

## ***Gerardo Brogginis Lehre vom Einfluss der Schiedsgerichtsbarkeit auf die Entstehung des Zivilprozesses***

### *I. «Wanderungen in das Nebelland der Urzeit» – Vorbemerkungen zu Gerardo Brogginis Wissenschaftsverständnis*

«Solche Wanderungen in das Nebelland der Urzeit sind stets ein anmutiges Spiel der Phantasie. Sie entbehren auch nicht des wissenschaftlichen Wertes, denn ohne Hypothesen ist es nicht möglich, die Anfänge der Institutionen aufzudecken. Begreiflich ist es auch, daß der Erfinder einer neuen Hypothese fest an sie glaubt und mit ihr den Schlüssel gefunden zu haben glaubt, der alle Schlösser öffnet. Es fragt sich nur, wie viele Gläubige er findet. Die Außenstehenden sind meist böse Skeptiker»<sup>1</sup>. Dieses Zitat von 1909 aus dem zweiten Teil der Rezension des Altphilologen und Romanisten Bernhard Kübler zu den «Mélanges» für Joseph-Camille Gérardin stellte Gerardo Brogginis<sup>2</sup> seiner 1957 erschienenen Heidelberger Habilitationsschrift «*Iudex arbiterve: Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*» voran, die den Ursprüngen des römischen Zivilprozesses gewidmet ist<sup>3</sup>. Die zitierte Passage betrifft den – so Kübler – «geistreiche[n] Beitrag von [Paul] Collinet» über «die ursprüngliche Bedeutung der Stipulation (le rôle primitif de la stipulation)», also ebenfalls<sup>4</sup> ein Thema, das in der Frühzeit des römischen Rechts

\* Dieser Aufsatz beruht auf einem Vortrag, den ich auf Einladung von Christian Baldus am 29.06.2022 im Rahmen des von der Heidelberger Rechtshistorischen Gesellschaft veranstalteten Kolloquiums «*Iudex Arbiterve – Richter oder Schiedsrichter am Anfang westlichen Prozessrechts?*» an der Universität Heidelberg halten durfte.

<sup>1</sup> B. Kübler, *Rezension Mélanges Gérardin*, Paris 1907, in ZSS. 30, 1909, 419-437, 420.

<sup>2</sup> Zu diesem etwa R. Backhaus, *Gerardo Brogginis (16.11.1926 – 29.10.2018)*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*. 31/32, 2018/2019, 563-573 und Ch. Baldus, *In memoriam Gerardo Brogginis (16.11.1926 – 29.10.2018)*, in *Interpretatio Prudentium* 3, 2018, 2, 353-356 sowie knapp R. Backhaus, *Rechtsromanistik in Heidelberg von 1918 bis zum Ende des 20. Jahrhunderts*, in Ch. Baldus, Ch. Hattenhauer, K.-P. Schroeder (Hgg.), *Geschichtliche Rechtswissenschaft: 100 Jahre Heidelberger Institut (1918-2018)*, Heidelberg 2018, 57-97, 90-91.

<sup>3</sup> G. Brogginis, *Iudex arbiterve: Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln u.a. 1957, V. Den Passus «ein anmutiges Spiel der Phantasie» zitiert bereits G. Brogginis, *Der Ursprung der römischen iurisdictio*, in *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 75, 1956, I, 333-347, 346 [= *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano 1966, 83-95, 94-95].

<sup>4</sup> Für die Ursprünge des römischen Zivilprozessrechts etwa M. Varvaro, § 9 – *Die Legisaktionen*, in U. Babusiaux, Ch. Baldus, W. Ernst, F.-St. Meissel, J. Platschek, Th. Rüfner (Hgg.), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, Tübingen 2023, 321-341, 323.

angesiedelt ist, für die die Quellenlage noch heute bekanntlich<sup>5</sup> schlecht ist.

Hierbei handelt es sich aus verschiedenen Gründen um ein ausgesprochen gut gewähltes Zitat zum Einstieg. Brogginini gibt durch das Voranstellen gerade dieses Zitats zunächst zu, in seiner Arbeit ein «anmutiges Spiel der Phantasie» zu betreiben und «Hypothesen» aufzustellen<sup>6</sup>, unterstreicht aber zugleich, seine Hypothesen für plausibel zu halten. Gleichzeitig betont er den wissenschaftlichen Wert von Hypothesen, gerade wenn man ins «Nebelland der Urzeit», zu den «Anfänge[n] der Institutionen» vordringen möchte. Durch das Voranstellen dieses Zitats nimmt Brogginini zudem geschickt vorab der in seiner Arbeit geäußerten Kritik an der «herrschenden Meinung» der Granden der romanistischen Zunft zu den Ursprüngen des römischen Zivilprozessrechts die Schärfe und lässt überdies hinter sein Selbstverständnis als Wissenschaftler blicken: «Wir wissen nicht, sondern wir raten»<sup>7</sup>, aber können immerhin – modern gesprochen – einen «educated guess» vorlegen. Oder erneut in den Worten Karl Poppers: «Nur die Idee, die unbegründete Antizipation, der kühne Gedanke ist es, mit dem wir, ihn immer wieder aufs Spiel setzend, die Natur einzufangen versuchen: Wer seine Gedanken der Widerlegung nicht aussetzt, der spielt nicht mit in dem Spiel Wissenschaft»<sup>8</sup>.

Brogginini möchte mitspielen, wenngleich er im Vorwort der Arbeit eingesteht, die Schrift «wegen ihrer Anmaßung, den gesamten römischen Prozess neu ergründen zu wollen,» «mit einiger Bangigkeit und Spannung dem romanistischen Publikum vor[zu]leg[en]»<sup>9</sup>. Und in der Tat wird Broggininis Hypothesisieren teils heftig kritisiert – so spricht Franz Wieacker in seiner Rezension zu Brogginini in der Savigny-Zeitschrift vom «kühnen Schluss», von einer «*petitio principii*», er hält teils die Ableitung «für zu fein ziseliert, um wahrscheinlich zu sein», teils die Interpretation für «ziemlich angestrengt», für «Spekulation», die Argumentation mitunter für «tendenziös» bzw. «gewaltsam»<sup>10</sup>. Geschlossen wird gleichwohl versöhnlich: «Nun ist aber Geschichte eine Erfahrungswis-

<sup>5</sup> Siehe nur zur Stipulation Th. Finkenauer, § 21 – Stipulation (Verbalkontrakt), in Babusiaux, Baldus, Ernst, Meissel, Platschek, Rübner (Hgg.), *Handbuch des Römischen Privatrechts* cit. 564-624, 568 f. m.w.N.

<sup>6</sup> Auch A. Steinwenter, *Rezension G. Brogginini, Iudex arbiterve: Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln u.a. 1957, in *TR.* 27, 1959, 205-212, 208, anerkennt, Brogginini habe, «wie das Motto seines Buches zeigt, Humor genug, um dem Leser zu verstehen zu geben, daß er sich mit dieser Hypothese ins ‚Nebelland der Phantasie‘ begibt».

<sup>7</sup> Vgl. K. Popper, *Logik der Forschung*, Wien 1934<sup>1</sup>, 207.

<sup>8</sup> Popper, *Logik* cit. 208.

<sup>9</sup> Brogginini, *Iudex arbiterve* cit. IX.

<sup>10</sup> F. Wieacker, *Rezension G. Brogginini, Iudex arbiterve: Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln u.a. 1957, in *ZSS.* 76, 1959, 582-592, 585, 587, 590, 591.

senschaft, deren begrenztes und erst zu interpretierendes, d.h. zu verstehendes Erkenntnismaterial der heuristischen Vorentwürfe der methodisch geregelten Phantasie bedarf, damit sie sich in dialektischer Bewegung durch Einbeziehung immer neuer Lösungselemente der Wahrheit annähert»<sup>11</sup>.

Auf der anderen Seite: Wenn Brogginis sich selbst im Rahmen von Rezensionen mit den Ergebnissen anderer auseinandersetzt, spiegelt sich seine Anerkennung für das Eingehen von Risiken durch die Annahme von Hypothesen, während er andere, die nur *ad*, nicht aber *ultra fontes* blicken wollen, für ihren Kleinmut kritisiert. So schließt Brogginis Rezension des Werks von Henry Lévy-Bruhl über die Legisaktionen – inhaltlich gegenüber dessen Thesen durchaus kritisch – mit dem versöhnlichen Satz: «Bei der Lage der Quellen und beim hypothetischen Charakter sämtlicher Lösungen der Ursprungsprobleme sind die angezeigten Meinungsverschiedenheiten meistens unvermeidlich»<sup>12</sup>. Auf der anderen Seite wird Giovanni Pugliese und dessen Lehrbuch über die Leghisaktionen vorgehalten, dass es ihm an «fantasia» bzw. «divinazione» mangle, wenn es darum gehe, über die Quellen hinaus Vermutungen an- und Hypothesen aufzustellen<sup>13</sup>.

In letztgenannter Rezension nimmt Brogginis auch auf Rudolf von Jherings berühmte «rechtshistorische Cigarre» Bezug<sup>14</sup>. Bei Jhering heißt es diesbezüglich: «Es ist unglaublich, was man da alles bei einer einzigen Cigarre erfahren kann! Aber freilich muß man zu rauchen verstehen, und das verstehen Manche nicht. Darum sehen sie auch nicht, selbst wenn sie sich eine Cigarre anzünden ..., sie erzeugen zwar gewaltige Rauchwolken, stärkere als manche Andere, die zu rauchen verstehen, aber sie erblicken keine Bilder darin. Darum behaupten sie, daß ein Anderer es auch nicht vermöge oder, wenn er es behauptete, daß die Bilder nichts seien als Eingebungen seiner durch Tabaksnarkose erregten Phantasie, welche die Wissenschaft mit Protest zurückzuweisen habe, – wo die Quellen aufhörten, da höre auch die Wissenschaft auf. Ich meinerseits behaupte:

<sup>11</sup> Wieacker, *Rezension G. Brogginis* cit. 592. Interessanterweise ist es nur diese Passage aus Wieackers Rezension, die Brogginis andernorts als Stütze seiner Thesen verstanden wissen möchte, siehe G. Brogginis, *Rezension G. Pugliese, Il processo civile romano I: Le legis actiones, Roma 1962*, in *Labeo*. 11, 1965, 362-380, 363 [= *Coniectanea* cit. 539-565, 540].

<sup>12</sup> G. Brogginis, *Rezension H. Lévy-Bruhl, Recherches sur les actions de la loi, Paris 1960*, in *ZSS*. 79, 1962, 382-391, 391 [= *Coniectanea* cit. 325-537, 537].

<sup>13</sup> Brogginis, *Rezension G. Pugliese* cit. 362 f. [= *Coniectanea* cit. 540]: «ben poco o nulla è concesso agli esercizi di fantasia o di divinazione, per quanto suggestivi ed a mio avviso indispensabili essi possano essere, se si vuol raggiungere un minimo di coerenza e di organicità nell'immagine dei primordi delle istituzioni processuali romane».

