

## lus civile dormientibus scriptum\* \*\*

---

Wird man zu einem gelehrten Gastvortrag über römisches Recht eingeladen, so hat man es leicht. Man beginnt damit, die grosse Tradition *der* Universität zu rühmen, an der man sprechen soll, und verneigt sich dann ehrfürchtig vor den Leistungen *des* Fachkollegen, der die Mühen eines Gastgebers auf sich genommen hat. Beides ist in der Tat leicht: Irgend eine Tradition hat ja jede Universität – und hat sie keine (wie die Ruhruniversität Bochum, der unser Kultusminister Mikat jenes Geld gibt, das nach Ansicht aller Kölner Kollegen von uns besser und rascher ausgegeben würde), so rühmt man eben den Mut der Gründer und sagt, auch Bologna und die Sorbonne hätten einmal ganz klein begonnen. Auch einladende Kollegen zu würdigen, ist im allgemeinen nicht schwer. Irgendwas hat ja jeder geschrieben – und ist es einmal nicht der Fall, so kann man immer noch von seiner kraftvollen persönlichen Ausstrahlung sprechen. So angenehm beginnen zu können, ist freilich das Privileg dessen, der später seriös wird. Wer dagegen zu Hause keinen Gelehrtenschweiss vergossen hat, der muss an Ort und Stelle büssen. Ist er selbstkritisch, so stellt er sich die Frage: Wieso bin ich eigentlich hier? Und ist er es nicht, so fragen sich die, die ihn hören, doch auf jeden Fall: Wieso ist der da?

Von diesen beiden Fragen wollen wir ausgehen. Als gute Juristen, die wir alle sein wollen, erkennen wir sofort, dass diese Fragen in den Bereich der Lehre von der Ursache gehören. Als gute Wissenschaftler, die wir alles Triviale verabscheuen, heben wir das Problem dadurch auf ein höheres Niveau, dass wir die Verursachung anders benennen: Wird sie einmal als Kausalität bezeichnet, umgibt sie eine höhere Weihe. Der Gedanke, dass es sich um etwas Erklärbares oder gar um etwas Verständliches handeln könnte, wird mit dem Übergang zu einer etwas gewählteren Terminologie leicht abgestreift. Umso dringender ist es gerade in diesem Stadium des wissenschaftlichen Verfahrens, alle an juristischen Begriffen interessierten Aussenseiter durch die Einführung eines theoretischen Gegensatzes zu demütigen, der ihnen endgültig jede Chance

---

\* Vortrag gehalten am 13. Dezember 1965 in Leiden. Die Fußnoten wurden 1981 hinzugefügt.

\*\* Veröffentlicht in Feenstra/Schaik (Hrsg), *Tractatus de cura iuris Romani et sorte collegii C.N. Philips van Leyden* (1981), 9–24 sowie in Harrer/Honsell/Mader (Hrsg), *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly* (2011), 611 ff.

nimmt, mitzudenken, wenn die Erlesenen unter sich sind. Dazu eignet sich die Unterscheidung zwischen der Äquivalenztheorie der Kausalität und der Adäquanztheorie der Kausalität<sup>1</sup> ganz vorzüglich. Wir wollen uns also sogleich daran machen, auf die beiden Fragen, wieso ich hier wäre und was ich hier solle, nach Äquivalenz- und Adäquanztheorie zu antworten.

