

Exposé

Dissertationsthema

„Vom *agere* zur *actio*“

Zum Perspektivenwandel vom archaischen zum klassischen Römischen Recht

verfasst von Mag. Novitskaya Anna

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

1. Forschungsstand: Zwei wissenschaftliche Narrative der *actio* im Römischen Recht

Zum Problem der *actio* im Römischen Recht existieren zwei Rekonstruktionsansätze in der romanistischen Lehre. Der erste Ansatz, der zum Mainstream gehört, reduziert die *actio* auf eine Sanktion. Die *actio* wird primär als Klage oder Klagerecht zum Schutz des verletzten subjektiven Rechts verstanden. Dieses dogmatisch-technische Verständnis der *actio* wird von den Konzeptionen geprägt, die auf das Naturrecht und die deutsche zivilrechtliche und prozessrechtliche Dogmatik des XIX Jh. zurückgehen. Die römische *actio* diene zumindest im XIX Jh., aber auch im XX Jh. im Rahmen dieser dogmatischen Rekonstruktionslinie einer rechtshistorischen Rechtfertigung für die von ihren Vertretern damals verwendeten Begriffe, wie Anspruch, Klage, subjektives Recht, Prozessverhältnis etc.¹

Im Schatten dieser noch heute herrschenden Rekonstruktionslinie existiert eine „alternative“ Geschichte“ zur römischen *actio*. Die Vertreter dieses Ansatzes, den ich weiter im Text als einen historisch-kritischen Ansatz bezeichne, wenden ihre Aufmerksamkeit den Rechtsfiguren zu, die der römischen *actio* vorangehen und die mit der *actio* morphologisch und semantisch verbunden sind, wie *agere* und *actus*. Die Vertreter dieser Rekonstruktionslinie fügen *agere*, *actus* und *actio* besonders im archaischen und im republikanischen Recht zu einem breiteren Bild zusammen, in dem *agere*, *actus* und *actio* ein Rechtsritual bezeichnen, das für die rechtliche Gestaltung einer Mehrzahl unterschiedlicher Situationen verwendet wird (beispielsweise für rechtsgeschäftliche Zwecke), und in dem die *actiones* nicht nur von den privaten Akteuren eingesetzt werden, sondern auch von den Gerichtsmagistraten.²

Diese zwei Rekonstruktionslinien der römischen *actio* existieren meines Erachtens parallel und autonom in der romanistischen Lehre. Sie bieten häufig unterschiedliche Erklärungsmodelle

¹ Der Hauptvertreter dieser Richtung in der romanistischen Lehre des XX ist Pugliese. Vgl. *Pugliese, Actio e diritto subiettivo* (1939). Pugliese hat einen starken Einfluss auf die spätere Romanistik. Vgl. auch *Brutti, Postfazione. Il diritto romano come metateoria* (2006). Aber auch *Talamanca, Processo civile/diritto romano*, in: *Enciclopedia del diritto* XXXVI (1987) 5, Fn. 29.; *Talamanca, Istituzioni di diritto romano* (1990) 273f.

² *Jörs, Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik I. Bis auf die Catonen* (1888); *Santoro, Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in: *AUPA* 30 (1967); *Santoro, Appio Claudio e la concezione strumentalistica di ius*, in: *AUPA*. 47 (2002); *Santoro, Actio in diritto romano*, in: *Poteri negotia actiones. Atti del convegno di diritto romano. Copanello 12-15 maggio 1982* (1984) 201-217; *Provera, Diritto ed azione nell'esperienza giuridica romana*, in: *Studi in onore di Arnaldo Biscardi. IV* (1983) 327f. *Liebs, Einleitung zu den archaischen Rechtsbüchern*, in: *Herzog/Schmidt* (Hg.) *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike I* (2002) 76. *Cardilli, Brevi riflessioni critiche sull'azione come difesa del diritto attraverso il diritto romano*, in: *Revista Chilena de historia del derecho* 22 (2010) 99. Über die Abgrenzung der technischen Konstruktion der *actio* von anderen Bedeutungen vgl. auch *Kaser/Hackl, Das Römische Zivilprozessrecht. 2. Aufl.* (1996) 233 Fn. 12a.

hinsichtlich der Entwicklung der *actio* im römischen Recht, berücksichtigen jeweils bestimmte Quellen und blenden andere aus, konzentrieren sich auf bestimmte Verfahrensarten und vernachlässigen wiederum andere .

Die romanistische Lehre spricht auf solche Weise sehr oft in verschiedenen Sprachen, wenn es um das Problem der *actio* geht. Beispielhaft ist in diesem Zusammenhang die Diskussion zwischen Mario Talamanca und Raimondo Santoro in den 80er und 90er Jahren des XX Jh. Während der erste dogmatisch orientierte Romanist die *actio* im Sinne des Klagerechts versteht, schließt Santoro in die Diskussion über *actio* auch die Quellen mit ein, in denen die *actio* für die rechtliche Gestaltung einer breiteren Perspektive der Situationen verwendet wird, und die *actio* nicht nur von den privaten Akteuren vorgenommen wird, sondern auch von den Gerichtsmagistraten.³

Die dogmatisch-orientierten Forschungen zur römischen *actio* haben meines Erachtens bestimmte verbindende Elemente:

- 1) Die *actio* wird auf einen Mechanismus für die prozessuale Durchsetzung einer Sanktion für das verletzte subjektive Recht reduziert.
- 2) Die Forschungen zur römischen *actio* im Rahmen der dogmatisch-orientierten Rekonstruktionslinie beruhen auf der im *ius commune* verankerten Idee, dass das Römische Recht einen außergeschichtlichen Geltungsanspruch hat.⁴ Das Römische Recht wird zum Teil instrumentalisiert. Anhand der römischen Quellen werden die Interpretationen der *actio* vorgeschlagen, die der Legitimation der für ihre Verfasser aktuellen Konzeptionen über das Klagerecht dienen.⁵
- 3) Den römischen Juristen wird eine Begrifflichkeit aufgezwungen, die nicht den römischen Realitäten entspricht. Sowohl der Begriff des subjektiven Rechts als auch der des Prozesses sind *termini*, die in den Römischen Quellen nie erwähnt werden.