<sup>14</sup> Brogginis, *Rezension G. Pugliese* cit. 366 [= *Coniectanea* cit. 544]. Verwiesen wird auf R. von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig 1884, 176.

da fängt sie erst recht an»<sup>15</sup>. Der Rauch der «rechtshistorischen Cigarre» führt somit Connoisseure auch ins «Nebelland»<sup>16</sup>, das Voranstellen eines Zitats, das dem Scherz in der Jurisprudenz zuzurechnen ist<sup>17</sup>, hätte der Habilitationsschrift eines frisch auf eine Professur Berufenen aber womöglich weniger gut zu Gesicht gestanden als das von Brogginì gewählte Zitat.

## II. «Gehen Sie ein paar Jahre [...] nach Heidelberg» – Eckdaten aus Gerardo Brogginìs Leben

Gerardo Brogginì, geboren am 16. November 1926, hatte in Fribourg (Schweiz) bei Max Gutzwiller<sup>18</sup> über «Le modalità d'escuzione dei contratti in diritto internazionale privato»<sup>19</sup> promoviert. Anschließend war er aus der Anwaltschaft in Locarno auf Gutzwillers Rat nach Heidelberg gewechselt, um 1956 bei Wolfgang Kunkel<sup>20</sup> mit der römischrechtlichen Schrift zu habilitieren, die in diesem Beitrag näher gewürdigt werden soll. «Gehen Sie ein paar Jahre nach Deutschland, am besten nach Heidelberg zum Kunkel, und lassen Sie sich in das römische Recht einarbeiten. [...] Dann sind Sie mein Nachfolger in Fribourg» – so gibt Brogginì die Worte seines ersten Lehrers wieder<sup>21</sup>. Und dieser sollte Recht behalten: Unmittelbar im Anschluss an die Heidelberger Habilitation wurde Brogginì als Professor für Römisches Recht, Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht – nach eigener Aussage auf Betreiben Gutzwillers<sup>22</sup> – als dessen Nachfolger nach Fribourg berufen, bevor er 1961 die Nachfolge seines anderen akademischen Lehrers, Kunkel, an der Ruperto Carola in Heidelberg antreten sollte. 1968 zog es ihn weiter nach Mailand, wo er bis 2002

<sup>15</sup> von Jhering, *Scherz und Ernst* cit. 125 f.

<sup>16</sup> von Jhering, *Scherz und Ernst* cit. 125 f.

<sup>17</sup> Vgl. von Jhering, *Scherz und Ernst* cit. IV: «Die drei ersten Abtheilungen sind dem Scherz gewidmet, die letzte dem Ernst». Die «rechtshistorische Cigarre» wird in der zweiten Abteilung geraucht.

<sup>18</sup> Zu diesem etwa G. Brogginì, *Max Gutzwiller. Der Mensch, der Lehrer, der Romanist*, in *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht*. 47, 1990, 82-93.

<sup>19</sup> G. Brogginì, *Le modalità d'escuzione dei contratti in diritto internazionale privato*, Fribourg i.d. Schweiz 1951.

<sup>20</sup> Zu diesem etwa Backhaus, *Rechtsromanistik in Heidelberg* cit. 80-86 oder M. Avenarius, s.v. *Kunkel, Wolfgang*, in A. Cordes, H.-P. Haferkamp, H. Lück, D. Werkmüller, Ch. Bertelsmeier-Kierst (Hgg.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* 3, Berlin 2013<sup>2</sup>, Sp. 318-319.

<sup>21</sup> So Brogginì, *Max Gutzwiller* cit. 85 f.; dazu Backhaus, *Gerardo Brogginì* cit. 564.

<sup>22</sup> So Brogginì, *Max Gutzwiller* cit. 86 nt. 14: «Meine Heidelberger Habilitation fand im Februar 1956 statt. Daraufhin hat M. Gutzwiller meine Berufung nach Freiburg sofort betrieben. Den Ruf erhielt ich im Juli 1956».

an der Università Cattolica forschte und lehrte. Noch in seiner Mailänder Abschiedsvorlesung, seiner *lectio magistralis* vom 15. Mai 2002, betonte er seine «inesauribile passione per la ricerca delle origini», die Leidenschaft, dem Ursprung der (juristischen) Dinge auf den Grund zu gehen<sup>23</sup>. Am 29. Oktober 2018 verstarb Brogginis.

### III. *Iudex arbiterve* und das «*officium des römischen Privatrichters*» – Gerardo Brogginis Lehre vom Einfluss der Schiedsgerichtsbarkeit auf die Entstehung des Zivilprozesses

Seine Heidelberger Habilitationsschrift, die es an dieser Stelle zu behandeln gilt, ist dem Dualismus<sup>24</sup> von *iudex* («Richter») und *arbiter* («Schiedsrichter») im frühen römischen Recht gewidmet. Brogginis positioniert sich mit seiner Schrift explizit gegen den Wiener Romanisten Moriz Wlassak<sup>25</sup>, der sich intensiv mit dem römischen Zivilprozess auseinandergesetzt hatte. Franz Wieacker resümiert dazu: «Das Buch ist zunächst ein Anti-Wlassak»<sup>26</sup>, Artur Steinwenter nennt dessen ersten Paragraphen eine «Fehdeansage»<sup>27</sup>. Anstoß nimmt Brogginis in der «Einleitung» der Arbeit – zugleich § 1, «Wlassaks Absage an die Alternative *iudex arbiterve*» (S. 1-8) – zuvörderst an Wlassaks These, die Wendung *iudex arbiterve* meine «eine und dieselbe Person», «nämlich einen mit eigentümlichen Erkenntnismethoden ausgestatteten Richter»<sup>28</sup>. Nach Wlassak sei der *arbiter* der Zwölftafeln *iudex* und werde oft auch so bezeichnet; er werde genauso wie ein *iudex* bestellt und unterscheide sich von jenem «nur durch das freiere ... Ermessen ..., welches ihm die Spruch- oder Schriftformel gewährt»<sup>29</sup>. Brogginis zufolge benötige Wlassak diese Nähe von *iudex* und *arbiter*, den «von den Parteien zwanglos gewählte[n] Schiedsmann», als Grundlage seiner «Hypothese der Herleitung des römischen Zivilprozesses aus einem rein privaten Schiedsverfahren»; diese<sup>30</sup> basiere nämlich auf dem «Bild eines frei durch Vertrag er-

<sup>23</sup> G. Brogginis, *Iudex arbiterve*, in *RDR*. 2, 2002, 425-430, 425.

<sup>24</sup> Dazu auch L. Bablitz, *Roman Courts and Private Arbitration*, in C. Ando, P. du Plessis, K. Tuori (Hgg.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford 2016, 234-244, 242 f.

<sup>25</sup> Zu diesem etwa L. Wenger, *Moriz Wlassak †*, in *ZSS*. 60, 1940, IX-XLV.

<sup>26</sup> Wieacker, *Rezension G. Brogginis* cit. 590.

<sup>27</sup> Steinwenter, *Rezension G. Brogginis* cit. 206.

<sup>28</sup> So Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 1 mit Verweis auf M. Wlassak, *s.v. arbiter*, in G. Wissowa (Hg.), *Pauly's Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft* 2.1, Stuttgart 1895, Sp. 408-411, 410.

<sup>29</sup> Wlassak, *s.v. arbiter* cit. 410; dazu auch Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 2.

<sup>30</sup> Vgl. etwa M. Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in *ZSS*. 25,

wählten Dritten, der durch seinen streng persönlichen und trotzdem geachteten Spruch den Frieden wiederherstellt»<sup>31</sup>. Brogginì nimmt sich angesichts dieses Befundes eine «eindringliche Prüfung der Dichotomie *iudex-arbiter*»<sup>32</sup> vor – er möchte, wie er schon einleitend schreibt, vielmehr von zwei Richtertypen ausgehen, zwischen denen bereits anfänglich «wesentliche Gegensätze» bestehen<sup>33</sup>.

1904, 81-187, 139 nt. 1: «die These: der römische Privatprozeß hat seinen Ursprung im Schiedsgericht». Zu dieser Frage auch G.I. Luzzatto, *Vecchie e recenti prospettive sull'origine del processo civile romano*, in *Studi Urbinati* 12, 1959/60, 1-35, 5; M. Kaser, K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996<sup>2</sup>, 29 f.; M. Petrak, *Private or Public Justice? Modern Disputes on the Origin of Civil Procedure in Roman Law*, in C. Hendrik Van Rhee, A. Uzelac (Hgg.), *Public and Private Justice. Dispute Resolution in Modern Societies*, Antwerpen u.a. 2007, 87-104; S. Randazzo, *Bipartizione del processo e attività giudicante. Un'ipotesi di lavoro*, in L. Garofalo (a c. di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese* 1, Padova 2012, 41-58, 48 f.; C. Pelloso, *Giudicare e decidere in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di tab. I.8*, in Garofalo (a c. di), *Il giudice privato nel processo civile romano* 1 cit. 59-128, 86 f. und sodann – die Kritik an Wlassak sammelnd und zusammenfassend – 88-93; R. Ortu, *Alle origini del iudicium privatum*, in Garofalo (a c. di), *Il giudice privato nel processo civile romano* 1 cit. 129-160, 134 f.; F. Pulitanò, *Profili dell'officium iudicis nei giudizi divisorii*, in L. Garofalo (a c. di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, 2, Padova 2012, 385-446, 395; M. Avenarius, *Erkenntnis- und Inspirationsquellen der modernen Wissenschaft vom römischen Zivilprozess. Bethmann-Hollwegs Beitrag zu einer rechtswissenschaftlichen Wende*, in W. Heun, F. Schorkopf (Hgg.), *Wendepunkte der Rechtswissenschaft. Aspekte des Rechts in der Moderne*, Göttingen 2014, 83-118, 115; W. Buchwitz, *Schiedsverfahrensrecht*, Berlin 2019, 4 und E. Giannozzi, *Le vir bonus en droit romain*, Liège 2021, 105. Kritisch zu Wlassak äußerte sich bereits in seinem Nachruf auf diesen Wenger, *Moriz Wlassak* cit. XXVI f.: «so wird man darüber im Zweifel bleiben dürfen, ob denn aller Anfang prozessualen Denkens und Handelns in einem vereinbarten Parteienschiedsgericht gelegen sei»; «Mich wenigstens dünkte es immer näher, daß der im Recht sich verletzt Fühlende, wenn er nicht durch Selbsthilfe sich sein wirkliches oder vermeintliches Recht zu verschaffen stark genug war oder wenn er Selbsthilfe nicht mehr üben durfte, einseitig zum ‚König‘, oder wie immer man einen staatlichen Machthaber nennen will, eilte, um von ihm Recht zu erlangen, den Gegner aber zwang, sich diesem Verfahren zu fügen» – «Oft habe ich mit dem Verewigten darüber sprechen können, doch er hatte für alle Bedenken gegen sein ‚ursprüngliches‘ Schiedsgericht nur ein mild verzeihendes Lächeln. Und es war schon viel, sich mit ihm dahin zu einigen, daß für die ‚Anfänge‘ doch alles im Dunklen liege».

