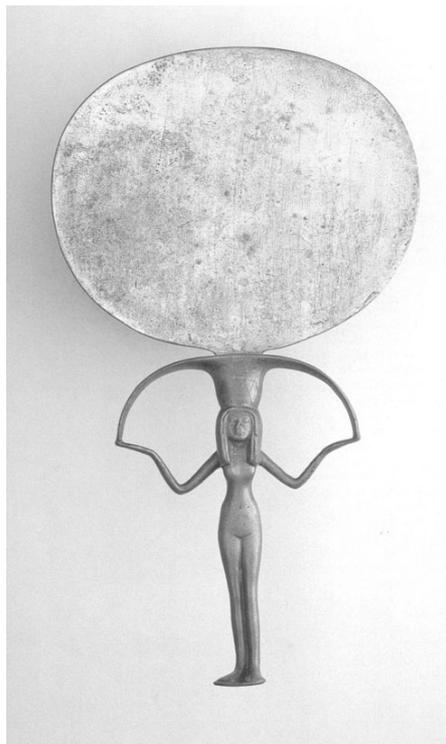


Heinz Barta, Theo Mayer-Maly, Fritz Raber (Hg.)

Lebend(ig)e Rechtsgeschichte

Beispiele antiker Rechtskulturen: Ägypten, Mesopotamien und Griechenland



Recht und Kultur

LIT

Die Reihe „Recht und Kultur“ befasst sich mit geltendem und historischem, aber auch künftigem Recht und will das Recht und seine Aufgaben daher rechtsphilosophisch, rechtspolitisch, aber auch rechtsvergleichend sowie intra- und interdisziplinär pflegen, zumal das Recht (in seinen verschiedenen Erscheinungsformen) auch künftig gesellschaftlich unverzichtbar sein wird; was nicht bedeutet, dass alles so bleiben wird, wie es ist. – Denn das Recht vermag – in wünschenswertem Zusammenwirken mit anderen (insbesondere sozial- und geisteswissenschaftlichen) Disziplinen – Gesellschaft „möglich“ zu machen, was künftig größere Anstrengungen erfordern wird und weniger selbstverständlich sein könnte, als es heute scheinen mag. Aber das Recht als Kulturprodukt zu erhalten, ist unsere Anstrengungen wert.

Das Recht und seine Geschichte als Teil der Kulturgeschichte zu verstehen, ist Anliegen der neu begonnenen Reihe. – Der vorgelegte erste Band will über das römische Recht (als monokausale Erklärung für die Entstehung des Rechts in Europa) hinaus auch das vernachlässigte griechische Recht einbeziehen und mit diesem das Recht des Vorderen und Alten Orients. – Dazu soll die Rechtsentwicklung als Teil der Wissenschaftsgeschichte in Erinnerung gerufen werden. – Interdisziplinarität soll dabei mehr sein, als ein Lippenbekenntnis.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

Tagungsprogramm

Theo Mayer-Maly, Rechtsgeschichte als Weg zur Rechtserkenntnis.
"Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte"

Heinz Barta, Die Entstehung der Rechtskategorie ‚Zufall‘. Zur Entwicklung des haftungsrechtlichen Zurechnungsinstrumentariums im antiken Griechenland und dessen Bedeutung für die europäische Rechtsentwicklung

Schafik Allam, Von der altägyptischen Frau. Einblicke ins Rechtsleben (vornehmlich für die Zeit 16.-10. Jh.v.u.Z.)