Wie so viele Kausalverläufe beginnt auch dieser im Gasthaus (genauer in einem Pariser Bistro). Und es fehlt auch nicht das Element, das der unrömischen, aber gerade deshalb stets mit einem lateinischen Ausdruck bezeichneten *actio libera in causa* das Gepräge gibt: der Alkohol. In diesem Pariser Bistro also (dessen genaue Adresse Sie von Herrn Kollegen Feenstra jederzeit erfahren können – er weiss sie auswendig – ebenso wie die Anschriften von weiteren 98 guten und 136 mittelmässigen französischen Gaststätten), in diesem Bistro also sassen Feenstra, Wubbe und ich, um die Verleihung des Ehrendoktorates von Dijon an Feenstra zu feiern, etwas antizipierend, wie das mit der Lehre vom *dies certus an, certus quando* vertraute Juristen eben tun. Für einen so beginnenden Kausalverlauf ist die Äquivalenztheorie die einzig richtige Erklärung. Nicht etwa deshalb, weil Dijons Ehrendoktorat ein Äquivalent für Feenstras wissenschaftliche Verdienste darstellt. Noch weniger deshalb, weil diese Verdienste kein Äquivalent fürs Ehrendoktorat darstellten! Dass wir das Geschehen im Bistro zu Paris und mit ihm das Ehrendoktorat Feenstras mit der Äquivalenztheorie messen dürfen, hat einen ganz anderen Grund: Wie jedem, der sich näher mit dem juristischen Sprachgebrauch befasst, schon von Anfang an klar sein sollte, hat die Äquivalenztheorie überhaupt nichts mit dem zu tun, was man sonst Äquivalenz oder Äquivalent nennt. Alle Kenner der Vulgarisierung des römischen Rechts<sup>2</sup> können uns ja eindringlich davor warnen, das Niveau unserer Jurisprudenz durch den Gebrauch von Vorstellungen zu senken, die auch ausserhalb unseres erlesenen Standes anzutreffen sind.

Es gilt also, die Äquivalenztheorie in dem Sinne zu verstehen, dass nach ihr all das als Ursache gilt, was nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass nicht auch der eingetretene Erfolg entfiele. Weil so alle irgendwie zum Erfolg beitragenden Ursachen als gleichwertig und daher äquivalent behandelt werden, heisst die Äquivalenztheorie eben Äquivalenztheorie. Warum nun kann das Gespräch im Pariser Bistro und mit ihm Feenstras Ehrendoktorat nicht hinweggedacht werden, ohne dass dieser Vortrag entfiele?

Im eingangs erwähnten Pariser Bistro also, in das ich (was äquivalenztheoretisch so wichtig ist) ohne Feenstras Ehrendoktorat nie oder wenigstens erst einen Tag später gekommen wäre, erzählte ich einen Witz, der mit dem römischen Recht zu tun hatte. Es war die Geschichte von einem heute für Völker-

---

1 Zu dieser Unterscheidung (damals, nämlich 1965) Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung, 1964; seither Deutsch, Haftungsrecht, 1976, 134 ff.

2 Nicht zu ihnen zählt Kop, Beschouwingen over het zgn. 'vulgaire' Romeinse recht, 1980.

recht habilitierten Kollegen<sup>3</sup>. Auch nun zu Amt und Würden gelangte Hochschullehrer waren ja einmal Studenten. Und auch sie haben einmal Prüfungen abgelegt. Anhaltenden Gerüchten zufolge sollen auch die später ins Lehramt Aufgestiegenen als Prüflinge nicht immer das Richtige gesagt haben. Für den besonderen Fall der römischrechtlichen Prüfung des heutigen Völkerrechtlers lässt sich dies verifizieren. Schwind, Romanist und Zivilist zu Wien, liess gerade Gai. Inst. 1.112 interpretieren:

Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi Farreo fit: in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; ...	... bei dem man Speltbrot gebrauchte, wonach es auch confarreatio genannt wird, ...
---	---

Als es zur Übersetzung dieser Partie kam, stockte der Kandidat nach den Worten in quo. Hilfreich wollte der Prüfer zum Richtigen führen. In ihrer funktionstypischen Beschränktheit erkennen Prüfer ja nie, dass jede noch so gut gemeinte Zusatzfrage die Sache stets viel schlimmer macht. So war es auch hier. Was man denn bei der confarreatio so zu verwenden pflegte, fragte der Prüfer. In Wien muss man derlei dank der Tradition des gestrengen Wlassak und des gebildeten Wenger noch heute wissen. Und in der Tat: Der Kandidat wusste etwas: Vom blutigen Widderfell, auf dem Braut und Bräutigam sitzen sollten. So etwas prägt sich ja auch besser ein als der Hinweis auf ein Nahrungsmittel. Überdies hat man in der Stadt, in der Grillparzer über das Goldene Vliess schrieb, viel Sinn für bedeutungsvolle Tierfelle. Vielleicht aber war der Kandidat erst vor kurzem in einem historischen Grossfilm mit Sophia Loren als Braut am Widderfell. Wie dem auch sei, beim panis farreus geriet er in Not. Zwar war ihm klar, es müsse sich um Brot handeln, doch welcher Art sollte dies sein?