<sup>31</sup> Brogginì, *Iudex arbiter* cit. 3-4.

<sup>32</sup> Brogginì, *Iudex arbiter* cit. 7.

<sup>33</sup> Brogginì, *Iudex arbiter* cit. 2. In jüngerer Zeit bezeichnete etwa T. Dalla Massara, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e iudicium. Un itinerario nella giurisprudenza classica*, in Garofalo (Hg.), *Il giudice privato nel processo civile romano* 2 cit. 111-173, 120 und ders., *Studio sui rapporti tra sententia iudicis e decisione arbitrata*, Napoli 2012, 11, diese Ansicht als überzeugend («Brogginì [...] ha convincentemente dimostrato la risalenza della distinzione tra *iudex* e *arbiter*»); vgl. auch Ortu, *Alle origini* cit. 159 («già in età decemvirale era chiara la funzione del *iudex* rispetto a quella dell'*arbiter*»). M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 289, sieht dagegen zwar «in linea di massima, una diversa portata semantica dei

Mit seinen Studien möchte Brogginini «neue Gesichtspunkte zur Geschichte der Entstehung des Formularverfahrens», aber auch «zur Klärung wesentlicher Fragen des Legisaktionenprozesses», namentlich bezüglich der Urteilsgestaltung, beitragen<sup>34</sup>.

Es folgt der «Erste Abschnitt» der Arbeit, «*iudex arbiterve* und die Wesensmerkmale des altrömischen Prozesses» (S. 9-93), untergliedert in drei Paragraphen. Deren erster, § 2, ist mit «*iudex arbiterve* in den Zwölftafelfragmenten. *Iudex* und *arbiter* als Delegierte des Prätors» überschrieben (S. 9-24). Analysiert werden die in die älteste Zeit zurückweisenden literarischen bzw. juristischen Quellen, in denen von der Alternative *iudex arbiterve* die Rede ist. Diese betreffen zwei Zwölftafelsätze – XII Tab. 2.2 ermöglichte in bestimmten Fällen die Verschiebung der Gerichtsverhandlung, wenn dies *iudici arbitrove reove* beantragt wurde<sup>35</sup>, XII Tab. 9.3 drohte dem «käuflichen»<sup>36</sup> *iudex arbiterve* die Todesstrafe an<sup>37</sup> – sowie die von Gaius geschilderte *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*<sup>38</sup>. Hier ist allerdings Vorsicht geboten: Wenn für das Zwölftafelgesetz und das alte römische Recht auf Festus, Aulus Gellius und den Juristen Gaius zurückgegriffen wird<sup>39</sup>, handelt es sich letztlich um Quellen aus dem zweiten (Aulus Gellius und Gaius) bzw. gar vierten Jahrhundert nach Christus (Festus), also um Texte, die sechshundert bis achthundert Jahre nach dem vorgeblich archaischen Rechtszustand, über den sie berichten, verfasst wurden<sup>40</sup>. An anderer Stelle, nicht

termini in questione», konkludiert dann aber «[m]a la distinzione non è così rigorosa». Ebenfalls um eine vom *iudex* distinkte Figur handelt es sich Brogginini zufolge beim *vindex*, vgl. G. Brogginini, *Vindex und iudex. Zum Ursprung des römischen Zivilprozesses*, in ZSS. 76, 1959, 113-148, 147 [= *Coniectanea* cit. 97-132, 131]: «*Vindex* und *iudex* sind gleichaltrige, mit grundverschiedenen Funktionen ausgebildete Einrichtungen des frührömischen Prozesses; eine geschichtliche Schichtung vom *vindex* zum *iudex* erscheint als ausgeschlossen».

<sup>34</sup> Brogginini, *Iudex arbiterve* cit. 7 f.

<sup>35</sup> Hierzu, den aktuellen Forschungsstand zusammenfassend, M. Humbert, *La loi des XII Tables: Édition et commentaire*, Rome 2018, 113-120; R. Fiori, *Il processo privato*, in M.F. Cursi (a. c. di), *XII Tabulae: Testo e commento*, 1, Napoli 2018, 45-149, 81-85.

<sup>36</sup> Humbert, *La loi des XII Tables* cit. 683: «le juge qui s'est laissé acheter».

<sup>37</sup> Den aktuellen Forschungsstand zusammenfassend Humbert, *La loi des XII Tables* cit. 681-686; M. Miglietta, *Le norme di diritto criminale*, in M.F. Cursi (a. c. di), *XII Tabulae: Testo e commento*, 2, Napoli 2018, 479-559, 503-507.

<sup>38</sup> Zu dieser nur Varvaro, § 9 – Die Legisaktionen cit. 334 f. m.w.N.

<sup>39</sup> So Brogginini, *Iudex arbiterve* cit. 9.

<sup>40</sup> Dies bemerkt auch G. Pugliese, *Rezension G. Brogginini, Iudex arbiterve: Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters, Köln u.a. 1957*, in *IURA*. 9, 1958, 214-229, 214: «fonti spesso non giuridiche e talvolta più tarde degli istituti o dei fatti che attestano». Vgl. ferner M. Avenarius, *Das „gäiozentrische“ Bild vom Recht der klassischen Zeit. Die Wahrnehmung der Gaius-Institutionen unter dem Einfluß von Vorverständnis, zirkulärem Verstehen und Überlieferungszufall*, in M. Avenarius (Hg.), *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*, Baden-Baden 2008, 97-131.

aber in diesem Buch, sollte Brogгинi diesen «profundo iato storico» zwischen Entstehungszeitpunkt der Quellen und deren Objekt später ebenfalls als Faktor bezeichnen, der die Suche nach den Ursprüngen des römischen Prozessrechts «particolarmente ardua» mache<sup>41</sup>. Tatsächlich aus älterer, wenngleich schon republikanischer Zeit stammen die von Brogгинi beleuchteten epigraphischen Zeugnisse<sup>42</sup>, die *lex Latina tabulae Bantinae*, die *lex Acilia repetundarum*, die *lex agraria* (alle 2. Jh. v.Chr.), die *tabulae Heracleensis* oder die *lex Ursonensis* (beide 1. Jh. v. Chr.). Brogгинi sieht als gemeinsames Merkmal von *iudex* und *arbiter* in all diesen «Quellen der Frühzeit», dass beide zur Entscheidung Berufenen einem Amtsträger unterworfen sind: Der Prätor hat sie jeweils bevollmächtigt, hat ihnen die *potestas iudicandi* für den Einzelfall übertragen<sup>43</sup>. Hieraus zieht Brogгинi die weitere Schlussfolgerung, der Richter im Legisaktionenprozess sei immer *iudex datus*, selbst dann, wenn er von den Parteien konsensual ausgewählt wurde<sup>44</sup>.

In § 3 seiner Arbeit wagt Brogгинi sodann «Rückschlüsse auf eine noch primitivere Epoche. Innen- und Außenverhältnisse der kleineren Gruppe» (S. 25-53). Brogгинi reißt zunächst die Frage an, wie die römische *civitas* entstanden sein mag – ob diese vom Kleinen zum Großen, von der *gens* zur *civitas*, zusammenwuchs oder ob man sich einen Prozess der «Dezentralisierung einer urtümlichen sippenartigen Horde» vorstellen müsse, aus der sich allmählich kleinere

<sup>41</sup> Broggin, *Rezension G. Pugliese* cit. 362 [= *Coniectanea* cit. 539].

<sup>42</sup> Broggin, *Iudex arbiterve* cit. 16 f.

<sup>43</sup> Broggin, *Iudex arbiterve* cit. 19. Auch diesbezüglich stellt sich Broggin wiederum gegen Wlassak und insbesondere dessen These, dass die *litis contestatio* schon im frühen Prozessrecht die vertragliche Basis der *potestas iudicandi* darstelle, vgl. etwa M. Wlassak, *Die Litiskontestation im Formularprozeß*, in Juristenfakultät zu Breslau (Hg.), *Festschrift zum Doktor-Jubiläum des Herrn Geheimen Rats und Professors Bernhard Windscheid am XXII. Dezember MDC-CLXXXVIII*, Leipzig 1888, 53-139, 111, der bezüglich der *litis contestatio* von einem «Vertrag der Prozeßparteien» ausgeht: «indem der Beklagte annimmt, was ihm der Kläger mit Genehmigung des Magistrats bietet, erklärt er seine Einlassung in den Prozeß und zugleich seine Zustimmung zu dem für das Gerichtsverfahren entworfenen Programm»; Wenger, *Moriz Wlassak* cit. XXII fasst Wlassaks Ansicht wie folgt zusammen: «die Parteien schließen einen formellen Vertrag des Inhalts, daß ein von ihnen bestellter Judex nach dem in der Formel niedergelegten Prozeßprogramm urteilen soll. Die Litiskontestation ist Schiedsgerichtsvertrag, nicht Akt des Prätors und noch weniger bloß ideeller, gedachter Endpunkt des Verfahrens», diese Theorie ist nach Wenger, *Moriz Wlassak* cit. XXVI, «Kernstück all seiner [d.h. Wlassaks] Forschungen». Nach Broggin bedeutete *potestas* dagegen ursprünglich «Amtsgewalt» bzw. «publizistische Macht» und musste von einem Amtsträger auf den *iudex* delegiert werden, vgl. Broggin, *Iudex arbiterve* cit. 20 f.

<sup>44</sup> Broggin, *Iudex arbiterve* cit. 19. Dazu, dass die Einigung der Parteien auf die Person des Richters auch später allgemein üblich blieb, W. Buchwitz, *Schiedsverfahrensrecht in Antike und Mittelalter: Eine historische Grundlegung*, Köln u.a. 2020, 10 sowie W. Buchwitz, *Schiedsverfahren und Mediation in Rom*, in N. Grotkamp, A. Seelentag (Hgg.), *Handbuch zur Geschichte der Konfliktlösung in Europa 1: Konfliktlösung in der Antike*, Berlin 2021, 197-205, 198.



Unter-Einheiten bildeten<sup>45</sup>. Diese Frage nach Genese und Ordnung vorstaatlicher Gesellschaften, der später Brogginis akademischer Bruder Uwe Wesel noch näher nachgehen sollte<sup>46</sup>, könne jedenfalls für die Zwecke seiner Arbeit allerdings dahinstehen, da gewiss von einer «Pluralität der Rechtsordnungen», einer «Doppelpoligkeit der Rechtsverhältnisse» auszugehen sei<sup>47</sup>. Dies ist ein zentraler Punkt in Brogginis Gedankengang und Argumentation: Zu differenzieren sei zwischen den Innenbeziehungen «innerhalb einer engeren und stark organisierten Gruppe» (etwa einem *pagus* oder Einzelstamm) und den Außenbeziehungen zwischen den Mitgliedern einzelner Gruppen<sup>48</sup>. Die unterschiedlichen Funktionen von *iudex* und *arbiter* beträfen nun in ihrer «Urbedeutung» diese beiden unterschiedlichen Rechtsverhältnisse: Der *iudex* sei im Innenverhältnis «Gericht der autonomen Einheit», der *arbiter* dagegen im Außenverhältnis für die Beziehungen zwischen (Mitgliedern einzelner) Gruppen zuständig gewesen<sup>49</sup>. Diese These – Brogginis selbst spricht von «Behauptung» – soll durch die folgenden Ausführungen «eingehend unterstützt» werden, wenngleich Brogginis selbst zugibt, dass ein «strenge[r] Beweis» nicht geführt werden könne<sup>50</sup>.

