

Prozessrecht und Eid

Recht und Rechtsfindung
in antiken Kulturen

Herausgegeben von
Heinz Barta, Martin Lang
und Robert Rollinger

PHILIPPIKA 86 Prozessrecht und Eid

Harrassowitz

PHILIPPIKA
Altertumswissenschaftliche Abhandlungen
Contributions to the Study of Ancient World Cultures 86

Harrassowitz Verlag



www.harrassowitz-verlag.de

PHILIPPIKA
Altertumswissenschaftliche Abhandlungen
Contributions to the Study
of Ancient World Cultures

Herausgegeben von / Edited by
Joachim Hengstl, Elizabeth Irwin,
Andrea Jördens, Torsten Mattern,
Robert Rollinger, Kai Ruffing, Orell Witthuhn

86

2015
Harrassowitz Verlag · Wiesbaden

Prozessrecht und Eid

Recht und Rechtsfindung
in antiken Kulturen

Herausgegeben von
Heinz Barta, Martin Lang
und Robert Rollinger

2015

Harrassowitz Verlag · Wiesbaden

Bis Band 60: Philippika. Marburger altertumskundliche Abhandlungen.

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

Bibliographic information published by the Deutsche Nationalbibliothek
The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche
Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available on the internet
at <http://dnb.dnb.de>.

Informationen zum Verlagsprogramm finden Sie unter
<http://www.harrassowitz-verlag.de>

© Otto Harrassowitz GmbH & Co. KG, Wiesbaden 2015
Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne
Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere
für Vervielfältigungen jeder Art, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und
für die Einspeicherung in elektronische Systeme.
Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.
Druck und Verarbeitung: ☉ Hubert & Co., Göttingen
Printed in Germany
ISSN 1613-5628
ISBN 978-3-447-10364-0

Heinz Barta/ Martin Lang/ Robert Rollinger

Prozeßrecht und Eid: Recht und Rechtsfindung in antiken
Kulturen

Inhalt

Heinz Barta Vorwort	V
Bernhard Eccher Grußworte.....	IX
Einführung und Grundlagen	
Heinz Barta Verfahrensrecht als frühes Zivilisierungsprojekt – Zur Teleologie rechtlicher Verfahren	1
Kurt Kotrschall Biologie oder Moral?	19
Erste Verleihung des Preises für 'Antike Rechtsgeschichte' Reden der Preisträgerin und des Preisträgers	
Susanne Paulus Die babylonischen Kudurru-Inschriften von der kassitischen bis zur frühneubabylonischen Zeit – Die wichtigsten Ergebnisse aus rechtshistorischer Sicht	41
Jan Dietrich Kollektive Schuld und Haftung im Alten Testament und Alten Orient.....	49
Erstes Jahrtausend v. Chr.	
Betina Faist Der Eid im neuassyrischen Gerichtsverfahren.....	63
Eckart Otto Prozessrecht und Beweiseid im Keilschriftrecht und im biblischen Recht. Ein rechtstypologischer Vergleich.....	79
Simone Paganini Gerichtsorganisation und Prozessverfahren im Alten Israel. Beobachtungen zu Zentralgericht, Richter- und Zeugengesetz im Deuteronomium.....	101

Kristin Kleber Des Frommen Zuflucht, des Übeltäters Verderben Der assertorische Eid im Gerichtsprozess der spätbabylonischen Zeit.....	119
Gerhard Thür Prozesseide im Gesetz Drakons und ihr Nachleben im klassischen Athen	153
Zweites Jahrtausend v. Chr.	
Walther Sallaberger Sumerische und altbabylonische Eidesformeln in lexikalischer und kulturhistorischer Perspektive	179
Guido Pfeifer Klageverzichtsklauseln in altbabylonischen Vertrags- und Prozessurkunden als Instrumentarien der Konfliktvermeidung bzw. Konfliktlösung	193
Susanne Paulus Ordal statt Eid – Das Beweisverfahren in mittelbabylonischer Zeit.....	207
Elena Devecchi Die Rolle des Eides im hethitischen Prozessverfahren.....	2227
Personenindex	+++
Ortsindex	+++

Grußworte

Bernhard Eccher, Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät,
Universität Innsbruck

Sehr geehrte Anwesende!

Zunächst möchte ich Sie im Namen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck recht herzlich begrüßen. Ich freue mich sehr über das Zustandekommen der Tagung „Lebendige Rechtsgeschichte“. Es handelt sich bei der diesjährigen Tagung bereits um die 6. rechtsgeschichtliche Veranstaltung, die von Kollegen Heinz Barta und anderen, insbesondere Prof. Robert Rollinger, in den letzten Jahren an unserer Fakultät organisiert wurden.

Gerade Prof. Barta ist es, der im Laufe seiner Forscherlaufbahn immer wieder neue und aktuelle Forschungsgebiete beschritten hat, seien es das Sozialrecht, das Wohnungseigentumsrecht, das Medizinrecht, das Altenrecht oder eben die Rechtsgeschichte mit einem Schwerpunkt zur griechischen Rechtsgeschichte.

Wenn sich die heute eröffnete Tagung mit dem Prozessrecht und dem Eid in antiken Kulturen beschäftigt, so liegt dies aktuellen Rechtsfragen überhaupt nicht fern und bestätigt wieder einmal den notwendigen und nützlichen Bezug des geltenden Rechts zu seiner eigenen Geschichte. So ist es nicht nur juristisches Gemeinwissen, dass jedes materielle subjektive Recht ohne verfahrensmäßige Durchsetzungsmöglichkeit keinen praktischen Wert für den Rechtsinhaber hat, sehr häufig werden im aktuellen Rechtsbetrieb Streitigkeiten auch mit der Anwendung rein oder zumindest auch formaler, also prozessrechtlicher Normen entschieden, man denke nur an Zuständigkeits-, Beweis- oder Verjährungsvorschriften.

Belegt wird diese Tatsache übrigens auch für die erste Zeit der Anwendung des ABGB aus dem Jahr 1811 durch die Ergebnisse des an unserer Fakultät von em. Univ.-Prof. Dr. Christoph Faistenberger und a.Univ.-Prof. Dr. Monika Nidermayder betriebenen Forschungsprojekts der Herausgabe und Kommentierung der Ratsprotokolle der Obersten Justizstelle für Tirol und Vorarlberg. Auch schon damals wurden die meisten Fälle mit verfahrensrechtlichen Begründungen insbesondere Beweisregeln erledigt.

Zum Abschluss darf ich Kollegen Barta auch als Begründer der einzigen Preise, die diese Fakultät vergibt, hervorheben. Es handelt sich zum Einen um den in der Zwischenzeit sehr renommierten Gschnitzer Preis, der jährlich als „kleiner“ Förderungspreis für besonders gute Diplomarbeiten und Dissertationen und zumindest alle drei Jahre als „großer“ Wissenschaftspreis an herausragende Forscherpersönlichkeiten mit Bezug zur Universität Innsbruck vergeben wird. Zum Anderen ist es eben

der neu begründete Preis für Antike Rechtsgeschichte, der im Rahmen dieser Tagung erstmals vergeben wird und für dessen statutenmäßige Einrichtung und Dotierung durch private Sponsoren Heinz Barta verantwortlich zeichnet.

Damit komme ich zum Ende und ich wünsche der Tagung „Lebendige Rechtsgeschichte“ gutes Gelingen und viel Erfolg.

‚Einleitung‘ zur 6. Tagung ‚Lebend(ig)e Rechtsgeschichte‘
‚Prozeßrecht und Eid: Recht und Rechtsfindung in antiken
Kulturen‘

Verfahrensrecht als frühes Zivilisierungsprojekt –
Zur Teleologie rechtlicher Verfahren

Heinz Barta, Innsbruck

*„Überhaupt ist es für den Forscher ein guter Morgensport,
täglich vor dem Frühstück eine Lieblingshypothese
einzustampfen – das erhält jung.“*

Konrad Lorenz, Das sogenannte Böse (1974/2004)

I. Begrüßung und Dank

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich begrüße Sie herzlich Namens der Veranstalter (das sind Robert Rollinger, Martin Lang und ich). Wir freuen uns diese Veranstaltung nunmehr zum sechsten Male durchführen zu können. Auch dieses Mal ist die Tagung gut besetzt und wir laden Sie dazu ein, sich davon (durch den Besuch der Vorträge) zu überzeugen. Wir wollen damit der unterschätzten Rechtsgeschichte einen Dienst erweisen und sie in ihrem Bestand sichern! – Dieses Mal können wir neben den Vorträgen etwas Besonderes bieten: die erstmalige Verleihung des Preises für ‚Antike Rechtsgeschichte‘.¹ – Wir greifen damit auf eine Tradition zurück, welche die europäische Rechtsentwicklung nicht mit Rom beginnen lässt, sondern auch Griechenland und den Alten Orient (Ägypten eingeschlossen) miteinbezieht. – In diesem Zusammenhang gilt es der großen österreichischen Rechtshistoriker zu gedenken, denen wir noch heute vieles verdanken; allen voran Leopold Wengers, von dem der Vorschlag einer ‚Antiken Rechtsgeschichte‘ stammt.² Daneben nenne ich: Ludwig Mitteis,³ Paul Koschaker,⁴

1 Vgl. Barta (2012).

2 Dazu mein Münsteraner Vortrag ‚Antike Rechtsgeschichte – Heute?‘ (2012); zu Wenger: Koschaker (1944) und Steinwenter (1955).