In solchen Situationen gab und gibt es bei rechtshistorischen Staatsprüfungen an der Universität Wien eine letzte Rettungschance: die als Zuhörer zugelassenen Kollegen. Eifrig flüsterten sie – „Speltbrot, Speltbrot“. Doch wenn man aufgeregt ist, hört man schlecht. So lautete die Antwort – mit der Selbstsicherheit dessen, dem eben etwas eingesagt wurde: „Speckbrot!“

2 Semester Reprobation waren das triste Resultat dieses Versuches, von studentischer Seite etwas Lebensnähe ins römische Recht zu bringen. Der arme Kandidat wurde ob seines Missgeschicks viel belacht und auch Feenstra und Wubbe lachten im Pariser Bistro, als ich die Sache erzählte. Doch meinte und meine ich auch heute noch, dass die Antwort näherer Prüfung bedarf.

3 Unterdessen (seit 1965) ist dieser Kollege Ordinarius geworden, sitzt mit mir in einer Fakultät, gibt hinsichtlich seines Prüfungsergebnisses eine confessio ab, bestreitet aber den Hörfehler beim Einsagen.

Schlägt man Kasers Handbuch des römischen Privatrechts<sup>4</sup> auf, so kann man erfahren, dass der panis farreus ein Speltbrot war. Woraus es gebacken wurde und wie es geschmeckt hat, verschweigt Kaser allerdings. Andere berichten noch weniger über den Verzehr bei der confarreatio. Es kann also wohl die Behauptung gewagt werden, dass den meisten heutigen Juristen und vielleicht sogar manchen Römischrechtlern ein solides Verständnis für Speltbrot abgeht. Was das bedeuten würde, wenn der panis farreus kein Nahrungsmittel, sondern eine dogmatische Figur der Klassiker wäre, ist jedem klar, der die Voraussetzungen der Interpolationenkritik näher kennt. Wer fleissig genug bei Eisele, Gradenwitz, Belser und Solazzi gelesen hat, was die Klassiker alles *nicht* geschrieben haben, der weiss: Was dem modernen Romanisten unklar bleibt, ist interpoliert<sup>5</sup>. Denn die römischen Juristen können nur das geschrieben haben, was wir verstehen. Das erkennt man am besten an den Versuchen, klassische Texte zu rekonstruieren. Was man da zwischen Spitzklammern in untadeliger Latinität lesen kann, geht stets auch dem Dümmden ein.

Ich finde es daher ungerecht, den Prüfling zu schelten, der aus dem Speltbrot ein Speckbrot gemacht hat. Der einzige Unterschied gegenüber der methodischen Überzeugungskraft der gängigen Interpolationsannahmen scheint mir darin zu liegen, dass er den Versuch, sich leichteres Verständnis des Römischen zu erschliessen, auf die Übersetzung beschränkt und nicht auch auf den lateinischen Text erstreckt hat. Man sollte solche Bescheidenheit nicht tadeln, sondern loben. Sie erschliesst dem Gedanken der duplex interpretatio<sup>6</sup> ungeahnte Möglichkeiten. Der besseren wissenschaftlichen Verständigung halber schlage ich vor, bei künftigen Nutzenwendungen dieser neuen Erscheinungsform der duplex interpretatio die bewährten Kennzeichen der Interpolationskritik beizubehalten. In dem beigefügten Texthektogramm<sup>7</sup> sind also die Buchstaben l und t (des deutschen Gaius-Textes, wohlverstanden) in eine eckige Klammer gesetzt; in die besseres Verständnis erschliessende Spitzklammer dagegen gehören die Buchstaben c und k. Der lästige Einwand, die Klassiker hätten kein k gekannt, wird durch Inschriften widerlegt. Überhaupt befreit die neue Methode den Juristen von der Belastung durch viele bisher hinderliche Vorurteile der Philologen. Ich fürchte nur einen ganz anderen Einwand: Man könnte mir ja vorhalten, ich böte mit der Auswechslung von bloss zwei Buchstaben noch gar keine echte Interpolationsannahme, sondern bloss eine höchst konventionelle Konjekturekritik. In der Tat, dieser Vor-