Bezüglich des *iudex* beginnt Brogginis mit einer Schilderung des *rex*, des mit priesterlichen Funktionen betrauten Anführers einer Gruppe: Dessen «magisch-re-

<sup>45</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 25 f. Hierzu bereits Brogginis, *Der Ursprung* cit. 339 [= *Coniectanea* cit. 88]. Später noch näher Brogginis, *Vindex und iudex. Zum Ursprung* cit. 123-130 [= *Coniectanea* cit. 106-114]. Noch A. Söllner, Ch. Baldus, *Römisches Recht*, Heidelberg 2022, 28, weisen aus, es sei unklar, ob Rom «durch Ausdehnung einer kleineren Siedlung oder durch Zusammenwachsen mehrerer» entstand.

<sup>46</sup> Vgl. etwa U. Wesel, *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften: Umriss einer Frühgeschichte des Rechts bei Sammlern und Jägern und akephalen Ackerbauern und Hirten*, Frankfurt a.M. 1985 sowie knapper U. Wesel, *Geschichte des Rechts: Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, München 2006<sup>3</sup>, 15-56.

<sup>47</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 26-27; ebenso schon Brogginis, *Der Ursprung* cit. 340 [= *Coniectanea* cit. 89].

<sup>48</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 27. Hierzu bereits Brogginis, *Der Ursprung* cit. 340 [= *Coniectanea* cit. 89]. Kritisch äußert sich G.I. Luzzatto, *Rezensión G. Brogginis, Iudex arbiterve: Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln u.a. 1957, in *BIDR.* 62, 1959, 301-312, 305 f.

<sup>49</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 27 f. Noch heute wird die Entstehung der römischen Schiedsverfahren als Streitbeilegungsmechanismus «in engem Zusammenhang mit den Schiedsverfahren zwischen Staaten» verortet, vgl. nur Buchwitz, *Schiedsverfahren* cit. 197. Die Zuständigkeit des *arbiter* für Streitigkeiten mit Nicht-Römern klingt auch bei G. Melillo, *Le legis actiones e i quinque modi agendi*, in *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, 5, Napoli 2007, 3515-3535, 3530, bezüglich der *condictio* an: «Nella *condictio* la mancata menzione dell'arbiter [...] lascia credere che il processo fosse riservato ai soli cittadini romani».

<sup>50</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 28. Pugliese, *Rezensión G. Brogginis* cit. 216 kritisiert: «l'a[utore] non può addurre in favore di tale assunto nessuna precisa testimonianza».

ligiöse Überlegenheit», begründet auf seiner Fähigkeit zur Interaktion mit den Göttern und zur Interpretation von deren Willen, habe ursprünglich auch gerechtfertigt, dass dieser Rechtsstreitigkeiten entscheide<sup>51</sup>. Mit der Zeit sei der Wille des Königs zur Quelle des Urteils geworden; nicht mehr das *fas*, das göttliche Recht, sondern *ius*, das weltliche Recht, sei als maßgeblich erachtet worden<sup>52</sup>. Schließlich habe der König seine richterliche Gewalt faktisch delegiert – eben auf den *iudex*, der somit für Streitigkeiten zwischen den Mitgliedern der Gruppe kompetent war<sup>53</sup>.

Den *arbiter* ordnet Brogginì dagegen den Außenbeziehungen zu, also Rechtsstreitigkeiten, die die Grenzen der engen Gemeinschaft überschritten. Hier werden zwei Beispiele näher präsentiert: Die *manus iniectio* als öffentliche «Handauflegung» zur Ladung vor Gericht und das *endoplorare*, das «Gerüft», Zusammenrufen von Zeugen, im Falle der Diebstahlsverfolgung<sup>54</sup>. Ursprünglich habe es sich hierbei nicht um einen Bezeugungsakt, sondern um einen Hilferuf gehandelt<sup>55</sup>. Brogginì sieht darin eine «Regelung ‚zwischenstaatlicher‘ Beziehungen», «formalisierte Selbsthilfe» anstelle regelloser Auseinandersetzung mit Fremden<sup>56</sup>. Dass die *arbitri* ursprünglich als «Hinzugerufene» zugleich Zeugen und Richter waren, begründet Brogginì schließlich mit einem etymologischen Argument: *arbiter* komme von *ad-baetere*, *ad-ire* (an einen Ort gehen)<sup>57</sup>. Diese etymologische Herleitung war seinerzeit und ist heute noch verbreitet<sup>58</sup>, wenn gleich auch damals wie heute alternative Herleitungen propagiert werden, etwa aus dem phönizischen *ʿrbʿ/arbu* (Garant bzw. Bürge bei Kaufgeschäften<sup>59</sup>) oder

<sup>51</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 28. Hierzu bereits Brogginì, *Der Ursprung* cit. 341 f. [= *Coniectanea* cit. 90]. Zur Frage auch Kaser, Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* cit. 30, Ortu, *Alle origini* cit. 138 f. sowie nunmehr O. Behrends, *Römisches Recht: Von den Anfängen bis heute*, Göttingen 2022, 47-54.

<sup>52</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 30. Hierzu bereits Brogginì, *Der Ursprung* cit. 342 [= *Coniectanea* cit. 91].

<sup>53</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 33. Hierzu bereits Brogginì, *Der Ursprung* cit. 342 [= *Coniectanea* cit. 91].

<sup>54</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 34 f. Zu modernen Diskussionen zur Bedeutung des *endoplorare* vgl. nur M. Pennitz, § 93 – *Diebstahlsklage (actio furti)*, in Babusiaux, Baldus, Ernst, Meissel, Platschek, Rübner (Hgg.), *Handbuch des Römischen Privatrechts* cit. 2595-2622, 2596.

<sup>55</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 35. Kritisch gegenüber Brogginìs Theorie insofern Luzzatto, *Vecchie e recenti prospettive* cit. 31.

<sup>56</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 37.

<sup>57</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 40 f.

<sup>58</sup> Vgl. nur O. Hey, s.v. *arbiter*, in *Thesaurus linguae Latinae* 2, Lipsiae 1900-1906, Sp. 404-407, 404 (*fortasse derivatum ab ad (ar) et baetere*) und Wlassak, s.v. *arbiter* cit. 408 (Ableitung von *ad* und *betere*); aus modernerer Zeit Dalla Massara, *Studio sui rapporti* cit. 18.

<sup>59</sup> So R. Fiori, *La gerarchia come criterio di verità: boni e mali nel processo romano arcaico*, in C. Cascione, C. Masi Doria (a. c. di), *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli 2013, 169-249, 217; J. Paricio, *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*, Madrid u.a.

von *ambhro-ter* (wer auf beiden Seiten ist<sup>60</sup>)<sup>61</sup>. Erst später sei der *arbiter* «vom herbeieilenden Nachbarn zum angesehenen *bonus vir*» geworden, «der das verworrene ökonomische Verhältnis zwischen den Parteien klärt»<sup>62</sup>.

Der folgende § 4 betrachtet «[e]inheitliches und zweigeteiltes Verfahren» (S. 53-93) im römischen Prozessrecht. Broggin stellt sich die Entwicklung in drei Schritten vor. Ausgangspunkt sei (1.) die «alte Einheit des Verfahrens»<sup>63</sup> gewesen: Der Prätor habe zum Auftakt des Prozesses die «Kampfhandlungen» der Streitparteien unterbrochen und den Parteien einstweilig «Frieden» anbefohlen<sup>64</sup>, um dann am Ende des Prozesses «mit einem neuen und endgültigen Gebot [...] den Frieden durch[zusetzen]»<sup>65</sup>. Sodann sei es aber (2.) schon früh zu einer «faktischen»<sup>66</sup> bzw. «fakultativen»<sup>67</sup> Zweiteilung des Verfahrens gekommen, indem der Prätor aus eigenem «Gutdünken» heraus einen römischen Bürger mit der weiteren Durchführung des Prozesses bevollmächtigte. Erforderlich geworden sei dies aus »praktischen Erwägungen«, da es nur einen Prätor und wenige *dies fasti*, zugleich aber zahlreiche private Rechtsstreitigkeiten gab<sup>68</sup>. Dabei habe der Prätor an einen *iudex privatus* delegiert, wenn es um die gesamte Richterentscheidung ging, also den «Auftrag, das Sakramentsverfahren

2014, 21 nt. 11 und schon P. Martino, *Arbiter*, Roma 1986, 62 f. Zustimmung erfuhr diese These bei K.-H. Ziegler, *Rezension P. Martino, Arbiter, Roma 1986*, in *Gnomon*. 61, 1989, 169-171. Aus sprachwissenschaftlicher Sicht kritisch äußerte sich hingegen der Altorientalist D.O. Edzard, *Arbiter, ein punisches Lehnwort?*, in *ZSS*. 108, 1991, 286 und formulierte «stärkste Bedenken».

<sup>60</sup> So schon A. Pariente, *Notas al vocabulario jurídico latino*, in *AHDE*. 17, 1946, 932-1009, 979-990. Zu diesem Vorschlag bekennt allerdings P.B.R. Forbes, *Rezension zu A. Pariente, Notas al vocabulario jurídico latino, 1996*, in *The Classical Review*. 62, 1948, 163 f., 164: «In spite of the author's learning and ingenuity, and notwithstanding some just criticisms of previous theories, his suggestions [...] cannot be taken seriously as solutions of the difficulties involved».

<sup>61</sup> Zum Ganzen M. Varvaro, *Lineamenti di procedura civile romana*, Napoli 2023, 26 nt. 65 und ders., § 9 – *Die Legisaktionen* cit. 328 f. nt. 50; ferner Giannozzi, *Le vir bonus* cit. 102 f. («les origins du mot *arbiter* demeurent encore incertaines»), Fiori, *La gerarchia* cit. 215-218 und Martino, *Arbiter* cit. 11-26 (mit Ziegler, *Rezension P. Martino* cit. 169-171).

<sup>62</sup> Broggin, *Iudex arbiterve* cit. 50 f.

<sup>63</sup> Broggin, *Iudex arbiterve* cit. 82. Kritisch hierzu F. Bonifacio, *Rezension G. Broggin, Iudex arbiterve: Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln u.a. 1957, in *Labeo*. 5, 1959, 86-92, 89 f.

<sup>64</sup> Broggin, *Iudex arbiterve* cit. 76.