³ Santoro, Actio in diritto romano, in: Poteri negotia actiones. Atti del convegno di diritto romano. Copanello 12-15 maggio 1982 (1984) 201-217; Talamanca, Interventi e repliche, in: Poteri negotia actiones. Atti del convegno di diritto romano. Copanello 12-15 maggio 1982 (1984) 293f.; Talamanca, Processo civile/diritto romano, in: Enciclopedia del diritto XXXVI (1987) 1f.

⁴ Die Rechtsgeschichte wird als eine Wirkungsgeschichte verstanden. Der dogmatischen Rekonstruktionslinie liegt eine Idee zugrunde, dass die römischen Quellen den aktuellen und außergeschichtlichen Geltungsanspruch einer *ratio scripta* haben. Die weniger bedeutende Rolle des *ius commune* wegen der nationalstaatlichen Gesetzbücher führt schon im XIX Jh zur Entstehung führt sicher zu den Fragestellungen in der romanistischen Lehre. Wieacker verortet die Tendenz das Römische Recht historisch zu betrachten am Ende des XIX Jh.

⁵ Eine Forschung des römischen Rechts wurde zu System und Begriffen der geltenden Privatrechtsordnung in Beziehung gesetzt. Vgl. die Artikel von Mitteis, Das objektive Recht, in: RP 22; Das subjektive Recht, in RP 73; Das Rechtsgeschäft 136f; Juristische Person.

4) Fast alle Theorien über die *actio* beschäftigen sich mit folgendem Dilemma: Was war zuerst, *ius* oder *actio*? Entweder gab es zuerst das *ius*, das durch die *actio* anerkannt wurde; oder es gab ursprünglich die *actio*: Die Durchsetzung der *actio* führt zur Anerkennung der Existenz des Rechts. Die Forschung über die *actiones* von einer dogmatischen Perspektive ausgehend bewegt sich auf solche Weise in einem Teufelskreis und kehrt ständig zum Verhältnis der *actio* mit dem „subjektiven Recht“ und mit der *obligatio* zurück, zum Verhältnis zwischen dem materiellen und prozessualen Recht etc.

Die Studien, die ich mit einigen Vorbehalten zu den Forschungen historisch-kritischer Orientierung heranziehe, betrachten die *actio* im Römischen Recht aus einer historischen Perspektive und verwenden vorsichtig die aus der Rechtsdogmatik rezipierten *termini operativi*.⁶ Die von der Rechtsdogmatik ausgearbeiteten Erklärungsmodelle des *agere* werden im Rahmen dieser Studien von einem historisch-kritischen Gesichtspunkt, d.h. im konkreten rechtshistorischen Kontext der Römischen Welt hinterfragt.

Die historisch-kritische Betrachtung des Römischen Privatrechts bezieht ihre Quellen schon aus dem Humanismus und den Werken der sogenannten *Antiquitates Iuris Romani*. Romanistische Studien, in denen das *agere* und die *actio* des Römischen Rechts historisch-kritisch betrachtet wird, bekommen mehr Ansehen ab der zweiten Hälfte des XIX Jh. Diese Entwicklung ist möglicherweise mit dem Inkrafttreten der nationalen Rechtskodifikationen, dem Verlust des *ius commune* als geltendes Recht und mit dem neuen Selbstverständnis der Rechtsgeschichte verbunden, die nun nicht notwendigerweise dem Zweck dient, die aktuellen Dogmen und Rechtsfiguren durch ihre Herkunft aus dem Römischen Recht zu rechtfertigen.

Die Studien historisch-kritischer Ausrichtung zur römischen *actio* haben im Vergleich zu den dogmatisch-orientierten Forschungen ein anderes Erkenntnisinteresse – die Rolle der *actio* und des *agere* in einer konkreten Epoche des Römischen Rechts und in einem konkreten Kontext der Römischen Rechtsgeschichte. Das Ziel ist nicht zu zeigen, dass die *actio* im Römischen Recht vergleichbar mit dem Klagerecht im aktuellen Recht ist. Statt Gemeinsamkeiten aufzuweisen, konzentrieren sich diese Studien auf die Unterschiede zwischen dem Klagerecht

⁶ Das Verhältnis zwischen der *actio* und dem *ius* im römischen Recht kann laut der Ansicht von Gioffredi aus verschiedenen wissenschaftlichen Perspektiven – aus der rechtssoziologischen, rechtshistorischen und rechtsdogmatischen – geforscht werden. Rechtssoziologisch kann die Forschung sein, indem die *actio* ein Mittel für die Analyse des Rechtssubjekts dem Staat gegenüber und zu der sozialen Sanktion gegenüber ist. Rechtshistorisch kann die Forschung sein, wenn man fragt, zu welchem Grad römische Juristen subjektive Rechtsfiguren objektiv betrachtet haben. Die dritte Einstellung wäre es die Position eines *subjectum iuris* in der römischen Rechtsordnung zu forschen, aber nicht isoliert, sondern im Vergleich mit der *actio*. Nach diesem Ansatz bekommt das Thema mehr an die Konkretheit anhand der technischen Natur der *actio* als ein Schutzmechanismus für das verletzte Recht. Gioffredi, *Ius e actio*, in: Nuovi studi di diritto greco e romano (1980) 215-217

und der römischen *actio*. Der Anwendungsbereich und die Funktionen des *agere* und der *actio* werden außerdem nicht nur aufgrund der normativen Rechtssätze rekonstruiert, sondern auch aufgrund der „ajuristischen“ normativen Faktoren, wie beispielsweise der Weltanschauung⁷ und der ritualisierte Rechtsschöpfung. Die Geschichte der *actiones* nähert sich im Rahmen dieser historisch-kritischen oder auch soziologischen⁸ Rekonstruktionslinie immer mehr der Sozial-, Wirtschafts- und Kulturgeschichte an.⁹