Egon Weiss (der in Innsbruck seine letzten Arbeitsjahre verbracht hat),⁵ Ernst Rabel,⁶ Arthur Steinwenter⁷ und zuletzt Theo Mayer-Maly,⁸ der ebenfalls seine letzten Jahre an dieser Universität lehrte und den Beginn dieser Vortragsreihe mitgetragen hat.⁹

Tagungen machen Arbeit, aber mit einiger Erfahrung überwiegt die Freude am gegenseitigen Kennenlernen und das Interesse am wissenschaftlichen Dialog. – Ich wünsche allen Vortragenden schöne Tage in Innsbruck!

Für das Zustandekommen der Tagung und des Preises für ‚Antike Rechtsgeschichte‘ ist vielfältiger Dank abzustatten:

- ... an Herrn Vizerektor *Tilman Märk* für die Tagungseröffnung und Begrüßung: Lieber Tilman, ich darf Dir an dieser Stelle auch für die finanzielle Unterstützung danken.
- Dank auch an den Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät *Bernhard Eccher* und den Dekan der Philosophisch-Historischen Fakultät *Klaus Eisterer* für wichtige Unterstützung.
- Unser besonderer Dank gilt den *Sponsoren* des Preises und den weiteren Unterstützern der Tagung: *Rechtsanwaltskanzlei Dr. Hans Estermann* † und Partner (eines zu früh verstorbenen Freundes; seine Frau ist heute hier! Ich danke Dir liebe Heidi, dass Du diese Mühe auf Dich genommen hast. Die Hälfte des Unterstützungsbetrags stammt aus dieser Kanzlei und wurde von den Rechtsanwälten *Dr. Wolfgang Wagner* und *Dr. Johann Postlmayr* aus Mattighofen/ O. Ö. zur Verfügung gestellt). Die andere Hälfte des Betrags stammt von Rechtsanwalt *Dr. Viktor Thurnher*/ Dornbirn und Rechtsanwalt *Dr. Josef Unterweger*/ Wien, ehemaligen Studenten. (Als vielbeschäftigten Anwälten war es ihnen in der Vorweihnachtszeit leider nicht möglich nach Innsbruck zu kommen.) – Ohne diese großzügige Unterstützung wäre der Preis für ‚Antike Rechtsgeschichte‘ nicht zu verwirklichen und die Tagung gefährdet gewesen. – Die Tagung wird auch von staatlichen Stellen unterstützt: Es sind dies das *Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung*, das schon erwähnte *Vizerektorat für Forschung*, die *Rechtswissenschaftliche* und die *Philosophisch-Historische Fakultät* unserer Universität, das *Land Vorarlberg* und das *Land Tirol*. – Allen ein herzliches Dankeschön!

3 Zu L. Mitteis: E. Weiss (1922).

4 Zu P. Koschaker: Below/ Falkenstein (1951), M. David (1951), F. Pringsheim (1951) und L. Wenger (1952).

5 Zu E. Weiss: S. Bolla (1953), H. Klang (1953).

6 Zu E. Rabel: H. J. Wolff (1956) und E. A. Kramer (2006).

7 Zu A. Steinwenter: M. Kaser (1958).

8 Zu Th. Mayer-Maly: H. Honsell (2008 und 2009) und M. J. Schermaier (2008).

9 Barta/ Mayer-Maly/ Raber (Hg.) 2005: Lebend(ig)e Rechtsgeschichte. Beispiele antiker Rechtskulturen: Ägypten, Mesopotamien und Griechenland (Wien, 2005).

- Dank auch an die Preisträgerin – Frau *Susanne Paulus* aus Münster – und den Preisträger, Herrn *Jan Dietrich* aus Leipzig und alle Einreichenden für ihre Bewerbungen, mit denen sie Ihr Interesse an Antiker Rechtsgeschichte bekundet haben.
- Dank an die *Gutachterinnen* und *Gutachter*, ohne die eine seriöse Preisvergabe nicht möglich gewesen wäre und an Frau *Tanja Ulasik* (vom Sekretariat des Instituts für Zivilrecht), die mich bei der Vorbereitung der Tagung tatkräftig unterstützt hat.
- Dank auch an alle *Vortragenden der Tagung* für Mühe und Aufwand und die Bereitschaft am *Diskurs über Antike Rechtsgeschichte* hier in Innsbruck teilzunehmen.
- Dank an Kollegen *Kurt Kotrschal* (Leiter der Konrad Lorenz Forschungsstelle für Ethologie in Grünau/ O. Ö. und Professor am Department für Verhaltensbiologie an der Fakultät für Lebenswissenschaften der Universität Wien,¹⁰ der anschließend zum Thema ‚Eine evolutionäre Basis für Moral und Recht?‘ spricht. – Wir wollen damit zum Ausdruck bringen, dass wir Interdisziplinarität ernst nehmen und nicht nur Lippenbekenntnisse abgeben.¹¹
- Last but not least *Dank an Sie alle*, dass sie heute zu uns gekommen sind, um an der Veranstaltung und der erstmaligen Preisverleihung teilzunehmen.

II. Zum Tagungsthema

Ich komme zum fachlichen Teil meiner Ausführungen und leite zum Tagungsthema über: dem Verfahrens- oder Prozeßrecht in antiken Kulturen. – Das Thema ist weit (es sind zahlreiche Rechtskulturen zu beachten) und – wie wir meinen – ergiebig, gibt es doch noch manches zu entdecken! So haben wir uns entschlossen, die Tagung zu teilen.¹² Der zweite Teil findet 2013 statt. Wir wollen bis dorthin den Tagungsband über diese Veranstaltung vorlegen.

10 Er ist auch Leiter des Wolfsforschungszentrums in Ernstbrunn/ N. Ö.

11 Ich will es mir nicht versagen hier einen *Lesetip* zu geben: Wenn Sie wieder einmal ein interessantes Buch lesen wollen, lesen Sie eines der Bücher von *K. Lorenz*, am besten in der angegebenen Reihenfolge: ‚*Er redete mit dem Vieh, den Vögeln und den Fischen*‘ (gemeint ist König Salomo und natürlich Lorenz selbst: 1964); ‚*Das sogenannte Böse. Zur Naturgeschichte der Aggression*‘ (1974); ‚*Die Rückseite des Spiegels. Versuch einer Naturgeschichte menschlichen Erkennens*‘ (1977).

12 Als Grund der Themenwahl läßt sich anführen, dass die Qualität wissenschaftlicher Äußerungen zum Prozeßrecht manchen Wunsch offenläßt. Von einer systematischen Vorgangsweise kann nicht die Rede sein, vielmehr wird idR ein Sammelsurium geboten. Enttäuschend etwa D(er)N(eue)P(auly): Ich verweise auf die Bearbeitung der Stichwörter ‚Prozeßrecht‘ DNP 2001, X 481 ff: Alter Orient, Pharaonisches Ägypten, Jüdisches Recht, Griechisch-römische Antike) und ‚Strafprozeß‘ (DNP 2001, XI 1029 f); Zivilprozeß existiert nicht und es fehlt eine

Erinnern möchte ich daran, dass es von Anfang an *Ziel unserer Tagungen* war, *Rechtsgeschichte über das römische Recht hinaus* zu betreiben, um die wichtigen Beiträge älterer Kulturen zur (Rechts)Geschichte sichtbar zu machen. Das schließt Griechenland ebenso ein wie den Alten und Vorderen Orient und Ägypten. – Ich mache anschließend einige Vorschläge und schlage Hypothesen vor, keine ausgereifte Theorie.¹³

Ziel meiner ‚Einleitung‘ ist es, einen verfahrensrechtlichen Rahmen abzustecken, innerhalb dessen sich die einzelnen Beiträge bewegen. Das ist – so denke ich – sinnvoll, weil sich die Vorträge nur mit Ausschnitten in verschiedenen antiken Kulturen befassen. Dazu kommt, dass sich die Vertreter der Rechtsgeschichte bisher kaum mit einer *Allgemeinen Prozeßlehre* betreffend antike Kulturen befaßt haben. Ich werde – soweit dies meine Zeit zulässt (jedenfalls in der schriftlichen Ausfertigung des Referats) – Entstehung und Zweck gerichtlicher Verfahren skizzieren und Vorschläge für die künftige Arbeit unterbreiten. Ein solches Unterfangen versteht das Verfahrensrecht als (gesamt)gesellschaftliches Phänomen, mithin als Funktion früherer Gesellschaften.¹⁴

Vorausschicken möchte ich, dass es sich bei rechtsgeschichtlicher Befassung mit dem Verfahren(srecht) lohnt, *Niklas Luhmanns, Legitimation durch Verfahren* (1969) und *Johann Josef Hagens, Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre* (1972) zur Hand zu nehmen. Förderlich ist es auch, zu *Max Weber* zu greifen, der sich in seiner *Rechtssoziologie* (1967) zum ‚Verfahren‘ (allerdings nur am Rande) geäußert hat.¹⁵

Einsichten in diese Zusammenhänge sind nicht nur rechtlich und rechtshistorisch, sondern auch historisch, soziologisch, politikwissenschaftlich, philosophisch und religionswissenschaftlich von Interesse. Eine solche Vorgangsweise ist beschreibender, nicht spekulativer Natur. Rechtsgeschichte ist eine empirische Disziplin, die allerdings, wie uns die Griechen gezeigt haben, über die (Einzel)Beobachtung hinaus die Theorie sucht! Gerade in der Frühzeit der Rechtsentwicklung ist auf den Zusammenhang des Rechts mit dem politischen System und der Religion besonders zu achten!