<sup>65</sup> Broggin, *Iudex arbiterve* cit. 79.

<sup>66</sup> Broggin, *Iudex arbiterve* cit. 83.

<sup>67</sup> Broggin, *Iudex arbiterve* cit. 86. Dazu auch Pelloso, *Giudicare e decidere* cit. 100 mit nt. 67, J. Paricio, *Árbitros y pretores entre República y Principado*, in F. Botta, F. Cordopatri (a. c. di), *Il processo e le sue alternative. Storia, teoria, prassi. Atti del Convegno (Cagliari 25-27 settembre 2014)*, Napoli 2017, 205-245, 207 f.

<sup>68</sup> Broggin, *Iudex arbiterve* cit. 83. Ähnlich noch heute Söllner, Baldus, *Römisches Recht* cit. 75 und Kaser, Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* cit. 47.

zu leiten und das Sakramentsurteil zu fällen»<sup>69</sup>; «[d]aneben konnte der Prätor auch *arbitri* mit Schätzungsfunktionen beauftragen»<sup>70</sup>. Somit hätten sich *iudex* und *arbiter* parallel zueinander entwickelt, wobei der *arbiter* sich vom «außergerichtlichen *arbiter* über den «gerichtlichen Schätzungsarbiter» zum gerichtlichen streitentscheidenden *arbiter* des Zwölftafelgesetzes entwickelt habe<sup>71</sup>. Erst im Zwölftafelgesetz sei dann auch der *arbiter* unter Beibehaltung seiner Untersuchungskriterien, namentlich seiner Ermessensfreiheit, «mit streitentscheidenden Aufgaben versehen» und «zum Richter bestellt» worden<sup>72</sup>. Es handele sich also – wie Brogginì später resümiert – nicht «um eine Sukzession vom *arbiter* zum *iudex*, sondern um die Verschmelzung der beiden Funktionen in einer Person»<sup>73</sup>. Erst in einem letzten Schritt sei (3.) eine «obligatorische Zweiteilung»<sup>74</sup> des Verfahrens erfolgt: Jedenfalls am Ende der Republik, in Ciceros Zeiten, nahm der Prätor die Jurisdiktionsgewalt nicht mehr wahr und durfte dies wohl auch nicht mehr<sup>75</sup>. Den maßgeblichen Zeitpunkt identifiziert Brogginì mit der Einführung des Verfahrens *per iudicis arbitrive postulationem*<sup>76</sup>. Für dieses sei schließlich – anders als bei den *legis actiones sacramento* – die Einsetzung eines Richters geradezu kennzeichnend, sodass die Zweiteilung «als eine notwendige Erscheinung in den römischen Proze[ss] eingeführt» wurde<sup>77</sup>. Der Anwendungsbereich der neuen Spruchformelklage(n) sei zwar limitiert gewesen, habe aber «vorbildlich» gewirkt für die späteren Verfahrensarten, namentlich die *legis actio per condictionem* und das *agere per sponsionem*<sup>78</sup>.

Der «Zweite Abschnitt» der Arbeit, «*iudex arbiterve* im Legisaktionenverfahren» (S. 94-198), ist wiederum in drei Paragraphen unterteilt. Deren erster, § 5, behandelt «[d]as *officium* des *iudex* im Sakramentsverfahren» (S. 94-111), sowohl im dinglichen als auch im persönlichen Prozess. Es folgt § 6, der schlicht mit «*arbiter*» überschrieben ist (S. 111-159). Hier geht Brogginì erneut auf seine

<sup>69</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 87.

<sup>70</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 83.

<sup>71</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 86.

<sup>72</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 87.

<sup>73</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 95. Auch hier stellt sich Brogginì wieder gegen die Grundannahme Wlassaks, dass sich das römische Zivilprozessrecht schrittweise von der Selbsthilfe über die private Schiedsgerichtsbarkeit und das semi-staatliche (vgl. M. Wlassak, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien 1921, 247) Verfahren im Legisaktionen- und Formularprozess bis zum schließlich rein öffentlichen Verfahren der Kognitionsprozesse weiterentwickelt habe.

<sup>74</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 87.

<sup>75</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 88.

<sup>76</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 92.

<sup>77</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 92.

<sup>78</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 92.

Theorie der Entwicklung von Natur und Aufgabe der *arbitri* ein: Diese waren zunächst vom Zufall ausgewählte Mitbürger, namentlich die im Falle eines Delikts als Zeugen herbeigerufenen Nachbarn, später bewusst gewählte *virī boni* als Sachverständige, also «Mitbürger, die die Schätzung des Gegenstandes oder des Schadens mit besserer Einsicht durchführen können»<sup>79</sup>. Brogginis berichtet von den in den Rechtsquellen erwähnten *arbitri*, die die Gesellschafteranteile oder den Kaufpreis festlegen<sup>80</sup>, sowie von den in Catos Schrift über den Ackerbau geschilderten Rückgriffen auf den *arbitratus boni viri*<sup>81</sup>, also eines «unbeteiligten, von den Parteien ausgewählten Dritten»<sup>82</sup>. Hierzu ergänzt Brogginis: Die Institution des unbeteiligten, von den Parteien ausgewählten Dritten, der die Entscheidung trifft, «durchdringt seit alters her das römische Geschäfts- und Handelsleben, sie ist die notwendige Ergänzung der internationalen Handelsbeziehungen, für die es an einer über den Kontrahenten stehenden Autorität fehlt»<sup>83</sup>. Diese Institution sei auch außerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit verbreitet, etwa im Rahmen einer «zwischenstaatlichen Schiedsgerichtsbarkeit», aber auch im Sinne einer «innerrömischen Schiedsgerichtsbarkeit außerhalb des *ordo*»<sup>84</sup>. Als weitere Beispiele für letztere geht Brogginis auf Nachbarschaftsstreitigkeiten ein, etwa die Klärung der zu gewährenden Breite eines Weges, der statthaften Höhe eines Gebäudes oder des Umfangs eines Nießbrauchs<sup>85</sup>.

<sup>79</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 112.

<sup>80</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 114 f. mit Verweis auf D. 17.2.76, 78 und 80 (Proc. 5 *epist.*; hierzu auch Ch. Krampe, *Proculi Epistulae: Eine frühklassische Juristenschrift*, Heidelberg 1970, 33-37 sowie knapp Ch. Lehne-Gstreinthaler, *Schiedsgerichtsbarkeit und außergerichtliche Konfliktbereinigung im klassischen römischen Recht*, in G. Pfeifer, N. Grotkamp (Hgg.), *Außergerichtliche Konfliktlösung in der Antike: Beispiele aus drei Jahrtausenden*, Frankfurt 2017, 141-168, 156 und Buchwitz, *Schiedsverfahrensrecht in Antike und Mittelalter* cit. 11) sowie Gai 3.140 (zu letzterer Stelle auch Giannozzi, *Le vir bonus* cit. 230-232 und C. Willems, *Justinian als Ökonom. Entscheidungsgründe und Entscheidungsmuster in den quinquaginta decisiones*, Köln u.a. 2017, 105 f.). Hier geht es modern gesprochen nicht um einen Schiedsrichter, sondern vielmehr um einen Schiedsgutachter, vgl. Buchwitz, *Schiedsverfahren* cit. 201.

<sup>81</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 115 mit Verweis auf Cato *agr.* 144.6 und 7, 145.9 sowie 149.5 (*arbitratus boni viri*); hierzu nun auch Giannozzi, *Le vir bonus* cit. 151-182.

<sup>82</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 118. Zum *arbitrium boni viri* nunmehr Ch. Baldus, *Das arbitrium boni viri bei Cervidius Scaevola*, in ZSS. 133, 2016, 239-264, 241.

<sup>83</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 118.

<sup>84</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 118 f.

<sup>85</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 120 mit Verweis auf D. 8.2.11.1 (Ulp. 1 *off. cons.*: *Si inter te et vicinum tuum non convenit, ad quam altitudinem extolli aedificia, quae facere instituisti, oporteat, arbitrium accipere poteris.*), D. 8.3.13.1-3 (Iav. 10 *ex Cass.*: 1. *Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glabrae serviant, aut si iter actusve sine ulla determinatione legatus est: modo determinabitur et qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit, ceterae partes agri liberae sunt: igitur arbiter dandus est,*

Zum Verhältnis privater Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit in römischer Zeit führt Brogginini weiterhin aus: «Den Quellen zufolge haben wir Anlaß zu vermuten, daß dieses Nebeneinander der ordentlichen Gerichtsbarkeit und einer privaten nicht etwa unter dem Gesichtspunkt der ‚Konkurrenz‘ zwischen den beiden *modi agendi* zu erfassen ist. Theoretisch hätten wohl zwei Streitende auch in der Frühzeit, statt zu prozessieren, ihren Rechtsstreit der Untersuchung und Entscheidung eines Privatmannes anvertrauen können. Solche *arbitria*, ähnlich den heutigen Schiedsgerichten, sind aber der Prozeßgeschichte der Frühzeit unbekannt. Das Anwendungsgebiet der *arbitria* erstreckt sich dagegen auf jene Rechtsverhältnisse und Streitigkeiten, die für die staatliche Gerichtsbarkeit unerheblich sind. Bei Rechtsverhältnissen, die der staatlichen Rechtsordnung unterstellt sind, wird es dem Bürger nicht einfallen, sie der Gerichtsbarkeit zu entziehen. Die Bereinigung eines Streites über das ‚*meum, tuum esse*‘ gebührt dem Staat und wird nicht einem Privatmann überlassen. Dagegen waltet das private *arbitrium* dort, wo jene Gerichtsbarkeit nicht eingreift»<sup>86</sup>. Insbesondere sei es – dies ist wiederum ein zentraler Pfeiler in Brogginis Gedankengebäude – in den Fällen, in denen ein *arbiter* eingesetzt wurde, nicht um das «Ob», sondern um das «Wie» gegangen: um «die Ästimation», «die Konkretisierung einer in ihren Wirkungen unbestimmten Rechtslage, deren Existenz die Streitenden an sich nicht leugnen»<sup>87</sup>. Hieraus sei auch «die unentbehrliche Ermessensfreiheit des *arbiter*» gefolgt<sup>88</sup>. Aufgabe, *officium*, des *arbiter* sei somit ursprünglich nicht die Entscheidung «zwischen den Rechtsbehauptungen zweier Parteien» gewesen, sondern «das Tatsachenurteil und vor allem [...] die Schätzung, die Konkretisierung einer objektiv feststehenden, aber in ihren praktischen Folgerungen unbestimmten Rechtslage»<sup>89</sup>.