Die kritisch-historischen Forschungen zur *actio* legen meines Erachtens folgende gemeinsame Prämisse zugrunde:

- 1) die *actio* im Römischen Recht ist etwas anderes als die Klage oder das Klagerecht im geltenden Recht.¹⁰
- 2) das *agere* und die *actio* in der frühen und der republikanischen Zeit haben andere Funktionen, als die *actiones* in der klassischen Zeit des Römischen Rechts.
- 3) der Quellenstand zum *agere* und zur *actio* in der frühen und in der republikanischen Zeit, sowie ein Mangel der scharfen Trennung zwischen den gesellschaftlichen und rechtlichen Zuständen, fordern dazu auf, die literarischen Quellen zu berücksichtigen und als Beweis zu akzeptieren.¹¹
- 4) Erlaubt wird auch eine gewisse Rückprojektion, d.h. die späteren Quellen werden verwendet, um die Bedeutung des *agere* und der *actio* in der früheren und republikanischen Zeit zu rekonstruieren.
- 5) Das Normative besonders in Bezug auf das frühe und das republikanische Römische Recht wird nicht nur aus den Rechtssätzen bzw juristischen Texten hergeleitet. Das hängt wiederum damit zusammen, dass mangels einer voll entwickelten „staatlichen“ Rechtsordnung und eines fachlichen Rechtswissens gesellschaftliche und rechtliche Zustände nicht abgrenzbar sind. Der Geltungsbereich und die Funktionen der *actiones*

⁷ Hägerström, Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen Römischen Rechtsanschauung (1927)

⁸ Die in den historisch-kritischen Werken zur römischen *actio* und später in rechtssoziologischen Studien verankerte Idee über die Wechselwirkung zwischen den Rechtsnormen und dem sozialen Kontext, bzw. ein Interesse an der Bestimmung der Rechtsnormen durch soziale Gegebenheiten, erlaubt andere Fragen über die Entwicklung der *actiones* im Römischen Recht zu stellen. Vgl. Zippelius, Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie (2012) 44f.

⁹ Wieacker, Römische Rechtsgeschichte I (1988) 33

¹⁰ Dieses Postulat hat schon Windscheid seinem Werk zugrunde gelegt, was ihn aber nicht gehindert hat, anhand „anderer“ römischen *actiones* eine aktuelle Konzeption des Anspruches zu formulieren. Vgl. Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856) 6f.

¹¹ Die Berücksichtigung des sozial-sensiblen Kontextes entspricht auch zum Teil der von Leibniz und von Hugo entwickelter Idee über innere und äußere Rechtsgeschichte. Die innere Rechtsgeschichte konzentriert sich auf die Rechtssätze und die äußere Rechtsgeschichte berücksichtigt auch die geschichtlichen Zustände und Ereignisse, die die antike römische Rechtsordnung begründet haben.

werden in der mündlichen Rechtskultur gesucht und in den Besonderheiten der ritualisierten Weltanschauung der Römer.¹²

Diese Annahmen bestimmen die Studien und die Fragestellungen über das *agere* und die *actio* aus historisch-kritischer Perspektive.

2. Forschungsfragen oder „Was kann Gegenstand der Forschung über die *actio* im Römischen Recht heute sein?“

Die Grenzen und der Gegenstand der Forschungen über die *actio* im Römischen Recht lassen sich nicht einfach bestimmen, weil die *actio* in den Rechtsquellen stets in Verbindung mit anderen Rechtsfiguren abgehandelt wird.¹³ Die *actio* ist dabei ein Platzhalter bzw. ein Mediator für die Frage über die Formalisierung und die Verwirklichung des *ius*. Außerdem haben das *agere* und die *actio* verschiedene Funktionen und Bedeutungen in der frühen und in der klassischen Zeit des römischen Rechts.¹⁴ Auch wenn Celsus die *actio* als Klagerecht definiert (*actio...ius iudicio persequendi*), stimmt seine Definition für die frühe und die republikanische Zeit des römischen Rechts nicht.¹⁵

Das Thema dieses Dissertationsprojekts „Vom *agere* zur *actio*“ setzt voraus, dass in erster Linie die Bedeutungen des *agere* herangezogen werden, die über den technischen Begriff der *actio* im Sinne des Klagerechts hinausgehen. Vor der Technisierung des Begriffes *actio* kommen in den Quellen solche morphologischen Formen wie „*agere*“, „*actus*“ und „*actum*“ hervor. Die ältesten Quellen verwenden dabei das Verb „*agere*“. Das „*agere*“ vermittelt im Vergleich zur *actio* die Idee eines kontinuierlichen Vorgehens. In diesem Dissertationsprojekt werden die Begriffe das *agere* und die *actio* in Bezug auf die frühe und republikanische Zeit als vergleichbare Größen angesehen. Für die klassische Zeit des römischen Rechts wird der Begriff *actio* im technischen Sinn eines Klagerechts, Spruchformulars und der Klage verwendet.

Das Verb *agere* bedeutet in den Quellen „sprechen“, und morphologisch sind die Ausdrücke „*ago*“ (ich agiere) und „*aio*“ (ich spreche) Synonyme. Dies kann aus den literarischen Quellen,

¹² *De Francisci*, *Primordia civitatis* (1961)

¹³ Das sind solche Themen wie Existenz und die Erscheinungsformen des subjektiven Rechts, Rechtsmäßigkeit und die Formalisierung eines Zugriffsaktes zum *ius*, die Sanktion für die Durchsetzung des *ius*. In den Forschungen historisch-soziologischer Richtung wird wiederum die Aufmerksamkeit solchen Aspekten des *agere* geschenkt, wie Ritualität, die rechtsgeschäftliche Gestaltung mittels *actiones*, die Rolle der Jurisprudenz und die Entwicklung der *actiones* in der republikanischen Zeit etc.