1. Niklas Luhmann als Anreger

Manche von ihnen kennen Luhmanns Buch, ‚Legitimation durch Verfahren‘ (1969), aus dem ich für die Tagung hilfreiche Aussagen herausgreifen will. – Luhmann geht darin über die zentrale, als Buchtitel dienende These weit hinaus, dass „rechtlich geordnete Verfahren zur *Legitimation von rechtlich verbindlichen Entscheidungen*

Begründung dafür!

13 Mit Unterstützung der Vortragenden kann daraus mehr werden.

14 Das Verfahrensrecht darf, als Teil der Gesellschaft, nicht isoliert werden; s. J. J. Hagen 1972, 19 ff mwH: Prozeß als soziale Institution.

15 Vgl. M. Weber 1967, 121 ff und Th. Geiger 1970, 233 ff, für den ähnliches gilt.

beitragen, ja sie tragen können“ und bezieht weitere Fragen ein.¹⁶ – Sie sind heute kaum weniger aktuell, als in der Antike.

- Luhmann betont, dass das, was für die Gesellschaft der ‚Vertrag‘ war, im Bereich des Staates die ‚Kategorie des Verfahrens‘ ist.¹⁷ – Er spricht hinsichtlich des Verfahrens von einer ‚Zauberformel‘, die ein „Höchstmaß an Sicherheit und Freiheit“ versprach. – Gemeint ist mit ‚Zauberformel‘ der historisch so bedeutende genetische Konnex von Staatsentstehung und staatlich garantiertem Rechtsschutz (die Rechtsdurchsetzung inbegriffen); dies durch Bereitstellung rechtlicher Verfahren zum Zwecke des Zurückdrängens von Selbsthilfe und Eigenmacht der Mitglieder einer Gemeinschaft (iSd § 19 ABGB).¹⁸
- Für Luhmann sind ‚Vertrag‘¹⁹ und ‚Verfahren‘ „evolutionär unwahrscheinliche Errungenschaften [...], die es der Gegenwart ermöglichen, sich selbst aufs Änderbare festzulegen und jede mögliche Zukunft auszuhalten“.
- Luhmann begreift Verfahren „als ein *soziales System besonderer Art* [...] also als Sinnverbundenheit faktischen Handelns“. – Diese Einsicht ist auch für historische Disziplinen wichtig.
- Wertvoll auch Luhmanns Klarstellung: „Ein System, das die *Entscheidbarkeit* aller aufgeworfenen Probleme garantieren muß, kann nicht zugleich die *Richtigkeit* der [sc. jeder] Entscheidung garantieren.“²⁰ – Damit waren schwierige Fragen vorprogrammiert: *Auslegung* und *Lückenfüllung* (im Recht), das *Non liquet-Problem* sowie *richterliche Korrekturmöglichkeiten im Einzelfall* (durch Orien-

16 Luhmann 1969, 7. – Man muss Luhmann nicht in allem, was er geschrieben hat beipflichten, um die folgenden Aussagen zu akzeptieren.

17 AaO. – Zum griechischen Vertrag kann ich nicht umhin darauf hinzuweisen, dass bekannte Rechtshistoriker (wie H. J. Wolff und ihm folgend G. Thür: 2003, 237 f) nicht nur sein rechtliches Verständnis, sondern auch seine gesellschaftliche Bedeutung nicht hinreichend erkannt haben; s. ‚Graeca‘ 2011, Bd. II/1, Kap. II 9 (S. 374 ff) und unten Anm. 19.

18 § 19 ABGB: „Jedem, der sich in seinem Rechte gekränkt zu sein erachtet, steht es frei, seine Beschwerde vor der durch die Gesetze bestimmten Behörde anzubringen. Wer sich aber mit Hintansetzung derselben der eigenmächtigen Hilfe bedient, oder, wer die Grenzen der Notwehr überschreitet, ist dafür verantwortlich.“ – Zum ‚Programm‘ dieser Norm meine Hinweise: 1999, 74 und 2007, 95 ff.

19 Die von Luhmann zutreffend betonte gesellschaftliche Bedeutung des ‚Vertrages‘ verbietet es, ihn als unverbindliches Produkt der ihn schließenden Parteien zu verstehen; so aber H. J. Wolff; s. Anm. 18. – Davon zu unterscheiden ist die auf E. Durkheim (und seinen Kreis) zurückgehende soziologische Lehre eines „nicht-kontraktuellen Elements im Kontrakt“, so T. Parsons (1949, 311 ff, 319), womit die Einbettung der den Vertrag Schließenden in das kollektive Bewußtsein einer Gesellschaft (ihre Glaubens- und Wertvorstellungen) gemeint ist, die vorausgesetzt werden müssen, um die Vertragszuhaltung zu gewährleisten; s. R. König 1961/1980, 33 ff. Auch dies spricht gegen Wolffs Meinung, die eine Folge seiner wissenschaftspositivistischen Einstellung ist. Wolff berücksichtigt die gesellschaftliche Einbettung des Vertrags nicht; vgl. dagegen etwa Lukes/ Scull 1983, 192 ff und Durkheim (1957).

20 Luhmann 1969, 21. – Das bedeutet nicht, sich mit allem abfinden zu müssen.

terierung an der Gerechtigkeit): das betrifft *Epieikeia/ aequitas/ equity/ Billigkeit* und ihre Surrogate.²¹

- Das leitet über zum *Verhältnis von materiellem* (inhaltlich gestaltenden Rechtsregeln/ Sachnormen, wie Eigentum, Kauf, Tausch, Schenkung oder Eheschließung) und *formellem Recht* (iSv Verfahrensrecht), das der Rechtsdurchsetzung dient und gesellschaftliche Verhaltensvorschriften enthält. – Diese Beziehung ist keinesfalls selbstverständlich und wurde unterschiedlich bewertet. Kurz: Dem *Verfahren kommt Eigenwert zu*, es ist nicht bloß ein Anhängsel des materiellen Rechts.²² Verfahren beinhalten zwar *kein Wahrheitskriterium*,²³ fördern aber die *Richtigkeit* von Entscheidungen; und *Verfahren legitimieren* – wie erwähnt – den Rechtsstreit und die getroffene Entscheidung.²⁴

Nach diesem Blick auf Luhmann gehe ich auf die Möglichkeit des Einsatzes einer ‚Allgemeinen Verfahrenslehre‘ (auf historische Entwicklungen) ein und frage:

2. Kann eine ‚Allgemeine Verfahrenslehre‘ der Rechtsgeschichte nützen?

Worin liegt der Reiz eines solchen Methodenschrittes? Ich stütze mich auf *Johann Josef Hagen (1972) und (1971)*. – Die Allgemeine Verfahrens- oder Prozeßlehre ist meines Erachtens auch für die (Antike) ‚Rechtsgeschichte‘ interessant.²⁵ Um die soziale (iSv gesellschaftliche) Funktion des Prozesses zu erkennen, ist es nötig, die unterschiedlichen Prozeßtypen „auf einen einheitlichen (Zivil- und Strafprozeß umfassenden) Rechtsgang“ zurückzuführen; denn bei der Ausdifferenzierung der Verfahrensarten haben sich die „grundlegenden Aufgaben des Prozesses nicht geändert“.²⁶ – Zu erarbeiten wären für die einzelnen Rechtskulturen *Verfahrenskriterien*, die – zu *Kategorien* geformt – auf den *Referenzrahmen des rechtlichen Verfahrens*

21 Hier sind so bedeutende Entwicklungen zu nennen wie: die Arglistenrede, die Sittenwidrigkeit, Treu und Glauben, Schikaneverbot und Rechtsmißbrauch, der *ordre public* im Internationalen Privatrecht, bis hin zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (im öffentlichen Recht); dazu ‚*Graeca*‘ 2011, Bd. II/2, Kap. II 13 (S. 82 f): ‚Ausbreitung des *Epieikeiagedankens*‘.

22 Das ist bis heute umstritten! – Der Streit um das Verhältnis von Inhalt und Form betrifft nicht nur gerichtliche Verfahren (etwa Zivil-, Straf-, Verwaltungsverfahren), sondern auch die Rechtserzeugung durch Gesetzgebung, Gewohnheits- oder Richterrecht, Wahlen oder sonstiges Staatshandeln, was nicht Gegenstand dieser Tagung ist. – Dazu Hagen 1972, etwa 33.

23 Ich erinnere an Platons Auseinandersetzung mit der Sophistk (Antiphon); s. ‚*Graeca*‘ Bd. II/1, Kap. II 4 (S. 136 ff): ‚Der Wahrscheinlichkeitsbeweis‘.

24 Und die Legitimation des Verfahres wirkt zurück auf den Träger des Verfahrens, sei es ein Herrscher, der Staat oder eine sonstige Gemeinschaft.

