlich handelnd dargestellten Vorgängern größere Rechtssicherheit zu schaffen, indem sie weniger Nachlässe einzogen.²⁸ Das prinzipielle Risiko aber, durch eine Querel im Ergebnis das Familienvermögen an den *fiscus* zu verlieren, bestand fort. Überdies wird im 3. Jahrhundert das Verhältnis von *pietas* und Querel unklar.²⁹ Übersehen hätte Modestin

²³ Dazu monographisch Serena Querzoli, *I testamenta e gli officia pietatis*. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi, Napoli 2000.

²⁴ Zur Verbindung zwischen *querela* und *pietas* vgl. Querzoli (wie Fn. 23), S. 41 und durchgängig (ab S. 189 für die hier besonders interessierenden Severer). Die propagandistische Bedeutung der *pietas* als Kaisertugend änderte sich mit den Dynastien, was nicht ohne Folgen für die Querel blieb.

²⁵ Querzoli (wie Fn. 23), S. 150. Zur Juristendogmatik ab S. 151, zur Rezeption des *color insaniae* bei den Juristen v.a. S. 162–171.

²⁶ Nachweise aus der nichtjuristischen Lit. bei Querzoli (wie Fn. 23), S. 162 f. Entscheidend ist das *quasi* in D. 5,2,5 (Marcell. 3. dig.): *quasi non sanae mentis fuisse*. Vgl. D. 5,2,2 (Marci. 4. inst.) und dazu Querzoli, S. 231.

²⁷ Die *pietas* war auch Kaisertugend und auch dem Kaiser geschuldet. Das bot dem Kaiser Eingriffsmöglichkeiten. Zur Gefahr einer Anklage wegen *impietas* im Gefolge einer Querel für das späte 1. Jh. Querzoli (wie Fn. 23), S. 71–79.

²⁸ Vgl. für Traian (gegenüber Domitian) Querzoli (wie Fn. 23), S. 112.

²⁹ Vgl. Querzoli (wie Fn. 23), S. 41.