¹⁴ Schon Gustav Hugo verweist darauf, dass das Wort *actio* eine der vieldeutigsten in der römischen Sprache und im Römischen Recht ist. Vgl. *Hugo*, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian* (1824) 242

¹⁵ *Pugliese*, *Actio e diritto subiettivo* (1939) 6

und insbesondere aus den Texten von Festus und von Varro entnommen werden.¹⁶ Außerdem hat das Verb *agere* und zwar der Stamm *ag** die Bedeutung „treiben“. Mit der Zeit werden zwei Bedeutungen des *agere* – sprechen und treiben – kontaminiert. Daher verwirklicht das *agere* die Idee der mündlichen Aussprache bestimmter Wörter, die eine transformative Bedeutung haben.

Für die Zwecke dieses Dissertationsprojektes werden auch jene Begriffe untersucht, die gemäß den Quellen mit dem *agere* und der *actio* austauschbar sind. Herangezogen werden solche *termini*, wie *caeremonia*, *ius*, *ritus* etc., die in den Quellen hinsichtlich der republikanischen Zeit als Synonyme für das *agere* und für die *actio* verwendet werden. Es wird außerdem die Bedeutung des *agere* anhand seiner Verbindung mit den Verben (*ad*)*dicere*, *nuncupare*, *orare*, *fare* etc untersucht.¹⁷

Was könnte der Gegenstand der Forschung zu den Konzeptionen des *agere* und der *actio* unter der Berücksichtigung der Fluidität ihrer Bedeutungen in dem dargestellten wissenschaftlichen Kontext sein? Im Rahmen dieses Dissertationsprojekts werden folgende Fragen hinsichtlich des *agere* und der *actio* betrachtet:

- (1) Die Archetypen der römischen *actiones* in der frühen und republikanischen Zeit bilden einseitig erklärende *actiones*, d.h. Rituale in Form der *rei vindicatio*, der *manus iniectio* und der *pignoris capio*. Zu erforschen ist das Wesen dieser *actiones*, ihre Funktionen und Anwendungsbereiche für die Rechtsfindung in der frühen und der republikanischen Zeit.
- (2) Für das Verständnis der Rolle der *actio* in der frührepublikanischen Zeit ist weiters zu prüfen, warum und wie diese einseitig erklärenden ritualisierten Spruchformeln durch das Anwachsen der Staatlichkeit modifiziert wurden, bzw. durch die *actiones* mit einer Dialogstruktur und mit der Intervention eines Gerichtsmagistraten ersetzt wurden.
- (3) Die alten *legis actiones* in der frühen und republikanischen Zeit sind Instrumente für die Verwirklichung und Bestätigung römischer Bürger. Einige *legis actiones* und das *ius dicere* im Rahmen dieser *legis actiones* konnte ohne Intervention der Gerichtsmagistrate erfolgen. Zu erforschen ist, inwiefern die römischen *cives* eine rechtstransformierende

¹⁶ Manthe, *Agere* und *aio*: Sprechakttheorie und Legisaktionen, In: Schermaier, Rainer, Winkel (Hg.) *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly* (2002) 441 Der Ausdruck „*lege agere*“ bedeutet in diesem Zusammenhang „mittels einer Spruchformel etwas behaupten“, aber auch „mittels einer Spruchformel tun“. Die Wendung an die philologischen Studien erlaubt eine Forschungsperspektive auf die Zeit auszudehnen, in der das Wort *agere* tatsächlich noch nicht existiert. Diese Ähnlichkeit zwischen *ago* und *aio* wurde auch schon von Hugo betont. Hugo, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian* (1824) 242

¹⁷ Vgl. dazu das Kapitel „Dalla parola creatrice“ alle *leges publicae* aus dem Buch von Orestano (*Orestano, I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica* (1967) 179f.)

Handlungsmacht mittels *actiones* bekommen und inwieweit die Rechtsrituale sowohl das Recht im subjektiven Sinn als auch das Recht im objektiven Sinn gestalten können.¹⁸

- (4) Die *actiones* im Sinne der Rechtsrituale werden sowohl von privaten Akteuren als auch von Gerichtsmagistraten ausgeübt. Eine Gleichstellung von privaten Akteuren und Gerichtsmagistraten bei der Ausübung der *actiones* lässt sich durch die Besonderheiten der ritualisierten Rechtsschöpfung erklären, das ebenfalls in diesem Dissertationsprojekt erforscht werden soll.
- (5) Das *agere* bzw. das *ius agendi cum populo* war ein Instrument für die Einberufung und der Leitung beschließender Volksversammlungen der patrizisch-plebejischen Bürgergemeinde. Es wird insbesondere aufgezeigt, wie ritualisierte *actio* nicht nur der privatrechtlichen, sondern auch der öffentlichen Rechtsgestaltung dient.
- (6) In den Quellen über die Entwicklung der römischen Jurisprudenz republikanischer Zeit werden die sogenannten *libri actionum* als eine Art Fachliteratur erwähnt, die möglicherweise dem Prätorischen Edikt vorangehen.¹⁹ Ich will zeigen, was die *actiones* im Kontext dieser *libri actionum* bedeuten. Ebenso, welche Auswirkungen der Übergang von dem Legisaktionenverfahren zum Formularverfahren sowie die neue technische Bedeutung der *actio* auf die Fachliteratur hat.²⁰
- (7) Die römischen Juristen bieten verschiedene Systematisierungen des Rechts an. Das betrifft beispielsweise die *libri tres iuris civilis* von Sabinus, oder die Gaius Institutionen, aber auch der Ediktskommentar. Aufgezeigt werden soll, wie die *actio* in diesen Systematisierungen verstanden wird, und wie sich die Bedeutung der *actio* in der republikanischen, früh- und spätklassischen juristischen Fachliteratur ändert.
- (8) Die Bedeutung der *actio* im Zusammenhang mit dem subjektiven Recht wird in der romanistischen Tradition aus der berühmten Definition von Celsus abgeleitet. Die Definition von Celsus ist ein Ausgangspunkt für zahlreiche dogmatisch-orientierte Theorien des XIX Jh. über den Anspruch und das subjektive Recht. Ich möchte zeigen,

¹⁸ Pugliese, *Actio e diritto subiettivo* (1939) 6

¹⁹ Über Römische Juristen als Schriftsteller s. *Mantovani*, *Les Juristes écrivains de la Rome Antique. Les oeuvres des juristes come littérature* (2018) 17f.