25 Nichtjuristen (Historiker, Philologen, Theologen oder Naturwissenschaftler) möchte ich als Trost für fachliche Unsicherheit, ohne Koketterie, folgenden Rat mitgeben: Rechtshistorikern geht es *vice versa* ähnlich und manche Probleme der Rechtsgeschichte rühren daher, dass ihre Vertreter längst den Kontakt zum lebenden Recht verloren haben und auch Wichtiges nicht mehr erkennen. – Auch das spricht für Zusammenarbeit (über historische Disziplinen hinaus).

26 Hagen 1972, 51.

zu beziehen wären.²⁷ So könnten Unterschiede und Verwandtschaften (im Wege des historischen, also ‚vertikalen‘ Rechtsvergleichs) erkennbar gemacht werden.

- Eine *Allgemeine Verfahrenslehre* sieht nicht nur von einzelnen Verfahrensarten – wie dem Zivil- oder Strafprozeß oder dem Verwaltungsverfahren – ab, sondern abstrahiert auch von einzelnen Rechtskulturen.²⁸ – Ersteres ist von Vorteil, weil in frühen Gesellschaften zunächst keine Verfahrensarten unterschieden werden, vielmehr eine Art *Einheitsverfahren* existiert, was damit zu tun hat, dass frühes Recht unterschiedliche Rechtsbereiche noch nicht oder bestenfalls ansatzweise kennt und unterscheidet; etwa *öffentliches Recht* und *Privatrecht*, *Strafrecht* und *Privatrecht* oder *materielles* und *formelles Recht*.²⁹ – Das Einheitsverfahren entwickelte sich aber ebenso wenig, wie spätere Verfahrensarten (etwa Zivil- und Strafverfahren), willkürlich, sondern auf bestimmten Entwicklungspfaden.³⁰
- Die Kenntnis einzelner *Verfahrens-Fixpunkte* läßt (bei Zugrundelegung eines allgemeinen Verfahrensschemas) nachträgliche *Ergänzungen* (unbekannter, nicht belegter Entwicklungsschritte) leichter zu. Dadurch wird die *Vergleichbarkeit* in unterschiedlichen Kulturen erhöht, was durch das Erstellen eines ‚Leitfadens‘ gefördert werden kann!³¹ – Das unterstützt den Blick über den Tellerrand der eigenen Disziplin und läuft auf *historische Rechtsvergleichung* hinaus. *Ideal-* und *Realtypen* können dabei ebenso unterschieden werden, wie *Rechtskreise* (und deren Untergruppen). Man bekäme da und dort Boden unter die Füße. Das Erstellen eines *Verfahrensmodells* gestattet in der Folge die *Sequenzierung von Verfahrensbauteilen* in das idealtypische ‚Verfahrens-System‘ (nach Baukastenprinzip).
- Als *Systembausteine* können ua. betrachtet werden:³² - Wer gilt als *Schöpfer/in und Garant/in von Recht und Gerechtigkeit* (und damit auch als Schirmherr/in der Rechtsdurchsetzung; Einfluß der Religion?); - Wie stehen *Rechtsetzung/ Gesetzgebung* sowie *Rechtsanwendung* und *Rechtsdurchsetzung* zueinander? Ab wann

27 Genauer: auf den zu erstellenden Grundraster des frühen Verfahrens; s. Hagen 1972, 19 ff. – Schon Steinwenter (1925/1971, 3 ff) unterschied idealtypische prozeßrechtsgeschichtliche Entwicklungsschritte; s. ‚Graeca‘, Bd. IV, Kap. VII 9: ‚Rechtsidee und Verfahrensrecht‘ (in Druckvorbereitung).

28 Das bedeutet nicht, dass diese unberücksichtigt bleiben müssten.

29 Zur Unterscheidung sachlicher Rechtsgebiete: M. Weber 1967, 107 ff (öffentliches und Privatrecht, Kriminal- und Zivilrecht, Recht und Prozeß). – In Mittel- und Nord-Europa kommt es zu einer namhaften Unterscheidung von Rechtsgebieten erst am Ende des Mittelalters und in der frühen Neuzeit. Der Sachsenspiegel kennt sie noch nicht und weist eine starke Gemengelage auf.

30 Zum Verfahrensbegriff: Hagen 1972, 14 ff. – Um den *Prozeß als soziale Institution* besser erkennen zu können, empfiehlt Hagen (1972, 19 ff) „den historischen Prozeß der zunehmenden Institutionalisierung gedanklich stufenweise wieder rückgängig zu machen“, s. dort.

31 Dabei handelt es sich um einen Beginn, der ergänzt und verbessert werden soll! – Die Reihenfolge der Fragen und Antworten ist dabei nicht ganz unbedeutend, weil sie sich am Entstehen und dem Verfahrensablauf zu orientieren hat.

32 Ich strebe noch keine Vollständigkeit an und beschränke mich auf Beispiele.

lassen sie sich unterscheiden (Verhältnis von politischem System und Verfahrensaunomie/ Rechtsdurchsetzung),³³ - zu fragen wäre auch nach dem normativen Stellenwert von Verfahren/ Prozeß in einer Rechtskultur? (wie sind Verfahrensordnungen festgelegt?: durch Gerichtsgebrauch, Gewohnheitsrecht oder Gesetz; ebenso die Klagslegitimation: individuell (Klage, actio, dike) oder kollektiv (griechische Popularklage/ Graphé: Solon); - ist bereits eine Unterscheidung von Rechtsgebieten und konnexen (darauf bezogener) Verfahren erkennbar?: etwa Privat-, Straf-, öffentliches Recht und Zivil-, Verwaltungs- oder Strafverfahren; - Wie erfolgt die Verfahrenseinleitung?: durch Vertrag zwischen den Streitparteien oder Ladung (privat durch den Kläger oder amtlich/ hoheitlich); besteht Folgepflicht für die Ladung etc.;³⁴ - Wie erfolgt die Auswahl des/der Entscheiden- den/Richter: durch die Parteien oder durch die Gemeinschaft/ den Staat (Kompetenzverteilung); - existierten Gerichts- oder Verfahrensgebühren/ Kosten (für die Verfahrensparteien)? - Kennt das Verfahren zeitliche Beschränkungen? Bekannt ist dies aus Griechenland, wo Verfahren in einem engen zeitlichen Kontext abgewickelt wurden, es gab Redezeitbeschränkungen und es existierte eine Art Konzentrationsmaxime.³⁵

- Zielführend wäre es Fragenkataloge zu erstellen, um Vergleich und Genese von Verfahrensrecht in antiken Kulturen voranzubringen. – Untersucht werden kann auf diese Weise: - Die Gerichtsorganisation (Gerichtstypen, Zuständigkeit, Streitwert),³⁶ - der Verfahrensablauf (Entstehen und Fortentwicklung); - die einzelnen Verfahrensschritte: Einleitung, Sachverhaltsermittlung, Beweisverfahren samt Beweismittel (Zeugen, Augenschein, Urkunden, Eid oder Ordal, Folter, Sachverständige, Augenschein)³⁷ und das Urteil (in wessen Namen ergeht es?, wie ist sein Aufbau?, wird es begründet?); sind Rechtsmittel/ Instanzenzug vorgesehen; - aber auch nach der Ausdifferenzierung (im Sinne einer Autonomisierung) einzelner Verfahrensarten kann gefragt werden; - wobei sich nach der Entwicklung von Erkenntnis-, Sicherungs- und Vollstreckungsverfahren fragen läßt.
- Existieren Rechtsberufe?; Richter, Schreiber, Rechtsschulen, Notare, Synegoroi, Logographen, Rhetoren, Archivare, einschlägig vorgebildete Beamte etc.
- Der im Verfahren entscheidende ‚Dritte‘ (neben An/Kläger und Beschuldigter/ Beklagter) kann eine Einzelperson oder eine Personenmehrheit sein, können Richter, Schiedsmann oder Schlichter/Mediator sein. – Diese ‚Dritten‘ entscheiden aufgrund der Informationen, die sie von den Streitparteien erhalten, wobei davon auszugehen ist, dass die Parteien an einer umfassenden Information inte-

33 Politisches System und Rechtssystem sind aufeinander bezogen, aber nicht identisch; zur Ausdifferenzierung und Autonomie von Gerichtsverfahren: Luhmann 1969, 59 ff und 69 ff.

34 Wie erfolgte der Übergang von der zunächst freiwilligen Mitwirkung an Verfahren zu einer schließlich verpflichtenden?

35 Vgl. Thür 2003, 212 f und Hagen 1972, 136.

36 So in Athen zur Bemessung der Redezeit in Prozessen; Thür 2003, 213.

37 Vgl. Aristoteles, Rhetorik I 15, 1375 (2).

ressiert sind. Dabei geht es um die *Klärung des Streitthemas* (als Grundlage der Streitentscheidung). – Rechtliche Verfahren sind In- und Outputverfahren: Was nicht in das Verfahren eingespeist wird, wird nicht beurteilt: große Bedeutung der Sachverhaltsermittlung! – Die *Parteiinformationen* an den/ die ‚Dritten‘ *müssen* auch *der anderen Partei zur Kenntnis gebracht werden*, damit sie dazu Stellung nehmen kann. Das fördert zusätzliches Streitwissen (für den ‚Dritten‘ und die Parteien) zu Tage (und erhöht die Treffsicherheit von Entscheidungen)!