---

4 Kaser, Römisches Privatrecht<sup>1</sup> (1955) 69; ebenso Kaser, Römisches Privatrecht<sup>2</sup> (1971) 77.

5 Kaser, Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung, 1972, ist unterdessen zu einer ähnlichen Einschätzung gelangt; ich hingegen sehne mich seit einiger Zeit nach eleganten Interpolationsannahmen: vgl Mayer-Maly, in: Ius humanitatis, Festschrift zum 90. Geburtstag von A. Verdross (1980) 147, 150.

6 Zu ihm Hoetink, TRG 23 (1955) 1 ff.

7 Es folgt am Ende der Abhandlung.

wurf, wiegt schwer. Ihm sei jedoch entgegnet, dass die herkömmliche Interpolationskritik zu den lateinischen Texten auch einmal klein angefangen hat – als humanistische Konjekturekritik. Und doch – was ist heute aus ihr geworden! Daher vertraue ich darauf, dass auch die neue Methode noch Grosses leisten wird.

Als ich am schon erwähnten Ort Feenstra und Wubbe diese Gedankengänge eröffnete, hielten sie sie für so bedeutend, dass sie Ihnen vorgetragen werden sollten – als Witz! Ich tröstete mich damit, dass viele bedeutende Erfindungen und Entdeckungen zunächst für einen Scherz gehalten wurden. Feenstra und Wubbe teilen offenbar die Skepsis gegen neue Methoden, die einmal Taubenschlag zum Ausdruck brachte. Als dieser hochangesehene polnische Papyrologe vor der Warschauer Akademie über ägyptisches Provinzialrecht sprach, hielt ihm in der Diskussion ein jugendlicher Kritiker vor, dass er sicher zu noch viel besseren Ergebnissen gelangt wäre, wenn er sich der neuen Methoden und Einsichten des historischen Materialismus<sup>8</sup> bedient hätte. Taubenschlag erwiderte mit einer Episode aus der Geschichte der Medizin. Als man die Möglichkeit künstlicher Befruchtung entdeckt hatte und ein Genetiker begeistert darüber sprach, welche hygienischen und erbbiologischen Vorteile die neue Methode habe, meldete sich in der Diskussion eine junge und hübsche Medizinerin: „Sie können die neue Methode loben, wie sie wollen, ich bleibe bei der alten.“

Mit Schrecken stelle ich fest, dass ich etwas vom Thema abgekommen bin. Zugleich erfreut es mich, dass mein Vortrag wenigstens insoweit durchaus wissenschaftlichen Gepflogenheiten entspricht. Doch nun zurück zur Bedeutung von Äquivalenz- und Adäquanztheorie fürs Pariser Bistro und das damit zusammenhängende Ehrendoktorat von Feenstra. Dieser nämlich meinte damals in Paris zu meiner neuen Methode der *duplex interpretatio*, wenn ich solche Witze wüsste, sollte ich beim „Dispuut Philips van Leyden“ sprechen. Daher ist mein Auftritt hier nach der *Äquivalenztheorie* durch die Stunden im Bistro und daher durch Feenstras Ehrendoktorat eindeutig kausal bedingt. Die Juristerei wäre nichts wert, wenn es nicht nach der *Adäquanztheorie* ganz anders wäre. Diese Theorie erachtet bekanntlich nur jene Bedingungen eines Erfolges für kausal, die diesen nach dem regelmässigen Verlauf der Dinge auszulösen pflegen. Frivol und frevelhaft wäre die These, dass es dem regelmässigen Gang der Dinge entspreche, dass ein Ehrendoktorat einen Vortrag auslöse, den niemand ernst nimmt. Daher ist für diesen meinen Vortrag Feenstras Ehrendoktorat nur nach der Äquivalenztheorie und nicht nach der Adäquanztheorie kausal. Dieses Ergebnis wäre völlige befriedigend, wenn für einen Zivilisten wie mich die Äquivalenztheorie überhaupt gälte. Leider