*qui utroque casu viam determinare debet. 2. Latitudo actus itinerisque ea est, quae demonstrata est: quod si nihil dictum est, hoc ab arbitro statuendum est. in via aliud iuris est: nam si dicta latitudo non est, legitima debetur. 3. Si locus non adiecta latitudine nominatus est, per eum qualibet iri poterit: sin autem praetermissus est aequae latitudine non adiecta, per totum fundum una poterit eligi via dumtaxat eius latitudinis, quae lege comprehensa est: pro quo ipso, si dubitabitur, arbitri officium invocandum est.) und D. 7.1.7.2-3 (Ulp. 17 ad Sab.: Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum aedes per arbitrum cogi Celsus scribit [Celsus] libro octavo decimo digestorum, hactenus tamen, ut sarta tecta habeat: si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere, sed si heres refecerit, passurum fructuarium uti. [...] 3. Cassius quoque scribit libro octavo iuris civilis fructuarium per arbitrum cogi reficere, quemadmodum adserere cogitur arbores [...]).*

<sup>86</sup> Brogginini, *Iudex arbiterve* cit. 122.

<sup>87</sup> Brogginini, *Iudex arbiterve* cit. 123.

<sup>88</sup> Brogginini, *Iudex arbiterve* cit. 123; dazu auch Varvaro, § 9 – *Die Legisaktionen* cit. 329 m.w.N.

<sup>89</sup> Brogginini, *Iudex arbiterve* cit. 126; insofern zustimmend Kaser, Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* cit. 56 f.

Bei der *legis actio sacramento in rem* sei ein *arbiter* zunächst einbezogen worden, wenn die Sachverfolgung «wegen Entwertung der *vindicia*» scheiterte und demzufolge der Beklagte deliktisch haftete: In diesem Fall habe es den *arbitri* oblegen, «die Höhe des Lösegeldes» festzusetzen, auch hier wird also über das «Wie(viel)», nicht über das «Ob» entschieden<sup>90</sup>. In diesem Fall wurde – so Brogginis – «die *condemnatio pecuniaria* zum ersten Male in den Sachprozeß ein[ge]führt», in dem sie die Sachverfolgung ablöst; im Interesse des Siegers im Vindikationsprozess sei die Geldkondemnation dann auch auf andere Fälle erweitert angewandt worden<sup>91</sup>. Hierzu schließt Brogginis: «Die Einbeziehung der schätzenden Funktion in das Vindikationsverfahren entspricht der Vereinigung der Figuren des *iudex* und des *arbiter*. Der neue *iudex* des restitutorischen Prozesses ist zugleich *arbiter*, danach werden die dinglichen Klagen in klassischer Zeit *actiones arbitrarie* genannt»<sup>92</sup>.

Bei der *legis actio in personam*, im Deliktsprozess, sei eine andere Entwicklung zu konstatieren. Hier habe zunächst der Magistrat die Begehung des Delikts konstatieren müssen; erst nach dieser «Feststellung des deliktischen Tatbestandes» durch den Prätor «schreitet der Verletzte zur Talion, und hier schaltet sich die Möglichkeit der Haftungslösung durch Zahlung einer Geldsumme ein»<sup>93</sup>. Eine solche ersatzweise Zahlung sei zunächst «der Willkür des Verletzten überlassen» gewesen, habe sich dann aber schnell «in ein ‚Recht‘ des Deliktstäters» gewandelt<sup>94</sup>. Zur Bestimmung der Höhe seien wiederum *arbitri* eingesetzt worden<sup>95</sup>. Später – Brogginis vermutet «um die dezemvirale Zeit»<sup>96</sup> – habe der Prätor dann auch für die erstgenannte Entscheidung über das «Ob» eine Delegation vorgenommen, namentlich auf den *iudex*<sup>97</sup>. Und «da der Magistrat den *iudex* und den *arbiter* aus demselben Bürgerkreis wählte und in gleicher Weise einsetzte, lag es auf der Hand [...], die beiden grundsätzlich verschiedenen Funktionen in der Person eines einzigen Delegates des Prätors zu vereinigen»<sup>98</sup>. In der Folge habe «die Figur des *iudex* im Deliktsprozeß die *arbiter*-Funktion völlig aufgesaugt»<sup>99</sup>.

<sup>90</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 144; vgl. hierzu nunmehr Varvaro, § 9 – *Die Legisaktionen* cit. 327 und 330 nt. 63, jeweils m.w.N.

<sup>91</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 145.

<sup>92</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 147.

<sup>93</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 151.

<sup>94</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 151.

<sup>95</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 151.

<sup>96</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 153.

<sup>97</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 152.

<sup>98</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 152.

<sup>99</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 153.

§ 7 geht im Anschluss an diese Thesen der später eingeführten neuen *legis actio*, der «*postulatio iudicis arbitrive*» (S. 159-198), nach, über die nicht zuletzt Gai 4.17a informiert. Brogginì wendet sich zunächst der Frage zu, warum diese neue *legis actio* eingeführt wurde. Seine Schlussfolgerung ist, dass es sich hierbei vielmehr um eine «Zusammenfassung zweier verschiedener Klagen» gehandelt habe: «Die Zwölftafeln haben kein neues Verfahren, sondern eine *postulatio iudicis* für den Schutz eines bis dahin unklagbaren Sponsionsanspruchs und mehrere *postulationes arbitri* (oder *arbitrorum*) zur Durchsetzung neuer bis zu jener Zeit unklagbarer Rechtsansprüche eingeführt»<sup>100</sup>. Zu differenzieren sei – so Brogginìs These – zwischen verschiedenen Teilungsklagen, bei denen vom Prätor jeweils ein *arbiter* oder mehrere<sup>101</sup> *arbitri* eingesetzt wurden, und der Sponsionsklage, bei der ein *iudex* beauftragt wurde. Bei den Teilungsklagen, der Erbschaftsteilungsklage auf Antrag eines Angehörigen der Erbengemeinschaft (*actio familiae herciscundae*)<sup>102</sup>, der Grenzregelungsklage unter Nachbarn (*actio finium regundorum*)<sup>103</sup> und der Klage bezüglich der Ableitung von Regenwasser auf Nachbargrundstücke (*actio aquae pluviae arcendae*)<sup>104</sup>, seien jeweils *arbitri* eingesetzt worden: Auch wenn diesen die Adjudikationsbefugnis zugestanden worden sei, sei deren wesentliche Aufgabe «eine schätzende» geblieben: Diesen habe es nicht obliegen, Rechtsfragen bezüglich des «Ob» zu entscheiden, sondern diesen sei die Aufgabe gegeben worden, die «Umwandlung der unbestrittenen abstrakten Rechtslage in konkrete Rechtswirkungen» vorzunehmen<sup>105</sup>. Die Sponsionsklage sei dagegen von dem Grundfall ausgegangen,

<sup>100</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 175. Hierzu auch F. Fasolino, *Postulare iudicem*, in Garofalo (a c. di), *Il giudice privato nel processo civile romano* 2 cit. 241-266, 256.

<sup>101</sup> Zu Schiedsrichtermehrheiten im römischen Recht zuletzt und m.w.N. W. Ernst, *Rechtskenntnis durch Richtermehrheiten: group choice in europäischen Justiztraditionen*, Tübingen 2016, 9-19 sowie W. Ernst, *Schiedsrichtermehrheiten im klassischen römischen Recht*, in J. Halbeek, M.J. Schermaier, R. Fiori, E. Metzger, J.-P. Coriat (Hgg.), *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen 2014, 161-180.

<sup>102</sup> Hierzu Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 162-165; zentrale Quelle ist Gai 4.17a.

<sup>103</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 165-167; zentrale Quelle ist Cic. *leg.* 1.55. Zur Grenzregelung später auch G. Brogginì, *Regolamento di confini: Diritto romano*, in *NNDI*. 15, Torino 1968<sup>3</sup>, 247-256. Zur Frage auch Pulitanò, *Profili dell'officium iudicis* cit. 396 f.

<sup>104</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 168-169; zentrale Quellen sind Cic. *top.* 39 und 43 (dazu auch C. Willems, *Graeci ἐτυμολογίαν appellant, [...] nos autem [...] notationem appellamus* (Cic. *Top.* 8.35): *Das etymologische Argument in Ciceros Topica*, in W. Buchwitz, M. Ehmer (Hgg.), *Ciceros Topica und sein Programm De iure civili in artem redigendo*, Berlin 2023, 181-205, 194-199 m.w.N.) sowie D. 22.3.28 (Lab. 7 *pith. a Paulo epit.*).

<sup>105</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 191 f. G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991<sup>3</sup>, 74 f., vertritt ebenfalls, dass der *arbiter* – anders als der *iudex* – nicht nur Recht sprechen, sondern gewisse Abmessungsmaßnahmen habe durchführen müssen («*Arbiter, invece che iudex, perché*



dass der Beklagte bereits den Abschluss der *sponsio* bestritten habe<sup>106</sup>, deren Gegenstand ein *certum*, namentlich eine bestimmte Geldsumme (*certa pecuni-a*)<sup>107</sup> ausmache: In diesem Fall habe der Prätor einen *iudex* eingesetzt, der dann ein «Tatsachen- und Rechtsurteil zugleich» zu fällen hatte<sup>108</sup>.

Am Ende dieses Abschnitts finden sich sodann Ausführungen, die die Brücke zum abschließenden «Dritte[n] Abschnitt» der Arbeit, «*iudex arbiterve*: Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des Formularverfahrens», schlagen. Brogginis wirft an dieser Stelle einen Blick über das archaische Legisaktionenverfahren hinaus. Ausgangspunkt ist hierbei die Feststellung, dass die *arbitri*, von Gesetzes wegen betraut mit der Erbschaftsteilungsklage, der Grenz- und der Regenwasserklage sowie später auch mit der *actio communi dividundo*<sup>109</sup>, nun mit einer «großen Ermessensfreiheit» ausgestattet waren: Aufgabe der *arbitri* war «nicht mehr die schlichte Rechtsweisung, die klare und unzweideutige Antwort auf zwei entgegengesetzte Rechtsbehauptungen [...], sondern die ‚Lösung‘ einer konkreten, faktischen Schwierigkeit, [...] die ‚Reduktion‘ eines konkreten, faktischen *incertum* auf ein *certum*»<sup>110</sup>. Die mit dem Zwölftafelgesetz erfolgende «Eingliederung des *arbitri* in das ordentliche Verfahren» habe zur Folge gehabt, dass die Parteien auch in anderen Fallkonstellationen derartige staatliche *arbit-*

non si trattava soltanto di statuire il *ius* tra le parti, ma di addivenire a misure e valutazioni [della terra, degli animali, di varie altre cose mobili], e ad appezzamenti discrezionali circa la trasformazione di ciascuna quota matematica di eredità in un dato numero di cose materiali o di loro parti e circa l'opportunità di lasciare intere talune cose (talune terre per esempio o taluni animali), assegnandole a un solo coerede e ordinandogli di rimborsare agli altri coeredi l'equivalente di quanto ricevuto in eccedenza (conguaglio).»]. Siehe auch Pulitanò, *Profili dell'officium iudicis* cit. 398. Vorsichtig zustimmend Söllner, Baldus, *Römisches Recht* cit. 57. Varvaro, *Lineamenti* cit. 26 und ders. § 9 – *Die Legisaktionen* cit. 328 f. und 334 f. geht dagegen davon aus, beim *arbitri* – den er als «Gangrichter» bezeichnet – seien «besondere technische Kompetenzen» erforderlich gewesen; so auch schon Pugliese, *Istituzioni* cit. 65 und 75: Der *arbitri* habe über bestimmte Fachkompetenzen («conoscenze tecniche», «conoscenze e esperienze extragiuridiche») verfügen müssen.