- Der Informationsaustausch im Prozeß erfolgt zunächst, weil am einfachsten, in *mündlicher Verhandlung*, in welcher sich die Streitparteien persönlich in Rede und Gegenrede, Frage und Antwort gegenüberstehen.³⁸ – Die Reihenfolge dieser Reden, die sich wiederholen können, ergibt sich aus der ‚Natur der Sache‘: Der (An)Kläger beginnt, der Beklagte/ Beschuldigte antwortet.³⁹ Auf diese Weise wird der Prozeßstoff von den Streitparteien geliefert; *Parteienbetrieb*. – Anstelle der Mündlichkeit kann, muß aber nicht im Verfahren (nach Entwicklung der Schrift) *Schriftlichkeit* treten. Griechenland und Ägypten sind hier unterschiedliche Wege gegangen.⁴⁰ – Nicht immer bestimmen die Parteien das Verfahren (*Parteienbetrieb/ Dispositionsmaxime*),⁴¹ es gibt auch den Grundsatz der *Amtswegigkeit (Offizialmaxime)*.⁴²

III. Weitere Vorschläge

Ich habe weitere Vorschläge gesammelt und bringe Beispiele.⁴³ – Eine Allgemeine Verfahrenslehre hätte danach auch:

- ... die *Entstehung des Staates* und den damit einhergehenden ‚*Prozeß*‘ des *Zurückdrängens von Selbsthilfe und Eigenmacht* (in den jeweiligen Kulturen) durch angebotene und garantierte *Verfahren zur Konfliktlösung* zu untersuchen;⁴⁴ so

38 Eine weitere Frage ist die: Konnten sich Prozeßparteien vertreten lassen?

39 Siehe Antiphons ‚Tetralogien‘; und dazu ‚Graeca‘ 2011, Bd. II/1, Kap. II 4-6. – Die Abfolge von An/Klage und An/Klagebeantwortung und erneuter Replik und Duplik von An/Kläger und Beklagtem/ Beschuldigtem wurde schon in Ägypten praktiziert (allerdings schriftlich); s. Diodor I 75 und 76 (dazu in Bd. III von ‚Graeca‘, Kap. VI 4: ‚Ägypten‘).

40 Interessante Begründung bei Diodor (I 76) für Ägypten: Mündlichkeit bietet der Wirkung der Sprache zu großen Einfluß, Schriftlichkeit wird aus Objektivitätsgründen vorgezogen!

41 Ein Indiz dafür ist die Möglichkeit von Anerkenntnis, Verzicht und Vergleich der Parteien im Verfahren.

42 In diesen Fällen fehlt zwar oft der Begriff, aber das Substrat ist vorhanden.

43 Schön wäre es, wenn Sie als Vortragende in ihren mündlichen oder schriftlichen Beiträgen auf andere Beiträge (und Überlegungen der Allgemeinen Verfahrenslehre) eingehen könnten, so daß Parallelen, Querbezüge, Transfers oder Rezeptionen sichtbar werden. – An Kontaktzonen hat es im untersuchten Raum nicht gefehlt!

44 So die Präambel des Kodex Hammurabi. – Wie modellhaft in § 19 ABGB (s. Anm. 11) dargestellt setzt das Entstehen des Staates voraus, dass die Mitglieder einer Gemeinschaft auf Selbst-

können Parallelen, Abweichungen und Besonderheiten festgestellt werden. – Ursprüngliche Verfahren bilden die Wurzel aller späteren.

- Zu fragen wäre (in diesem Zusammenhang) auch danach, *woher* – nach Auffassung einer Kultur – *Recht und Gerechtigkeit stammen*; göttliches (welche Götter?) oder menschliches Recht?⁴⁵ Menschliche Mittler? (König, Pharao) – Wer trägt die *Rechtsprechung* (*Herrscher, König, Familienvorstände, Clans etc.*), wer wählt die *Richter* aus?
- Aus der Sicht des Staates (genauer: der des entstehenden und erstarkenden Staates) ist das *Etablieren von Verfahren, um Gewalt, Selbsthilfe und Eigenmacht abzulösen* wichtiger (oder doch ebenso wichtig) als materiellrechtliche Regeln. Das gilt selbst für den Schutz von Leib und Leben.⁴⁶ – Dieser genetische Zusammenhang erklärt, was in rechtsgeschichtlichen Arbeiten oft als *Dominanz des Verfahrensrechts* in frühen Gesellschaften bezeichnet wird.⁴⁷
- Parallel zu diesen Gewalt ablösenden Konfliktlösungs-Verfahren entsteht *staatliches Recht* (!), wengleich es auch *vor-staatliches Recht* gegeben hat.⁴⁸ – Vorstaatliches Recht hat die wesentlichen Voraussetzungen für Recht zu erfüllen; es unterscheidet *Tatbestand* und *Rechtsfolge*, kennt also die *Sanktion* (wengleich unter Umständen noch nicht durch staatliche Institutionen, weil diese noch nicht existieren) für abweichendes Verhalten/ Devianz durch die Gemeinschaft als Ganze oder – wie im bäuerlich-archaischen Griechenland (W. Schmitz) – durch die Gruppe der ledigen jungen Männer.⁴⁹
- Der Staat (in Griechenland die Bürgerpolis) konnte diese vorstaatlich-normativen (gesellschaftsregulierenden) Errungenschaften übernehmen und weiterentwickeln. *Formel: Staatsentstehung, Ausbildung von staatlichem Recht⁵⁰ und rechtlichen Verfahren sind ein miteinander verknüpfter Vorgang, der auf staatlicher Ebene wiederholt, was kleinere Gemeinschaften in nuce bereits entwickelt hatten.* – Mit dem Staat beginnt die Ausbildung von *Institutionen* und *Gemeinschaftsorganen*. – Es wäre es interessant, aus den verschiedenen Kulturen und ihren (Ent-

hilfe, eigene Rechtsdurchsetzung verzichten, um im Gegenzug (für diesen Verzicht), den Rechtsschutz der Gemeinschaft/ des Staates einzutauschen; sogenannter Rechtsgewähranspruch. Siehe auch in und nach Anm. 51. – Solche Untersuchungen unterstützen die didaktisch wichtige *Allgemeine Staatslehre*.

45 Ich erinnere an den Beginn von Platons ‚Nomoi‘.

46 Man denke an Drakons Gesetzgebung; dazu ‚Graeca‘ Bd. II/1, Kap. II 3.

47 Verfahrensregeln lagen im Interesse des entstehenden ‚Staates‘! – Es geht um das Errichten des Gewaltmonopols. Dort wo dies nicht gelingt, führt das zu kontinuierlichen Auseinandersetzungen zwischen dem(schwachen) Staat und seinen Herausforderern; man denke an Süditalien, Afghanistan oder den Irak.

48 Dazu in Bd. II/1 (2011), Kap. II 10: ‚M. Gagarin – Was ist Recht?‘.

49 Zu den Rügebräuchen: W. Schmitz (2004) und ‚Graeca‘, Bd. II/2, Kap. II 11.

50 Dazu zählt auch das Anerkennen von Gewohnheitsrecht.

wicklungs)Stadien Beispiele zu erhalten, um das Vorgetragene zu veranschaulichen, zu bestätigen oder korrigieren zu können.

- Nutzen bringen kann die *Kenntnis des Verfahrensrechts früher Rechtskulturen* für das *Verständnis von deren politischer ‚Verfassung‘*; denn Verfahrensordnungen spiegeln grundlegende politische und gesellschaftliche Werte und Zielsetzungen wider. Ein Zusammenhang der sich noch darin zeigt, dass alles Verfahrensrecht (bis heute!) öffentliches Recht ist.⁵¹ – Verfahrensrecht setzt politisch-gesellschaftliche Werte und Anschauungen in normative Verhaltensregeln um!
- Unterschieden werden kann zwischen Verfahren in *vorstaatlichen* und *staatlichen Gesellschaften*⁵² und der (Weiter)Entwicklung solcher Verfahren; etwa von bäuerlich-dörflichen Rechtsordnungen zur griechischen Polis.⁵³
- Gefragt werden kann danach, ob Fälle des *Mißbrauchs von Verfahreneinrichtungen*⁵⁴ oder der *Korruption* (Bestechung von Richtern oder Zeugen) bekannt sind und wie darauf reagiert wird?
- Von Bedeutung für unser Thema sind *angewandte Grundsätze oder Prinzipien*, die entwickelt wurden, um Verfahren wirkungsvoll und gerecht zu gestalten.⁵⁵ – Heute sprechen wir von *Verfahrensgrundsätzen* und *-prinzipien* und es wurden dafür Begriffe geschaffen wie: Öffentlichkeit, Unmittelbarkeit, Mündlichkeit oder Schriftlichkeit uam. Sie dienen der ‚Wahrheitsfindung‘, Objektivität und der Verfahrensqualität. – Ich erinnere dabei an ein Problem, vor dem die Rechtsgeschichte immer wieder steht und gegen das immer wieder verstoßen wird (auch von denen, die es von anderen fordern): Für verfahrensrechtliche *Phänomene existiert häufig zwar noch kein Begriff*, aber das *Substrat* ist vorhanden. Im antiken Griechenland wurde etwa das *Vorhandensein von Verfahrensgrundsätzen* häufig übersehen, weil diese noch nicht benannt waren. Für den Alten Orient wäre dies zu untersuchen.