²⁰ Die Rolle der römischen Juristen bei der Entwicklung der *actiones* wird einige Zeit in der romanistischen Lehre vernachlässigt. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Anmerkung von Bethmann-Hollweg. Vgl. *Bethmann-Hollweg*, *Der römische Civilprozeß* (1864) 29 -30. Er betont, dass sich das Römische Recht unter dem Einfluss der Staatsgewalt und der Priesterschaft, an deren Stelle die Juristen treten, entwickelt. Dann merkt der Wissenschaftler an (Vgl. S. 30 Fn. 7): „Diese Seite des römischen Rechts ist wohl deshalb ändere Zeit nicht genug gewürdigt worden, weil Hugo und Savigny bei Vertretung der historischen Rechtsansicht das Hauptgewicht auf die Entstehung des Rechts unmittelbar aus der Volksüberzeugung als Gewohnheitsrecht, zu legen veranlasst waren.“

wie diese Definition von Celsus die Sprache und das Verständnis der *actio* in der romanistischen Rechtstradition geprägt hat.

3. Die Methodik und der Aufbau der Dissertation

Vom methodologischen Standpunkt aus gesehen, liegen die Erkenntnisse dieses Dissertationsprojektes in einem Spannungsfeld zwischen der dogmatisch-orientierten Rekonstruktionstradition und den Forschungen historisch-kritischer Ausrichtung, wobei die historisch-kritische Perspektive im Vordergrund steht. Diese ermöglicht, die Metakonzeptionen über die römische *actio*, die im Rahmen der dogmatisch-orientierten Studien ausgearbeitet wurden, zu revidieren.

Die rechtshistorische Forschung lässt sich grob in drei Bereiche gliedern – Normengeschichte, Wissenschaftsgeschichte und Rechtsgeschichte der Praxis.²¹ Während diese Abgrenzung in Bezug auf andere Epochen möglich und nützlich sein kann, soll die Forschung zur *actio* im Römischen Recht meines Erachtens diese Bereiche – Normengeschichte, Wissenschaftsgeschichte und Rechtsgeschichte der Praxis – integrieren. Das *agere* und die *actio* verkörpern die Idee der Rechtsnorm. Daher ist die Geschichte der römischen *actio* eine Normengeschichte. Die wissenschaftliche Sprache über die *actio*, jene der wissenschaftlichen romanistischen Tradition, kann nicht im Rahmen der Forschung über die römische *actio* reflektiert werden. Die Forschung zur römischen *actio* ist auch eine Wissenschaftsgeschichte, weil auch die wissenschaftliche Sprache der Romanisten über die *actio* reflektiert werden soll. Den Rechtsfiguren des *agere* und der *actio* liegt ein performatives praxisorientiertes Rechtsbewusstsein zugrunde. Daher ist die Geschichte der römischen *actio* notwendigerweise eine Geschichte der Praxis. Auf solche Weise enthält die Darstellung über das römische *agere* und über die römische *actio* die Elemente der Normengeschichte, der Wissenschaftsgeschichte und der Praxisgeschichte.²²

Das erste Kapitel der Dissertation ist der Wissenschaftsgeschichte gewidmet. Das Ziel des Kapitels ist es zu zeigen, wie sich die Denktradition und die für die Reflexion über die *actio* im

²¹

²² In der Literatur hinsichtlich der Methodologie wird vorgeschlagen, zwischen der Normengeschichte, der Wissenschaftsgeschichte und der Praxisgeschichte bei der Forschung der Rechtsgeschichte zu unterscheiden. Während die Autoren diese Unterscheidung vornehmen, um den Stoff der Forschung abzugrenzen, fordert die Analyse der *actio* eine Synthese bzw. Vereinigung und Integration verschiedener Blickwinkel. Die Quellen zur römischen *actio* in der republikanischen Zeit bleiben immer die Aussagen über die Durchsetzung des Rechts. In diesem Sinn ist die Rekonstruktion der *actio* eine Praxisgeschichte. Oestman, Normengeschichte, Wissenschaftsgeschichte und Praxisgeschichte. Drei Blickwinkel auf das Recht der Vergangenheit, in: Max Planck Institute for European legal history. Research paper series 6 (2014) 1f.

römischen Recht gebildete wissenschaftliche Sprache im XIX und XX Jh. entwickelt hat. Die Erzählung in den folgenden Kapiteln widmet sich unmittelbar der Erforschung der *actio* anhand der römischen Quellen.

Im zweiten Kapitel „Die Bedeutung der *legis actiones* und das *lege agere* in der Rechtsordnung der frühen Zeit“ wird der Blick auf die *legis actiones* im weiten bzw. „untechnischen“ Sinn gerichtet. Die Studie über die *legis actiones* im Rahmen dieser Dissertation zielt nicht darauf, eine erschöpfende Darstellung des Legisaktionenverfahrens zu präsentieren. Im Fokus steht die Frage über die Archetypen des römischen *agere* und über den Anwendungsbereich der *actiones* außerhalb des Prozesses und außerhalb der gerichtlichen Durchsetzung der Ansprüche. Außerdem steht im Zentrum der Forschung der private Akteur als Handlungsfigur, die sich mittels der *actiones* in der römischen Rechtsordnung behauptet und bestätigt.