8 Was von diesen zu erhoffen ist, illustriert nun Wesel, Kritische Justiz 1974, 337 ff.

herrscht aber im Zivilrecht die Adäquanztheorie, so dass ich mein Hiersein nur strafrechtlich erklären kann. Dort nämlich gilt die Äquivalenztheorie. Guter wissenschaftlicher Tradition entsprechend habe ich nun mehr als die Hälfte meiner Redezeit auf die Einleitung gewandt. Lassen Sie mich jetzt mein Thema möglichst kursorisch behandeln. Ich sollte ja irgendwie über Lustiges im römischen Recht sprechen. Als gewissenhafter Romanist habe ich sogleich im *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* nachgesehen, was es über den Humor bieten könne. Es geht ja nichts über die Arbeit unmittelbar aus den Quellen. Das *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* bietet in Band 3, Spalte 920 ganze zwei Belege für das Wort *iocus*. Das ist gewiss recht kümmerlich, wenn wir bedenken, wie oft es von *fides*, *obligatio*, *officium* und *virtus* spricht. So wird es auch dem Romanisten nicht leicht gemacht, die verbreitete Meinung, Juristen seien lederne Gesellen, zu entkräften. Würdigen wir immerhin mit dem Stolz des Besitzers, der wenig hat, unsere beiden Belege für *iocus*:

D 44, 7, 3, 2 (Paulus 2 inst.)

Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim si per iocum puta vel demonstrandi intellectus<sup>1)</sup> causa ego tibi dixero, 'spondes'? et tu responderis<sup>2)</sup> 'spondeo', nascetur obligatio.

1) del. Mo.

2) responderes F<sup>2</sup>

D 47, 10, 3, 3 (Ulp. 56 ad ed.):

Quare si quis per iocum percutiat aut dum certat, iniuriam non tenetur.

Es geht uns wie mit Äquivalenz- und Adäquanztheorie. Wir stehen zwischen Zivilrecht und pönaler Sanktion. Und doch zeigen sich Zusammenhang zwischen Boxen und Intelligenz, die an Cassius Clay, pardon: Muhammed Ali (oder schon: Sir Muhammed Ali) gemahnen. Diese Zusammenhänge sind bei exakter Textanalyse einfach unbestreitbar. Ulpian gibt einen Doppeltatbestand: Sowohl der, der im Scherz stösst, wie der, der dies im Wettkampf tut, haften nicht aus *iniuria*. Da im Ringkampf des griechisch-römischen Stils Schläge regelwidrig sind, und da Rom weder das *Catch-as-Catch-Can* noch die bajuvarischen Formen der Freizeitgestaltung am Wochenende<sup>9</sup> kannte, ist anzunehmen, dass mit *dum certat* ein solider Boxkampf gemeint ist. Dieser bildet Ulpians Pendant zum *iocus*. Bei Paulus dagegen steht neben dem *iocus* das Handeln *demonstrandi intellectus causa*. Da, wie wir von Savigny lernen können, die römischen Juristen fungible Personen waren, liegt auf der Hand, dass Paulus kein anderes Gegenstück zum *iocus* meinen kann als Ulpian. Daraus wiederum folgt, dass Paulus im Boxen eine *demonstratio intellectus* erblickte.

9 Ranggeln (auch salzburgisch).