51 Und wie alles *öffentliche Recht* ist auch das Verfahrensrecht durch eine *Über- und Unterordnung* (hinsichtlich der Stellung von Gericht und Parteien) gekennzeichnet. Im Gegensatz zum (materiellen) Privatrecht, das durch die *modellhafte Gleichrangigkeit der Parteien* charakterisiert ist; typisch beim Vertragsschluß. Das Gericht wird zum ‚Herrn‘ des Verfahrens und die Parteien haben sich unterzuordnen. Darin äußert sich die Dominanz gesellschaftlicher Werte, die zur Ordnung von Verfahren geführt haben. Als oberste Werte oder Leitgedanken wurden angeführt: Rechtsschutz für alle Mitglieder der Gemeinschaft (im Austausch gegen den Verzicht auf Selbsthilfe/ Eigenmacht), Rechtsfrieden (Vermeidung von Gewalt), Rechtssicherheit, Gerechtigkeit, Rechtsstaatlichkeit (Ordnung und Zweckmäßigkeit des Gemeinwesens; Solons ‚Eunomia‘) uam.

52 Hierher gehören religionswissenschaftliche Überlegungen und noch weiter zurückreichende der Vergleichenden Verhaltensforschung: denn Ritualisierung dient schon im Tierreich der Konfliktvermeidung und dem Aggressionsabbau.

53 Dazu W. Schmitz (2004).

54 Wie des Vorverfahrens im Prozeß gegen *Neaira* (Demosthenes LIX); s. Thür 2003, 210.

55 Siehe auch Hagen 1972, 56.

- Für wichtig halte ich *angemessene Beschreibung der gesellschaftlichen Einbettung rechtlicher/gerichtlicher Verfahren* in die jeweilige Gesellschaft, was für frühe Verfahren besonders wichtig ist, etwa:
 - Wie werden die *Parteien an gefällte Entscheidungen gebunden*? Gesetzliche Regelungen sind meist der letzte Schritt.
 - Wie sind *Beweise* zu erbringen? – Nach Luhmann zeigt sich die „institutionelle Entwicklung ausdifferenzierter Verfahren“ am deutlichsten im *Beweisrecht*. Er unterscheidet „drei Formen des Zusammenhangs der Beweisführung mit außerverfahrensmäßigen Gesellschaftsstrukturen“.⁵⁶
 - [1] den *Gottesbeweis* (das Ordal), bei dem die Entscheidung höheren Mächten überantwortet wird,⁵⁷
 - [2] die *rollenabhängige Beweisführung*⁵⁸ und
 - [3] die *freie Beweiswürdigung* (durch den/ die Richter).⁵⁹

Das *Beweisrecht* und die auferlegte *Beweislast* lassen danach nicht nur Rückschlüsse auf die Verfahrensentwicklung zu, sondern auch auf die kulturelle (Gesamt)Entwicklung und das Verhältnis von Recht und Religion. – Das ist über die Rechtsgeschichte hinaus von Bedeutung!

Ich erinnere im Zusammenhang mit dem Beweisrecht an die Auseinandersetzung im alten Griechenland zwischen *Sophisten* (Antiphon!) und *Philosophie* (Platon!) um *Wahrheit* oder *Wahrscheinlichkeit*, bei der sich die Position der Sophistik als die realistischere durchgesetzt hat.⁶⁰

Die Beziehung von *Recht und Religion* wird im Veranstaltungstitel durch den Hinweis auf den ‚*Eid*‘ zum Ausdruck gebracht.⁶¹ – Als Orientierung und verständnisleitend für das Verhältnis von ‚Recht und Religion‘ in rechtlichen Verfahren können die aus *Kurt Lattes* Klassiker ‚*Heiliges Recht*‘ (1920/1964) ge-

56 Luhmann 1969, 60 ff.

57 Hier kommt erneut die Frage von ‚*Recht und Religion*‘ ins rechtliche Verfahren; Luhmann, aaO 60: „Das Verfahren selbst hat keine Autonomie, ja nicht einmal die Gesellschaft als Ganzes maßt sich an, entscheiden zu können. Die Entscheidung ist Bestandteil der magisch-religiös fundierten Lebensordnung. Von deren alternativloser Glaubenssicherheit ist die Überzeugungskraft und Legitimität der Entscheidung abhängig.“ – Realistische Einschränkung bei Luhmann, aaO Fn 2.

58 Was hat der An/Kläger, was der Beklagte/ Beschuldigte zu beweisen? Hier kommt es zu einer Gesamtwürdigung einer Person auch vor Gericht; Beispiele und nähere Erklärung bei Luhmann, aaO 61 f.

59 Luhmann, aaO 63 ff. – Vgl. ‚*Graeca*‘ Bd. II/1, Kap. II 3 (S. 109 f): ‚Wandel in der Rechtsprechung der Epheten‘ und S. 119 f.

60 Dazu ‚*Graeca*‘ Bd. II/1, Kap. II 4: ‚Der Wahrscheinlichkeitsbeweis‘ (S. 136 ff).

61 Vgl. Weber 1967, 222: „Der primitive Rechtsgang mündet [...], wo er streng formal [...] entwickelt ist, in ein ‚bedingtes Beweisurteil‘ aus, [...] am meisten den Fällen, wo heute auf einen Parteieid erkannt wird.“ Der Parteieid wurde in Deutschland erst durch Reichsgesetz vom 27. Oktober 1933, RGBl. I 780 beseitigt.

wonnenen Merksätze dienen: ‚*Wo staatliche Rechtsdurchsetzung (noch) schwach ist, werden zur Unterstützung die Götter angerufen*‘; und: ‚*Ein Erstarken von Gemeinschaft und Staat drängt religiöse Hilfsformen zurück*‘.⁶²

- Gelöst werden musste im Verfahrensrecht auch die Frage, ob der Richter ein *Non liquet* geltend machen konnte und was das bedeutete; oder ob bereits *Lückenfüllungsregeln* wie im antiken Griechenland existierten?⁶³
- Das *Verhältnis von Recht und Religion* leitet über zur Frage der (nicht nur in der Religion, sondern auch in rechtlichen Verfahren zum Ausdruck gelangenden) *Ritualität*. – Hier liegen wichtige Kompetenzen der *Religionswissenschaft* und der *Vergleichenden Verhaltensforschung*. – Man könnte sagen: Was in der Religion die *Liturgie*, ist für das Recht das *gerichtliche Verfahren*. – *Ritualisierung* spielt aber schon im *Tierreich* eine Rolle.⁶⁴ – Die uralte, ontogenetisch/ stammesgeschichtlich entwickelte Ritualisierung wird im Tierreich für verschiedene Zwecke eingesetzt (zur Vermeidung von Kampf bei der Verteidigung des Territoriums ebenso, wie bei der Liebeswerbung).⁶⁵ Die Menschen haben diese (ihnen im Tierreich evolutionär) vorgelagerte Entwicklung kulturell fruchtbar gemacht; im Recht etwa durch prozedurale Verfahrensregeln, die an die Stelle von Kampf, Selbsthilfe und Eigenmacht treten. Die Ähnlichkeiten sind bemerkenswert. Die Kultur förderte sich dadurch selbst, indem sie Aggression zurückdrängt und an ihre Stelle (sublimierend) normierte Verhaltensweisen (Verfahren) setzt, wodurch Leben, körperliche Unversehrtheit und Frieden in der Gemeinschaft gefördert werden!⁶⁶

62 Latte (1920/1964, 1 ff und 112): ‚Der Wert der Erkenntnis religiöser Formen für die Rechtsgeschichte liegt darin, daß sie die Fugen und Lücken im Bau einer noch unvollkommenen Gesetzgebung bezeichnen.‘ Dazu ‚*Graeca*‘ Bd. II/1, Kap. II 2: ‚Sakrale Verankerung frühen Rechts‘.

63 Dies leistete (neben Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen) vor allem der verbreitete *Richtereid*, der neben der Verpflichtung sich bei richterlichen Entscheidungen/ Tätigkeiten streng an das Gesetz zu halten auch den Hinweis enthielt, bei Fehlen einer Vorschrift nach bestem Wissen und Gewissen (also nach den allgemeinen Grundsätzen der Gerechtigkeit/ *δικαιοσύνη γνῶμη*) zu entscheiden. Darin steckt eine Entscheidungspflicht wie später im Art. 4 frCC, der jedoch dem Richter bei seiner Entscheidungsfindung keine Hilfestellung gibt. *Richtereide* sollen auch den ‚Grundsatz des beiderseitigen rechtlichen Gehörs‘ (*audiatur et altera pars*) enthalten haben.

64 Damit behaupte ich keine Identität der Ritualisierung im Tierreich mit Recht und Religion, vielmehr ist nur von einem analogen Verständnis auszugehen.

65 K. Lorenz 1964, 28 und 1974/2004, 20 ff (Korallenfische), 62 ff (Gewohnheit, Zeremonie und Zauber) und 110 ff: ‚Der Moral analoge Verhaltensweisen‘.