<sup>106</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 171.

<sup>107</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 188.

<sup>108</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 188. Bonifacio, *Rezensio G. Brogginis* cit. 90 stimmt Brogginis diesbezüglich zu: «Mi pare fondatissima l'opinione che *iudex* e *arbitri* non siano in questa procedura figure fungibili, e già altrove [F. Bonifacio, *Arbitri e arbitratori: Diritto romano*, in *NNDI*. 2, Torino 1964<sup>3</sup>, 925-928, 926] ho ritenuto estremamente probabile che il *iudex* fosse riservato all'*actio ex sponsione*». Varvaro, *Lineamenti* cit. 41 und ders., § 9 – *Die Legisaktionen* cit. 335 sowie Giannozzi, *Le vir bonus* cit. 104 gehen dagegen bezüglich des *lege agere per iudicis arbitrive postulationem* davon aus, dass auf ein *certum* gerichtete Klagen aus einer Stipulation an einen *iudex*, auf ein *incertum* gerichtete bzw. eine Abschätzung verlangende Klagen dagegen an einen *arbitri* delegiert wurden.

<sup>109</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 192.

<sup>110</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 193.

ria begehrt hätten<sup>111</sup>. Brogginini folgert hieraus: «Die Triebkräfte zur Ausbildung des Formularverfahrens liegen bei diesen neuen nichtgesetzlichen *arbitria*»<sup>112</sup>. Zunächst hätten solche gesetzlich nicht vorgesehenen staatlichen Schiedsverfahren vorausgesetzt, dass die Streitenden eine Einigung über den Streitgegenstand erzielten, den der *arbitr* klären sollte – «daher das neue Institut der *litis contestatio* mit vertraglichem Charakter»<sup>113</sup>. Die so begründeten *arbitria* hätten ihre Legitimation aus dem *imperium*, der Amtsgewalt des Gerichtsmagistrats, des Prätors, gezogen, sodass es sich letztlich um honorarrechtliche Verfahren gehandelt habe<sup>114</sup>. Ihre materiellrechtliche Grundlage sei in dem metajuristischen Begriff der *bona fides* zu suchen<sup>115</sup>. Vor dem Hintergrund dieser These erachtet Brogginini «die Unterscheidung zwischen *ius civile* und *ius honorarium* in ihrer geschichtlichen Perspektive» als fragwürdig und folgert: «Wir sind deshalb davon überzeugt, daß der Ursprung des Formularverfahrens nicht bei den *actiones in factum*, sondern bei den *arbitria bonae fidei* zu suchen ist»<sup>116</sup>.

Im soeben bereits angesprochenen Dritten Abschnitt zur Entstehungsgeschichte des Formularverfahrens (S. 199-235) geht Brogginini diesen Gedanken weiter nach.

<sup>111</sup> Brogginini, *Iudex arbiterve* cit. 194. Nach Luzzatto, *Rezensio G. Brogginini* cit. 308 handelt es sich hierbei um eine Theorie, die «assai ingegnoso anche se, in qualche punto, almeno a mio parere un poco artificioso» sei; auch Wieacker, *Rezensio G. Brogginini* cit. 587 erachtet Broggininis Interpretation von Gai 4.17a als «ziemlich angestrengt». A. Burdese, *Rezensio G. Brogginini, Iudex arbiterve: Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters, Köln u.a. 1957*, in *BIDR.* 62, 1959, 397-402, 401 resümiert wie folgt: «L'origine del processo formulare dovrebbe pertanto riportarsi non alle *actiones in factum* né alla *iurisdictio* del *praetor peregrinus* bensì agli *arbitria* privatistici extraprocessuali, frequenti nella prassi romana». Auch G. Scherillo, *La legis actio per iudicis arbitrive postulationem e le origini del processo formulare*, in *IVRA.* 20, 1969, 5-48, 11, sieht die Keimzelle des Formularprozesses letztlich in der *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Die Frage nach dem Ursprung des Formularprozesses ist allerdings, wie C.St. Tomulescu, *Les origines de la procédure formulaire*, in *RIDA.* 20, 1973, 355-367, 355, einleitend konstatiert, in der Romanistik hoch umstritten. Während Tomulescu, *Les origins* cit. 358 den Ursprung im Interdiktenprozess sieht, geht eine weit verbreitete Gegenansicht dagegen davon aus, dass die Ursprünge des Formularprozesses in der *iurisdictio peregrina* zu sehen seien, also in Prozessen, in denen jedenfalls eine Partei Nicht-Römer war; vgl. etwa Talamanca, *Istituzioni* cit. 27, 58 und 298-300, Pugliese, *Istituzioni* cit. 276 oder Kaser, Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* cit. 153-157. Zur Frage insgesamt nunmehr J. Platschek, § 10 – *Formularprozess: Grundlagen*, in Babusiaux, Baldus, Ernst, Meissel, Platschek, Ruffner (Hgg.), *Handbuch des Römischen Privatrechts* cit. 342-349, 345 f.

<sup>112</sup> Brogginini, *Iudex arbiterve* cit. 194.

<sup>113</sup> Brogginini, *Iudex arbiterve* cit. 194; vgl. dazu nunmehr Platschek, § 10 – *Formularprozess* cit. 347: «Mit der *litis contestatio* fixieren die Parteien durch Privatakt die letztgültige Verengung ihres Verhältnisses in Gestalt der *formula* zum Zwecke der richterlichen Entscheidung».

<sup>114</sup> Brogginini, *Iudex arbiterve* cit. 194.

<sup>115</sup> Brogginini, *Iudex arbiterve* cit. 194.

<sup>116</sup> Brogginini, *Iudex arbiterve* cit. 195; zur Diskussion nun auch Platschek, § 10 – *Formularprozess* cit. 345 f.

Ausgangsquelle seiner Erwägungen ist ein Abschnitt aus «Ciceros Rede pro Roscio comoedo» (so auch der Titel von § 8, S. 199-218): In Cic. Rosc. 10-11 werden *iudicium* und *arbitrium* gegenübergestellt; das *iudicium* sei bezüglich der Rechtsfolge auf eine bestimmte Geldsumme, also auf *pecunia certa* gerichtet, das *arbitrium* dagegen auf *quantum aequius et melius sit dari*, also auf einen angemessenen, «fairen» Betrag, der noch abgeschätzt werden müsse<sup>117</sup>. Im Hintergrund der konkreten Streitigkeit möchte Brogginis das auf ein *certum* gerichtete *iudicium* mit der *actio certae creditae pecuniae*, der Klage auf Rückzahlung einer konkreten Darlehenssumme, identifizieren, das *arbitrium* dagegen mit dem *arbitrium pro socio*, bei dem ein Schiedsrichter noch ermitteln muss, welchen Saldo ein Gesellschafter bei der «Endabrechnung» seinem Mitgesellschafter erstatten muss<sup>118</sup>. Auch bezüglich der Gesellschafterklage habe sich somit «die Kategorie der nichtgesetzlichen *arbitria* [...] in Anlehnung an das gesetzliche Postulationsverfahren eines *arbiter* ausgebildet»<sup>119</sup>. Dabei habe «der *arbiter* zunächst eine rein schätzende Funktion ausgeübt, da sich die Parteien über das Bestehen des Rechtsverhältnisses» – im Falle der *societas* – «einig waren»<sup>120</sup>. Erst als «sich das *imperium* des Magistrats des Verfahrens bemächtigt, verliert das *arbitrium* teilweise seinen schiedsgerichtlichen, ‚privatistischen‘ Charakter. Der Kläger wird praktisch zur Annahme der Formel und des *arbiter* gezwungen, andererseits wird das Bestehen des Grundtatbestandes durch die Hinzufügung des ‚*si non paret absolvito*‘ nicht mehr unterstellt»<sup>121</sup>. Es bleibt jedoch die *litis contestatio* als vertragliche Annahme der vom Gerichtsmagistrat vorgegebenen Formel durch die Parteien, die auch die Möglichkeit hatten, sich auf die Person zu einigen, die in der zweiten Phase des Prozesses die Schätzungsentscheidung treffen sollte<sup>122</sup>. So sei der Formularprozess als das «neue ordentliche Verfahren» als «Produkt einer hochentwickelten Rechtskultur» entstanden, «die sich der freiwillig

<sup>117</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 200. Zur Frage auch J. Platschek, *Zur Rekonstruktion der bonae fidei iudicia*, in ZSS. 127, 2010, 275-285, insbes. 278-280; ferner J. Platschek, *Zum Text von Cic. Q. Rosc. 4, 11-12*, in *Philologus* 155, 2011, 369-374.

<sup>118</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 204 f.

<sup>119</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 209.

<sup>120</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 209.

<sup>121</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 209.

<sup>122</sup> Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 209. Mit der Verallgemeinerung der *condemnatio pecuniarum*, der Geldkondemnation, habe der Richter auch das *quanti ea res est* (dazu nunmehr auch U. Babusiaux, *Die Durchsetzung ökonomischer Interessen im klassischen römischen Zivilprozess*, in E. Lo Cascio, D. Mantovani (a. c. di), *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, Pavia 2018, 707-746, 721-724 und 744-746) abschätzen müssen und so auch «arbiträre Gewalt» ausüben müssen, vgl. Brogginis, *Iudex arbiterve* cit. 206. Noch L. De Giovanni, *L'arbitrato nell'esperienza giuridica romana*, in F. Auletta, G.P. Califano, G. della Pietra, N. Rascio (a. c. di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 333-341, 334 spricht vom «carattere arbitrale della fase *apud iudicem*».

ligen und selbstbewussten Teilnahme des Individuums an der Verwirklichung des Rechts bedient»<sup>123</sup>.