Zuerst werden die Quellen analysiert, in denen die Begriffe *lege agere*, *legis actio* verwendet werden. Es wird die Frage geklärt, inwieweit die *legis actio* eine *actio* ist, die sich auf Gesetz stützt oder eine *actio*, die mittels der Erklärung der Spruchformel vorgenommen wird. Es werden sowohl die Stellen aus den Gaius-Institutionen als auch zahlreiche literarische Quellen analysiert, in denen die Ausdrücke *lege agere* und *legis actio* vorkommen und die sich auf die archaische und republikanische Zeit des Römischen Rechts beziehen. Es wird außerdem die Frage über die Rolle des einzelnen Akteurs und die Verbindung zwischen den Verben *agere* und *orare* erforscht. (Kapitel II. Abschnitt 2. Die Bedeutungsperspektive der *legis actio* und des *lege agere* in den römischen Quellen).

Die nächste Fragenruppe im zweiten Kapitel legt die Hypothese zugrunde, dass das *agere* dem privaten Akteur ursprünglich einen weiten Spielraum gewährt hat und dass im Rahmen der archaischen Erfahrung private Akteure ohne Intervention der Gerichtsmagistrate und unter einer Kontrolle der *civitas* sowohl ihre Ansprüche durchsetzen konnten, als auch mittels der gleichen *actiones* private Rechtsgeschäfte gestalten konnten. Es werden die Grenzen des Begriffes *iurisdictio* hinterfragt, sowie die Rückprojektion der modernen Konzeptionen der *iurisdictio* auf die frühe Zeit des römischen Rechts problematisiert, als die *iurisdictio* in den Händen privater Akteure liegen konnte.

Hier wird gezeigt, dass das *agere* ursprünglich eine einseitige ritualisierte Erklärung der Spruchformel bedeutet. Die Vornahme des Rituals war ausreichend, um bestimmte Rechtswirkungen zu erzeugen. Mit der Zeit entstehen die *actiones* mit der Dialogstruktur. Erforderlich wird auch die Einmischung des Gerichtsmagistrates. (Kapitel II. Abschnitt 3. Die *actio* im außerprozessualen Sinn).

Die einseitige Erklärung der Spruchformel als Grundidee der *actio* wird anhand von drei Beispielen der *legis actiones* gezeigt, welche nach der *communis opinio* zu den ältesten *legis actiones* zählen: Es sind dies die *legis actio sacramento*, die *legis actio per pignoris capionem* und die *legis actio per manus iniunctionem* (Kapitel II. Abschnitt 5. Die *actiones* als einseitige Akte der Rechtsgestaltung).

Weitere Ausführungen werden auch den *legis actiones* zu Zwecken der rechtsgeschäftlichen Gestaltung gewidmet. In diesem Bereich werden sowohl die *legis actiones* in der Form der *legis actio sacramento* behandelt, aber auch die *legis actio damni infecti* und die *legis actio* für die Gründung des *consortium ad exemplum fratrum suorum*. (Kapitel II. Abschnitt 6 Die *legis actiones* für die Zwecke der rechtsgeschäftlichen Gestaltung). Die nächste Frage betrifft die Bedeutung des *agere* im öffentlichen Recht. Es wird näher betrachtet, wie das *agere* auch von den Gerichtsmagistraten im Rahmen der *ius agendi cum populo* verwendet wird.

Im Kapitel III. „Actio in der republikanischen Jurisprudenz“ werden die *actiones* in der republikanischen Rechtsliteratur betrachtet. Der Bedeutungswandel der *actio* wird anhand der Geschichte der Fachliteratur, des Medienwechsels und des Überganges von der mündlichen zur schriftlichen Rechtskultur dargestellt. Die *actiones* werden in der Republikanischen Zeit von ~~einer neuen Strate~~ den säkularen Juristen weiterbearbeitet, die in ihren Schriften die alten von den *pontifices* geerbten *actiones* kritisch reflektieren und niederschreiben. (Kapitel III. Abschnitt 1. *Actiones* in der Rechtsliteratur republikanischer Juristen). Es werden die ersten Sammelwerke mit den *actiones* im römischen Recht wie beispielsweise das *ius Flavianum* (Kapitel III. Abschnitt 2.), *De usurpationibus* von Appius Claudius (Kapitel III. Abschnitt 3.), aber auch das *ius Aelianum* und die *Tripertita* von Sextus Aelius Catus (Kapitel III. Abschnitt 4) analysiert. Es wird zudem die Rolle der neuen Juristen bei der Verbreitung, Veröffentlichung und der Säkularisierung des *ius* sowie bei der kritischen Reflexion der alten *actiones* gezeigt.

Eine weitere Abhandlung wird im Kapitel III auch den Juristen der späteren republikanischen Zeit gewidmet, die beide Arten der Rechtsschöpfung – ritualisierte und auf die *pontifices* zurückgehende und die weniger formalisierte und wissenschaftliche – kennen. Die Bedeutung der *actio* wird anhand der Werke von Ofilius (Kapitel III. Abschnitt 7 „Die Darstellung der *actio* im Ediktskommentar und in den *libri actionum* von Aulus Ofilius“), aber auch von Quintus Mucius Scaevola gezeigt (Kapitel III, Abschnitt 10 „Der technische Begriff der *actio* bei Quintus Mucius Scaevola“). Beide Juristen kennen sowohl die ritualisierte Rechtsfindung mittels der alten *actiones*, als auch die Rechtsschöpfung anhand der neuen *actiones*-Klagen im Formularverfahren. In seinen Werken sind verschiedene Bedeutungen der *actio* zu verfolgen–

die *actiones* im weiten Sinn der Rituale, aber auch die *actiones* als Klageformulare im neuen Formularverfahren.