66 Dadurch werden wichtige kulturelle Bereiche – wie Fortpflanzung und Konfliktaustragung iWS – ‚ent-individualisiert‘ (iSv: der Selbsthilfe/ Eigenmacht entzogen) und ver-gesellschaftet. Vgl. auch meine Ausführungen zur Entstehung von ‚Rechtsbewußtsein und Rechtsgefühl‘ (2010a) und in ‚*Graeca*‘, Kapitel VII vor 1.

IV. Zusammenfassung – Thesen

- Seit Luhmann sprechen wir davon, dass *rechtliche Verfahren legitimieren*, was für die Konfliktaustragung selbst, die Umsetzung der Verfahrensergebnisse bis hin zum Einsatz von Zwangsgewalt und die Behauptung von obrigkeitlicher/herrschaftlicher Gewalt bedeutsam ist. Solche Verfahren binden die Parteien an getroffene Entscheidungen, unabhängig von ihrem Ausgang.
- Eine weitere Einsicht Luhmanns liegt darin, dass *rechtliche Verfahren* (aller Art), gesellschaftliche *Komplexität reduzieren* und dadurch Konflikte oft (erst) lösbar machen.⁶⁷ Es geht um eine Konzentration auf das Wesentliche, was sich an Kausalitätskonzepten veranschaulichen läßt. Hier wird die ‚Spreu von Weizen‘, denn es werden die juristisch relevanten von den unwesentlichen Bedingungen/ Ursachen getrennt. – Verfahrensregeln gehören daher zur ‚Grundausstattung‘ abend- und morgenländischer Rechtskultur. Ihre Institutionalisierung stellt nach Luhmann „weit geringere Anforderungen an die Gesellschaft und ihr politisches System als die Verfahren der politischen Wahl und der Gesetzgebung“.
- *Verfahrensrecht ‚kanalisiert‘ gesellschaftliche Konflikte* (im Sinne von: leitet sie in zivilisierte Bahnen) und macht Auseinandersetzungen zu gesellschaftlich geduldeten und kontrollierten; dadurch wird *Aggression* in *zivilisierte Konfliktlösung* überführt. – Das macht Konflikte zu *endlichen und berechenbaren Auseinandersetzungen* und vermeidet den Flächenbrand von Dauerfehden.⁶⁸
- Das Verfahrensrecht eröffnet daher auch rechtshistorisch interessante *Einblicke in* und *Rückschlüsse auf das politische System*, wobei (wie heute) zwischen Anspruch und Wirklichkeit zu unterscheiden ist.⁶⁹
- Erwähnen möchte ich auch die *tiefenpsychologischen Determinanten des Verfahrensrechts*.⁷⁰ – In der umstrittenen Frage des *Entstehens von Gerichtsbarkeit* deutet vieles darauf hin, dass die *Institution des Richters* die *Vaterfigur* (in Familie und Verwandtschaft) zum Vorbild hat und durch Projektion „in die Gesellschaft ihre soziale Dimension“ erlangt hat.⁷¹ – Dafür hat sich auch *Max Weber* ausgesprochen, für den der Hausherr/-vater nicht nur der „urwüchsige Träger aller

67 Luhmann 1969, 53.

68 So geschehen wahrscheinlich in Athen nach dem Kylonischen Frevel ~ 640 v., was Drakon auf den Plan gerufen haben dürfte; s. ‚Graeca‘, Bd. II/1, Kap. II 3.

69 Vgl. E. Otto 2003, 169: „Die Gerichtsverfassung ist im Alten Orient und in der Hebräischen Bibel von der jeweiligen politischen Verfassung abhängig.“ (Könige, Pharaonen etc.)

70 Ich verweise auf J. J. Hagen (1972, 76 ff) und Albert A. Ehrenzweig 1973, 320 ff. – Allgemein zu ‚Konflikt und Konfliktregelung‘: Raiser 2007, 273 ff.

71 Hagen (1972, 76) und schon Ehrlich 1989, 126 ff. – Für einen in *Israel* lange bestehenden Vorrang der Lokalgerichtsbarkeit von Laien (gegenüber professionellen Richtern) in familienrechtlichen Angelegenheiten: E. Otto 2003, 172 ff. – Anders wohl Thür (2003, 201 f unter Hinweis auf 1996, 58 ff), wo die Frage des Entstehens der Gerichtsbarkeit auf die Ableitung aus dem privaten Schiedsverfahren eingengt wird.

Verwaltung“ (und Regierung) war, sondern auch der ‚Rechtsfindung‘.⁷² Der in der Frühzeit die Gerichtsbarkeit für sich beanspruchende Herrscher übt die „genuinen Funktionen des Landesvaters [aus], von denen er sich auch nach der Einrichtung unabhängiger Gerichte noch das *Abolitions-* und *Begnadigungsrecht* bewahrte; und im übrigen sprachen die Gerichte Recht im Namen der jeweiligen Majestät, wodurch die Vorstellung vom obersten Gerichtsherrn noch in Umrissen erhalten blieb“.⁷³

- Zum *Verhältniss von Verfahrensrecht und Religion* erinnere ich an die aus dem Werk von Kurt Lattes gewonnenen *Merkregeln*.⁷⁴ – *Ritualisierung* kennen (noch) beide Bereiche; man denke an barocke Richterroben, die feierliche Urteilsverkündung oder die Pflicht sich bei der richterlichen Vernehmung (als Partei oder Zeuge/in) zu erheben. – Zu erinnern ist an R. Maschkes *Beobachtung*, wonach *für Recht und Religion* „keine getrennte Buchführung“ bestand.⁷⁵
- Insgesamt ist das *Verfahrensrecht* früher Kulturen (samt seinen religiösen Einschlüssen/ Relikten vornehmlich im Beweisrecht: Ordal/ Gottesurteil und Eid!) ein *historischer Indikator* für die Entwicklung eines Gemeinwesens und über die Rechtsgeschichte hinaus, auch für die Alte Geschichte, die Altorientalistik und sonstige an Historie interessierten Disziplinen wie Religions- oder Politikwissenschaft von Bedeutung.
- Ein noch weithin unbeackertes Feld stellen – wie erwähnt – die *Verfahrensgrundsätze/ -prinzipien* dar, die meist begrifflich noch nicht gefaßt sind, aber (verfahrenleitend und -begleitend) existierten; ich erwähne für Griechenland: *Öffentlichkeit*, *richterliche Unmittelbarkeit*, *Konzentrationsmaxime*, *ne bis in idem-Wirkung*, *Neuerungsverbot*, *audiatur et altera pars*, *in dubio pro reo* oder die Problematik *rückwirkender Gesetze* uam.⁷⁶

Aus den angeführten und weiteren Überlegungen zeigt sich, dass Verfahrensregeln *Verhaltensnormen* und als solche *Teil des sozialen Systems* sind; siehe N. Luhmann und J. J. Hagen. Daraus entstand ein legistischer Sog, praktizierte *Verfahrensregeln* nicht dem Gerichtsgebrauch (als Gewohnheitsrecht) zu überlassen, sondern sie *zu normieren und zu verschriftlichen*. – Mit fortschreitender Entwicklung stellten sich weitere Fragen, wie: - die *Trennung von Rechts- und Tatfrage*; - die *Gestaltung von Rechtsmitteln* und des *Instanzenzugs*; - *Rechtskraft* und - *Neuerungsverbot* (Prozeßökonomie!) und die weitere *Entwicklung von Verfahrensgrundsätzen* uam.

72 1967, 112. – In diesem Sinne schon Aristoteles.

73 Hagen 1972, 76.

74 Oben bei Anm. 62.

75 1926/1968, 112.

76 Dazu etwa in Bd. III/1, Kap. III 1 und ausführlicher in Bd. IV, Kap. VII 9: ‚Rechtsidee und Verfahrensrecht‘ von ‚Graeca‘ (beide Bände in Vorbereitung).

V. Verfahrensrecht als Zivilisierungsprojekt

Das Verfahrens- oder Prozeßrecht ist ein frühes *Zivilisierungsprojekt*. Es war zunächst kleinteilig (nachbarrschaftlich, dörflich, polisbezogen) angelegt und wird erst in der Folge auf größere Einheiten erstreckt; aber die Entwicklung bestand von Anfang an in einer *Verrechtlichung* bisher in Selbsthilfe ausgetragener Konflikte: Der *Verzicht der Gemeinschaftsmitglieder auf Selbsthilfe* und *Eigenmacht* wird konditional gekoppelt an einen (*staatlich*) *garantierten Schutz durch Recht und rechtliche Verfahren*. Das wurde auf unterschiedliche Weise zu erreichen versucht, da die politischen Herrschaftsformen unterschiedliche waren.⁷⁷ – Webers Darlegungen sind wichtiger für das Entstehen von staatlichem Recht, weniger dagegen für das Entstehen rechtlicher Verfahren.⁷⁸

In der Gegenwart wiederholt sich dieser Vorgang auf höherer Ebene: Es geht heute in gesellschaftlichen Kernbereichen nicht mehr nur um *nationale* oder *europäische Lösungen*, sondern auch um *weltweite, internationale*. Worum es heute geht, hat Jürgen Habermas in seinem Essay ‚Zur Verfassung Europas‘ deutlich gemacht: Es geht – wie in rechtlich früher Zeit – um eine Parallelverschiebung von Gewalt und Macht von kleineren auf größere Einheiten/ Gemeinschaften, von den *Nationalstaaten* auf *Europa* und von Europa auf die *Weltgemeinschaft*. – Dieses gegenwärtige, vielleicht letzte große Zivilisierungsprojekt der Menschheit schwingt im Hintergrund unserer Tagung mit. Von der hier behandelten ursprünglichen Entwicklung läßt sich für Gegenwart und Zukunft manches lernen.