Die Arbeit schließt Brogginì mit § 9, der mit «*arbitraria bonae fidei*» überschrieben ist (S. 218-235). Hier widmet sich Brogginì zunächst dem «Übergang vom außergerichtlichen *arbitratus boni viri* zum gerichtlichen *arbitrium bonae fidei*», und zwar am Beispiel des *arbitratum ex empto vendito*: Im Ergebnis hält er fest «Der gerichtliche *arbitrator* prüft und urteilt also wie ein ‚*vir bonus*‘»<sup>124</sup>. Die *actio empti* müsse historisch ursprünglich auf ein Schätzungsverfahren zurückzuführen sein, das aber keinem der von Gaius benannten Fälle von *arbitria* entspreche<sup>125</sup>. Brogginì folgert daraus: «Einen Schutz des formlosen Kaufes im ordentlichen Legisaktionsverfahren gab es nicht»<sup>126</sup>. Und weiter: «Der Weg, der dazu geführt hat, daß unsere Einrichtung» – die *actio empti* – «den Charakter eines Prozeßverfahrens erlangt hat, kann also nur in der Anlehnung der Parteien und des Prätors [...] an das ordentliche, gesetzlich eingeführte Postulationsverfahren, nämlich an die *postulatio arbitri*, gesehen werden»<sup>127</sup>. Diese Entwicklung sei nicht vom Gesetz, sondern vom *imperium* des Prätors getragen gewesen, der so, auf Veranlassung der Parteien, «neu[e] Schutzmittel für neue Rechtsverpflichtungen» geschaffen habe<sup>128</sup>. Brogginì resümiert: «Mit der magistratischen Anerkennung weiterer vom Legisaktionsverfahren nicht vorgesehenen Klaggründe (Formulare) konnte das *aequum bonum*, die *bona fides* in die zivile Rechtsordnung eindringen. Prozessual ist diese Einführung durch die Figur des *arbitrator* charakterisiert. *Bona fides* und *aequum bonum* einerseits und *arbitrium* andererseits sind der materiellrechtliche und der prozeßrechtliche Aspekt dieser entscheidenden Wendung im Rechtsleben der römischen Republik»<sup>129</sup>.

#### IV. «Gläubige» und «böse Skeptiker» – Gerardo Brogginìs Thesen im Spiegel der modernen Rechtsromanistik

Seine Rezension zu Brogginìs Arbeit schließt Álvaro d’Ors mit dem Satz: «Un libro que dará ocasi3n sin duda para fecundas discusiones científicas»<sup>130</sup>.

<sup>123</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 209.

<sup>124</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 218.

<sup>125</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 229.

<sup>126</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 229. Zu dieser Frage nun auch W. Ernst, § 79 – *Klagen aus Kauf (actio empti, actio venditi)*, in Babusiaux, Baldus, Ernst, Meissel, Platschek, R3fner (Hgg.), *Handbuch des R3mischen Privatrechts* cit. 2039-2288, 2045 f.

<sup>127</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 230.

<sup>128</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 230.

<sup>129</sup> Brogginì, *Iudex arbiterve* cit. 235. Dazu auch Baldus, *Das arbitrium boni viri* cit. 240 und 257.

<sup>130</sup> Á. d’Ors, *Rezension G. Brogginì, Iudex arbiterve: Prolegomena zum Officium des r3mischen Privatrichters*, K3ln u.a. 1957, in *AHDE*. 30, 1960, 682 f., 683.

Auch Alberto Burdese stellt hervor, Brogginis «bel volume» «non mancherà di portare, nella dottrina romanistica, nuovi fermenti di discussione sui dibattuti ed affascinanti problemi delle origini e della evoluzione storica del processo privato romano anteriormente all'età imperiale»<sup>131</sup>. Artur Steinwenter betont die «eruptiven neuen Ideen» Brogginis und hält fest, dass der «überreich[e] Inhalt des Buches [...] schon das Material für ein gutes Dutzend künftiger Abhandlungen bereit[stelle]»<sup>132</sup>.

In der Tat wurde und wird bis heute fruchtbar über Brogginis Thesen diskutiert. So wird Brogginis im Handbuch zum römischen Zivilprozessrecht von Max Kaser und Karl Hackl in zahlreichen Fußnoten referenziert<sup>133</sup>. Ergänzt werden sollen zur gegenwärtigen Rezeption von Brogginis Gedanken nur zwei Beispiele aus jüngerer Zeit. Javier Paricio folgt 1990/2014 in seinem Beitrag «Apuntes sobre el pretendido origen arbitral del proceso privado romano» in der Sache Brogginis Argumentation gegen Wlassaks These vom Ursprung des römischen Prozesses im Schiedsverfahren und betont ebenfalls, dass die am weitesten zurückblickenden Quellen von der sakral-autoritären Gerichtsbarkeit des römischen Königs und von der Konfliktlösung vermittelt *sacramentum* sprechen; im Fazit spricht Paricio jedoch deutlich vorsichtiger von «un hipotético origen, indemostrado e indemostrable, del proceso romano»<sup>134</sup>. Und Franz-Stefan Meisel und Anna Novitskaya gehen zuletzt<sup>135</sup> in ihrem Beitrag über die Grundlagen

<sup>131</sup> Burdese, *Rezension G. Brogginis* cit. 401 f.

<sup>132</sup> Steinwenter, *Rezension G. Brogginis* cit. 212.

<sup>133</sup> Vgl. etwa – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – Kaser, Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* cit. 8 nt. 36, 27 nt. 11 und 13, 29 nt. 25, 30 nt. 28 und 31, 31 nt. 36, 32 nt. 42 und 45, 33 nt. 48 und 50, 34 nt. 51, 35 nt. 5 und 6, 36 nt. 17 und 19, 41 nt. 29-31, 43 nt. 47, 45 nt. 2, 47 nt. 12, 48 nt. 17-19 und 22, 49 nt. 24 und 28, 56 nt. 1 und 3, 57 nt. 6 und 7, 58 nt. 18-20 und 24, 59 nt. 25, 27, 28 und 34, 71 nt. 14, 72 nt. 17, 74 nt. 29 und 30, 76 nt. 40 und 41, 79 nt. 54, 86 nt. 28 und 2, 88 nt. 10, 92 nt. 14, 96 nt. 41, 98 nt. 56, 99 nt. 68, 100 nt. 70, 104 nt. 98, 107 nt. 1, 108 nt. 6, 109 nt. 10 und 12, 110 nt. 13, 15, 19 und 21, 111 nt. 23, 113 nt. 26, 114 nt. 7, 120 nt. 44, 121 nt. 12, 123 nt. 20 und 23, 124 nt. 36, 125 nt. 44, 127 nt. 49, 128 nt. 57, 130 nt. 64 und 66, 133 nt. 10 und 13, 135 nt. 28, 137 nt. 41-43, 155 nt. 35, 157 nt. 44, 158 nt. 51 und 55, 159 nt. 57, 192 nt. 4-7, 197 nt. 45, 198 nt. 47, 233 nt. 12, 272 nt. 26, 293 nt. 53, 294 nt. 60, 315 nt. 24 und 25, 319 nt. 52, 335 nt. 3, 336 nt. 12, 372 nt. 20.

<sup>134</sup> Paricio, *Los arbitrajes privados* cit. 65-77 (Zitat auf 76); es handelt sich hierbei um die Zweitveröffentlichung von J. Paricio, *Apuntes sobre el pretendido origen arbitral del proceso privado romano*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° Extra, 16, 1990 [= *Homenaje a Juan Antonio Arias Bonet*, Madrid 1990, 227-234].

<sup>135</sup> Auch der Entstehung der *bonae fidei iudicia* widmete Paricio 2000/2014 und 2001 mehrere Beiträge, die auch auf Brogginis Thesen zu deren Genese aus der privaten Schiedsgerichtsbarkeit eingehen: Paricio, *Los arbitrajes privados* cit. 80-95, namentlich 85 f.); es handelt sich hierbei um die Zweitveröffentlichung von J. Paricio, *Sobre el origen y naturaleza civil de los bonae fidei iudicia*, in A. Murillo Villar (coord.), *Estudios de Derecho romano en memoria de Benito Reimundo Yanes* 2, Burgos 2000, 187-198. Ferner in italienischer Sprache J. Paricio, *Genesi e natura*

der *bonae fidei iudicia* im 2023 erschienenen Handbuch des römischen Privatrechts ausdrücklich auf Brogginis Theorie ein, wonach eine der Wurzeln der *bonae fidei iudicia* in der privaten Schiedsverfahrenspraxis zu sehen sein soll, die dadurch ins staatliche Zivilverfahren rezipiert wurde, dass dem *iudex* ähnliche Befugnisse wie einem *arbiter* zugestanden wurden<sup>136</sup>; diese Ansicht wird in den «plurifaktoriellen Erklärungsansatz»<sup>137</sup>, den die beiden vertreten, integriert.

Wie Christian Baldus ganz zu Recht schreibt, ist somit das letzte Wort über Brogginis «geistvolle und hypothesenreiche Studien»<sup>138</sup> noch immer nicht gesprochen<sup>139</sup>. Ralph Backhaus schlussfolgert in seinem Beitrag über die Rechtsromanistik in Heidelberg, Brogginis Konzept müsse «in Ermangelung einer sicheren Quellenlage zwangsläufig hypothetische Züge tragen, besticht aber durch seine Stringenz»<sup>140</sup>. Und in seiner Rezension zu den ersten gesammelten romanistischen Schriften Brogginis schließt Dieter Medicus wie folgt: «Man mag gegenüber manchen der Ideen, die Brogginis in seinen Arbeiten vorgetragen hat, skeptisch sein. Man mag insbesondere da, wo die quellenarme Frühzeit in Rede steht, bisweilen ein *non liquet* für richtiger halten. Aber man wird sich kaum den vielfachen Anregungen entziehen können, die von der Argumentation [Brogginis] ständig ausgehen»<sup>141</sup>. Gerardo Brogginis hatte – wie das seine Habilitationsschrift einleitende Zitat zeigt – bereits mit Veröffentlichung seiner Arbeit prognostiziert, dass seine Hypothesen nicht nur «Gläubige» finden, sondern auch «böse Skeptiker» auf den Plan rufen werden, gleichwohl aber die in diesem Beitrag geschilderte «Wanderung ins Nebelland» gewagt.

Constantin Willems  
Philipps-Universität Marburg  
constantin.willems@jura.uni-marburg.de

*dei bonae fidei iudicia*, in *Atti del Convegno «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico» in memoria di Arnaldo Biscardi, Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001*, Siena 2021, 207-214, namentlich 209 f.

<sup>136</sup> F.-St. Meissel, A. Novitskaya, § 78 – *Bonae fidei iudicia: Grundlagen*, in Babusiaux, Baldus, Ernst, Meissel, Platschek, Rübner (Hgg.), *Handbuch des Römischen Privatrechts* cit. 2017-2038, 2026 mit nt. 73 und 74; ferner 2029 mit nt. 105. Gleiches gilt auch für Kaser, Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* cit. 157 f. sowie 192.

<sup>137</sup> Meissel, Novitskaya, § 78 – *Bonae fidei iudicia* cit. 2026 f. Zu weiteren Faktoren, etwa einer Übernahme des zuvor bereits freier gestalteten Verfahrens mit Peregrinen, vgl. auch Söllner, Baldus, *Römisches Recht* cit. 80 und 94 f.

<sup>138</sup> So das Urteil von Kaser, Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* cit. 19.

<sup>139</sup> Baldus, *In memoriam Gerardo Brogginis* cit. 356: «A última palavra sobre as suas [i.e. Gerardo Brogginis] teorias romanísticas ainda não foi proferida».

<sup>140</sup> Backhaus, *Rechtsromanistik in Heidelberg* cit. 91.

<sup>141</sup> D. Medicus, *Rezension G. Brogginis, Coniectanea. Studi di diritto romano, Milano 1966*, in ZSS. 84, 1967, 557-562, 562.