Weitere Aufmerksamkeit wird auch den zahlreichen Erwähnungen der *actiones* in den literarischen Quellen gewidmet, in denen die *actiones* oder *leges privatae* für die Bezeichnung der Sammelbände mit den Ritualen für den Abschluss der Rechtsgeschäfte angewandt werden. Anhand der *Manili actiones* (Kapitel III, Abschnitt 5), *actiones Cosconii*, *actiones Hostilianae* etc. (Kapitel III, Abschnitt 6 Sammelwerke mit Ritualen für das Gerichtsverfahren) lässt sich sehen, wie die *actiones* in den Schriften republikanischer Juristen in der Bedeutung der Formulare für rechtsgeschäftliche Gestaltung gebraucht wurden.

Eine Verbindung zwischen den alten *actiones* und den neuen Rechtsformen wird anhand der *stipulatio Aquiliana* gezeigt. Von Bedeutung ist, dass die Formel dieser *stipulatio*, die anscheinend vom spätrepublikanischen Juristen Aquilius Gallus stammt, wortwörtlich die Spruchformel der *legis actio sacramento* wiederholt (Kapitel III, Abschnitt 9 „Die *actiones* in der Rechtskunde des Aquillus Gallus“), was wiederum auf eine Ähnlichkeit zwischen den *actiones* für die Durchsetzung der Ansprüche und den *actiones* für die rechtsgeschäftliche Gestaltung hinweist. Dies bestätigt ein Weiterleben der auf die Archaik zurückgehenden Spruchformel in den neuen Rechtsformen der spätrepublikanischen Juristen. Der Übergang vom weiten Verständnis des *agere/actio* zum technischen Begriff der *actio* im Sinne der Klage bzw. des Klagerechts im Formularverfahren wird durch den Wechsel der Literaturgattungen römischer Juristen gezeigt. An die Stelle der *libri actionum* tritt der Ediktskommentar (Kapitel III, Abschnitt 11. Die *actiones* in den *libri actionum* klassischer Juristen und im Ediktskommentar). Neben dem Ediktskommentar wird auch die Rolle und die Bedeutung der *actio* in den Gaius-Institutionen und seiner Gliederung des Rechtsstoffes in „*personae, res, actiones*“ analysiert (Kapitel III. Abschnitt 12. Die Systematik der *actiones* in den Gaius-Institutionen und ihre Wurzeln in der republikanischen Jurisprudenz).

Am Ende des III. Kapitels wird die berühmte Definition der *actio* des römischen Juristen Celsus erforscht. Die Exegese des Celsus-Textes über die *actio* wird mit der Wissenschaftsgeschichte verbunden. Es wird gezeigt, wie die Celsus-Definition im Rahmen der Diskussionen über die *actio* und das subjektive Recht in der Lehre des XIX Jh. und XX Jh. instrumentalisiert wurde. Geprüft wird, ob man die *actio* in der Definition von Celsus ohne Konstruktion des subjektiven Rechts und des Anspruches rekonstruieren kann (Kapitel II. Abschnitt 13. Die Definition der *actio* in Celsus).

Die Dissertation wird mit einem Schlusskapitel (Kapitel IV. Zusammenfassung) beendet. In diesem Kapitel werden sowohl Forschungsergebnisse bzw. in der Forschung gestellte Fragen als auch Forschungshypothesen geklärt und bestätigt.

4. Quellenstellen

<i>Juristische Quellen</i>	Institutiones Justiniani	7.21 7.6.2	s.v. nectere (Lindsay 160.14)
XII Tafeln	1.3.29.2	<i>Brutus</i>	s.v. orcum, (Lindsay 222.6)
Tab. I.I	1.4.6.pr.	24	s.v. oratores (Lindsay 197,201)
Tab. 3.2	3.29.2	106	
Tab. 3.3	4.9.pr.	<i>De natura deorum</i>	
Tab. 6.5	Gaius Institutionen	3.30.47	Gellius
Tab. 6. 5b	1.112	<i>De oratore</i>	<i>Noctes Atticae</i>
Digesten	1.119	1.41.186	6.3.45
D. 1.1.1.2	1.134	1.41.188	20.10
D. 1.2.2.5-6	2.104	1.41.189	20.10.5.2
D. 1.2.2.6	3.154b	1.42.190	Isidorus
D. 1.2.2.7	4.2	1.43.193	<i>Etymologiae</i>
D. 1.2.2.36	4.5	<i>De re publica</i>	5.1.5
D. 1.2.2.38	4.11	2.17.31	<i>Differentiae</i>
D. 1.2.2.39	4.13	<i>Pro Caecina</i>	1.64
D. 1.2.2.44	4.14	12	Livius
D. 1.2.2.41	4.15	13	<i>Ab urbe condita</i>
D. 1.16.3	4.16	14	1.32.5
D. 1.7.4	4.17a	27	3.44.6
D. 2.15.4	4.20	32.7	3.45.2
D. 4.4.16.1	4.30	33-34	9.46.5
D. 9.1.11	4.31	37-39	44.16.15
D. 19.5.14.3	4.31a	40	Macrobius
D. 24.3.24.2	Fragmenta Vaticana	54.6	<i>Saturnalia</i>
D. 28.1.14	47a	<i>Pro Murena</i>	1.16.30
D. 30.114.14	65	11.25	1.4.15
D. 32.22.pr.	Lex Acilia Repetundarum	12.26	Ovid
D. 32.55.1	I 57.74	19.3	<i>Fasti</i>
D. 32.55.5	Literarische Quellen	21.43	1.319
D. 32.55.7	Cicero	22	Plautus
D. 33.4.1.9.2	<i>Ad Atticum</i>	Festus	<i>Cistellaria</i>
D. 33.9.3.5	6.1.8	s.v. addicere (Lindsay, 11)	505
D. 33.9.3.7	13.37.4	s.v. agonium, (Lindsay 9.15)	
D. 33.9.3.8	<i>Ad familiares</i>		
D. 35.55.2			
D. 39.2.15.30			
D. 40.7.21			
D. 41.3.2			
D. 43.8.5			
D. 44.4.4.6			
D. 44.7.51			
D. 46.4.18.1			
D. 47.7.1			
D. 50.16.234			