77 M. Weber 1967, 261 ff. – Weber verweist auf Volksjustiz, fürstliche und organisierte Priestergewalt.

78 Webers Beispiele betreffen nicht die historischen Ursprünge und stammen aus späterer Zeit und er sieht noch kaum den *konditionalen Zusammenhang von Staatsentstehung und Verfahrensrecht*. – Diesen Zusammenhang belegt etwa das *Gesetz Drakons über den Umgang mit der Blutrache bei unvorsätzlicher Tötung* (samt Weiterentwicklung); s. Thür (2003) und meine Ausführungen in ‚Graeca‘ (Bd. II/1, Kap. II 4 und 5). Weber hat ihm keine, wie überhaupt der griechischen (Rechts)Geschichte zu geringe Beachtung geschenkt.

Literaturverzeichnis

- Allam Schafik 1973a: Das Verfahrensrecht in der altägyptischen Arbeitersiedlung von Deir El-Medineh (Tübingen, 1973)
- Allam Schafik 1973b: Hieratische Ostraka und Papyri aus der Ramessidenzeit (Tübingen, 1973)
- Aristoteles, Rhetorik. Übersetzt und hg. von G. Krapinger (Stuttgart, 1999)
- Barta Heinz 2010a: Zum Entstehen von Rechtsbewußtsein und Rechtsgefühl, in: Lang/Barta/Rollinger, Staatsverträge, Völkerrecht und Diplomatie im Alten Orient und in der griechisch-römischen Antike (2010) 1-25
- Barta Heinz 2010b: ‚Graeca non leguntur?‘ Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland, Bd. I (Wiesbaden, 2010)
- Barta Heinz 2011a: ‚Graeca non leguntur?‘ Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland. Archaische Grundlagen, Bd. II/1 und II/2 (Wiesbaden, 2011)
- Barta Heinz 2011b: Die Entstehung der Rechtsgeschichte, in: GS für Theo Mayer-Maly (Wien, 2011) 35-51
- Barta Heinz 2012: Antike Rechtsgeschichte – Heute?, in: Zeitschrift für Altorientalische und biblische Rechtsgeschichte/ ZAR 18 (2012) 249-262
- Barta Heinz/ Palme Rudolf/ Ingenhaeff Wolfgang (Hg.) 1999: Naturrecht und Privatrechtskodifikation. Tagungsband des Martini-Colloquiums 1998 (Wien, 1999)
- Barta Heinz/ Mayer-Maly Theo/Raber Fritz (Hg.) 2005: Lebend(ig)e Rechtsgeschichte. Beispiele antiker Rechtskulturen: Ägypten, Mesopotamien und Griechenland (Wien, 2005)
- Barta Heinz/ Pallaver Günther (Hg.) 2007: Karl Anton von Martini. Ein österreichischer Jurist, Rechtslehrer, Justiz- und Bildungsreformer im Dienste des Naturrechts (Wien/ Berlin, 2007)
- Below Karl Heinz/ Falkenstein Adam 1951: Paul Koschaker †, in: SZ/RA 68 (1951) IX-XIX
- Bolla Sibylle von 1953: Egon Weiß, † 1. Februar 1953, in: SZ/RA 70 (1953) 518-521
- David M. 1951: In Memoriam Paul Koschaker, in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 19 (1951) 501-503
- Durkheim Emile 1957: Professional Ethics and Civic Morals (London, 1957)
- Ehrenzweig Albert A. 1973: Psychoanalytische Jurisprudenz (Berlin, 1973; engl. Leiden, 1971)
- Ehrlich Eugen 1984: Grundlegung der Soziologie des Rechts (Berlin, 1984⁴)
- Geiger Theodor 1970: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. Mit einer Einleitung und internationalen Bibliographie zur Rechtssoziologie von P. Trappe (Neuwied am Rhein/ Berlin, 1970²)
- Habermas Jürgen 2011: Zur Verfassung Europas. Ein Essay (Berlin, 2011)
- Hagen Johann J. 1971: Allgemeine Verfahrenslehre und verfassungsgerichtliches Verfahren (München/ Salzburg, 1971)
- Hagen Johann J. 1972: Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre. Ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenstheorie (Freiburg, 1972)
- Honsell Heinrich 2008: Theo Mayer-Maly †, in: JBl 2008 242-244
- Honsell Heinrich 2009: Theo Mayer-Maly (16. 8. 1931-6. 12. 2007), in: SZ/RA 126 (2009) X-XX
- Kaser Max 1958: Artur Steinwenter zum siebenzigsten Geburtstag (17. Mai 1958), in: A. Steinwenter, Recht und Kultur. Aufsätze und Vorträge eines österreichischen Rechtshistorikers (Graz/ Köln, 1958) 7-13

- König René 1980: ‚Einleitung‘ zu E. Durkheim, *Die Regeln der soziologischen Methode* (Darmstadt/ Neuwied, 1980⁶)
- Koschaker Paul 1944: Leopold Wenger. Ein halbes Jahrhundert rechtsgeschichtlicher Romanistik, in: *FS für L. Wenger*, I. Bd. (München, 1944) 1-9
- Kramer Ernst A. 2006: Ernst Rabel – ein Lebensbild, in: *Basler Juristische Mitteilungen* 2006, 118-128
- Latte Kurt 1920/1964: *Heiliges Recht. Untersuchung zur Geschichte der sakralen Rechtsformen im antiken Griechenland* (Tübingen/ Aalen, 1920/1964)
- Lorenz Konrad 1974/2004: *Das sogenannte Böse. Zur Naturgeschichte der Aggression* (Wien, 1963; München, 1974/2004²⁴)
- Lorenz Konrad 1964: *Er redete mit dem Vieh, den Vögeln und den Fischen* (München, 1964)
- Luhmann Niklas 1969: *Legitimation durch Verfahren* (Neuwied am Rhein/ Berlin, 1969)
- Lukes Steven/ Scull Andrew (Ed.) 1983: *Durkheim and the Law* (Oxford, 1983)
- Manthe Ulrich 2003 (Hg.): *Die Rechtskulturen der Antike. Vom Alten Orient bis zum Römischen Reich* (München, 2003)
- Maschke Richard 1926/1968: *Die Willenslehre im griechischen Recht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Interpolationen in den griechischen Rechtsquellen* (Darmstadt, 1968; Berlin, 1926)
- Otto Eckart 2003: *Recht im antiken Israel*, in: Manthe (Hg.), *Die Rechtskulturen der Antike* (München, 2003) 151-190
- Parsons Talcot 1949: *The Structure of Social Action* (Glencoe/ Illinois, 1949²)
- Pringsheim Fritz 1951: Paul Koschaker †, in: *Gnomon* 23 (1951) 358-360
- Raiser Thomas 2007: *Grundlagen der Rechtssoziologie* (Tübingen, 2007)
- Schermaier Martin J. 2008: Nachruf: Theo Mayer-Maly †, in: *JZ* 2008, 408-409
- Schermaier Martin J. 2009: *In Memoriam Theo Mayer-Maly (1931-2007)*, in: *IURA* 57 (2008/2009) 521-526
- Schmitz Winfried 2004: *Nachbarschaft und Dorfgemeinschaft im archaischen und klassischen Griechenland* (Berlin, 2004)
- Steinwenter Artur 1925/1971: *Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischem Rechte* (München, 1971²)
- Steinwenter Artur 1955: Leopold Wenger (4. 9. 1874-21. 9. 1953), in: *Bayerische Akademie der Wissenschaften, Jahrbuch 1955* (München, 1955) 157-162
- Steinwenter Artur 1958: *Recht und Kultur. Aufsätze und Vorträge eines österreichischen Rechtshistorikers. Mit einer Widmung zum 70. Geburtstag von M. Kaser* (Graz/ Köln, 1958)
- Thür Gerhard 1996: *Oaths and dispute settlement in ancient Greek law*, in: Foxhall/ Lewis (Hg.), *Greek Law in its political setting* (Oxford, 1996) 57-72
- Thür Gerhard 2003: *Recht im antiken Griechenland*, in: Manthe (Hg.), *Die Rechtskulturen der Antike* (München, 2003) 191-238
- Weber Max 1967: *Rechtssoziologie* (Neuwied am Rhein/ Berlin, 1967)
- Weiss Egon 1922: *Erinnerung an Ludwig Mitteis. Nach einem am 24. Januar 1922 in der Deutschen Gesellschaft für Altertumskunde in Prag gehaltenen Vortrage* (Leipzig, 1922)
- Wenger Leopold 1952: *In Memoriam – Paul Koschaker*, in: *IURA* III (1952) 491-497
- Wolff Hans Julius 1956: Ernst Rabel †, in: *SZ/RA* 73 (1956) XI-XXVIII