<i>Trinummus</i>	Probus	1.pr.12	<i>Facta et dicta memorabilia</i>
570	<i>Notae</i>	1.5.1	
		9.2	
<i>Pseudolus</i>	4.1	Seneca (phil.)	2.3.1.
188	4.2		2.5.2
	4.5	<i>Apocolocyntosis</i>	8.2.2.
<i>Rudens</i>	Quintilian	11.3	Varro
719	<i>Institutio</i>		<i>De lingua latina</i>
<i>Mostellaria</i>	<i>Oratoria</i>	<i>Dialogi (De tranquillitate animi)</i>	5. 180
1121	3.3.1		6.14
	11.3.1	9.3.4.	6.60
Plinius Senior	12.2.3	Suetonius	6.89
<i>Naturalis historia</i>	3.6.73	<i>Iulius Caesar</i>	<i>De re rustica</i>
17.1.7	Rhetorica ad Herrenium	44.1	2.3.5
			2.5.11
Plinius Caecilius Secundus	2.12.18	Valerius Maximus	2.7.6
<i>Epistulae</i>	Seneca Maior		
10.115	<i>Controversiae</i>		

5. Literatur

Albanese, Il processo privato romano delle *legis actiones* (1987)

Cardilli, Brevi riflessioni critiche sull'azione come difesa del diritto attraverso il diritto romano, in: *Revista Chilena de historia del derecho* 22 (2010)

Cardilli, *Lege XII tabularum praeposita iungitur interpretatio*, in: *Homenaje F. Hinestrosa I* (2003)

Cardilli, *Damnatio e oportere nell'obbligazione* (2016)

Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano* (1990) XIII

Catalano, *Diritto, soggetti, oggetti: Un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1.1.12*, In: *n Iuris vincula. Scritti in onore di M.Talamanca*, II (2001)

Fiori, *Ea res agatur: I due modelli del processo formulare repubblicano* (2003)

Franchini, *La desuetudine delle XII tavole nell'età arcaica* (2005)

Franchini, *Alle origini di negozio e processo: l'autotutela rituale*, in: *Garofalo* (Hg.) *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I Cedam, Padova*, (2012)

De Francisci, *Primordia civitatis* (1961)

Gioffredi, *Diritto e processo nelle forme giuridiche romane* (1955)

Gioffredi, *Ius e actio*, in: *Nuovi studi di diritto greco e romano* (1980)

- Hägerström*, Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen Römischen Rechtsanschauung (1927)
- Jörs*, Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik I. Bis auf die Catonen (1888)
- Kaser*, Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung (1949)
- Kaser*, Unmittelbare Vollstreckbarkeit und Bürgenregress, SZ 100 (1983)
- Liebs*, Einleitung zu den archaischen Rechtsbüchern, in: *Herzog/Schmidt* (Hg.) Handbuch der lateinischen Literatur der Antike I (2002)
- Manthe*, *Agere* und *aio*: Sprechakttheorie und Legisaktionen, In: Schermaier, Rainer, Winkel (Hg.) *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly* (2002)
- De Martino*, La giurisdizione nel diritto romano (1937)
- Muther*, Zur Lehre von der römischen *actio*, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen: eine Kritik des Windscheid'schen Buchs „Die actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts“ (1857)
- Orestano*, Azione in generale, in: *Enciclopedia del diritto* IV (1959)
- Orestano*, I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica (1967)
- D'Ors*, Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de „ius“, in: *Studi in memoria di Emilio Albertario. II* (1953)
- Peloso*, Il concetto di '*actio*' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio, in: *Garofalo* (Hsg.) *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca I* (2011)
- Peloso*, *Giudicare e decidere* in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8, in: *Garofalo* (Hg.) *Il giudice privato nel processo civile romano I* (2012)
- Provera*, Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana, in: *Studi in onore di Arnaldo Biscardi, IV* (1983)
- Pugliese*, *Actio* e diritto subiettivo (1939)
- Santoro*, Potere ed azione nell'antico diritto romano, in: *AUPA* 30 (1967)
- Santoro*, *Actio* in diritto romano, in: *Poteri negotia actiones. Atti del convegno di diritto romano. Copanello 12-15 maggio 1982* (1984)
- Salmone*, *Iudicati velut obligatio: Storia di un dovere giuridico* (2007)
- Santoro*, Appio Claudio e la concezione strumentalistica di *ius*, in: *AUPA*. 47 (2002) (=Scritti minori)
- Selb*, Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des *iudex* in der *legis actio*, in: *GS Kunkel* (1984)
- Talamanca*, *Processo civile/diritto romano*, in: *Enciclopedia del diritto* XXXVI (1987)
- Talamanca*, *Istituzioni di diritto romani* (1990)
- Talamanca*, *Relazione conclusiva*, in: *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del convegno di diritto romano Copanello 7-10 giugno 1992* (1994)

Valgaeren, The jurisdiction of the pontiffs at the end of the fourth century BC, in: *Tellegen-Couperus* (Hg.), *Law and Religion in the Roman Republic* (2012)

Varvaro, Gai. IV.21 e la presunta manus iniectio ex lege Aquila, *Annali del seminario giuridico della università di Palermo* 2016/59 (335-347)

Villey, Les institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif, in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* (1962)

Voigt, Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie –Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten (1883)

Vossius, Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen der Rechtsschutzlehre (1985)

Wieacker, Ius civile und lex publica in der römischen Frühzeit, in: Baumgärtel (Hg.), *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag* (1984)

Wieacker, Römische Rechtsgeschichte Bd I: Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur (1988)

Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856)

Wlassak, Actio, in: *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* 1.1 (1893)

Wulf, Ritual und Recht. Performatives Handeln und mimetisches Wissen, in: Wulf (Hg.) *Körper und Recht. Anthropologische Dimensionen der Rechtsphilosophie* (2003)