Hans Neumann, Der Beitrag Mesopotamiens zur Rechtsgeschichte – Bürgschaft und Pfand als Mittel der Vertragssicherung

Robert Rollinger, Neuassyrische Staatsverträge und Homer: Ein transkultureller Vergleich

Hans Erich Troje, Europa und griechisches Recht
(Frankfurter Antrittsvorlesung vom Sommer 1970)

Hans Erich Troje, Bemerkungen zu "Europa und griechisches Recht"
(Vortrag Innsbruck 11.12.2002)

Zu den Autoren

Heinz Barta

Die Entstehung der Rechtskategorie ‚Zufall‘

Zur Entwicklung des haftungsrechtlichen Zurechnungsinstrumentariums
im antiken Griechenland und dessen Bedeutung für die europäische
Rechtsentwicklung¹

„Erst wenn ich die gewollte Handlung vom ungewollten Erfolg trenne, ist die Anerkennung des fahrlässigen Delikts ermöglicht und umgekehrt: nur wenn das Recht ein fahrlässiges Delikt anerkennt, hat die Trennung von Handlung und Erfolg einen praktischen Sinn, d. h. sie ist erst dann möglich, da ein primitives Recht begriffliche Trennungen um ihrer selbst willen natürlich nicht vornimmt. Antiphon bildet die Brücke zwischen Beidem. Er geht zunächst von der bisherigen Auffassung der Einheit von Körperbewegung und Erfolg aus und gelangt von da aus durch scharfsinnige, zuweilen auch notgedrungen überscharfe und sophistische Deduktionen zu Resultaten, die im Effekt zur Trennung von Handlung und Erfolg führen, und schafft damit die Möglichkeit für die rechtliche Verwertung der Fahrlässigkeit.“

R. Maschke, Die Willenslehre im griechischen Recht 75 (1926)

Schon Griechen und Perser besaßen eine Vorliebe für didaktisch gut aufbereitete Rechtsfälle. Daran soll mit einem berühmten Fallbeispiel – An-

¹ Diese Ausführungen stellen die gekürzte Fassung meiner Darlegungen im künftigen Buch „Graeca non leguntur“? – Zum Ursprung des europäischen Rechts(denkens) im antiken Griechenland“ dar. Die hier vorgelegte Kurzversion stimmt auch nicht völlig mit dem im Rahmen der Tagung gehaltenen Vortrag überein, zumal der Vortrag ohne Manuskript nur unter Heranziehung einiger Folien gehalten wurde. Vieles musste hier aus Platzgründen wegbleiben; etwa meine Stellungnahme gegen die herrschende Ansicht, dass Rhetoren und Logographen keine Juristen waren und nicht einmal mit Rechtsanwälten zu vergleichen seien. Ähnlich verhält es sich mit der Einschätzung des Wahrscheinlichkeitsbeweises (schon durch die antike griechische Philosophie) u. a. m. – Im Vortrag konnte ich zudem vieles nur andeuten.

tiphons *Zweiter Tetralogie*² – erinnert und zusätzlich gezeigt werden, welch' geballtes juristisches Problembewusstsein in derartigen griechischen Schulfällen bereits steckte. Das ist nicht nur juristisches Anfängerwissen oder ‚billige‘ Gerichtsrhetorik, sondern bereits frühes rechtswissenschaftliches Problemdenken³, als Ergebnis einer geistigen Zusammenführung von Rhetorik/ Logographentum, Sophistik, Gerichtspraxis und früher Philosophie; wobei zu dieser juristischen Entwicklung wohl auch schon andere Disziplinen – insbesondere die Medizin und die Geschichtsschreibung beigetragen haben mögen, die ebenfalls begonnen hatten sich als eigenständige Fächer des jungen Wissenschaftskanons zu etablieren.⁴ – Dies nicht hinreichend beachtet zu haben, stellt ein Versäumnis der (antiken) Rechtsgeschichte dar, zumal mit R. Maschkes fundiertem Werk⁵ bereits wichtige Einsichten aufbereitet waren.

Ich behandle die *Zweite Tetralogie* als griechischen Musterfall eingehender, weil damit gezeigt werden kann, dass darin nicht nur bedeutende wissenschaftliche Fortschritte im Bereich der haftungsrechtlichen Zurechnungselemente *Kausalität* und *Fahrlässigkeit* erzielt wurden – was schon R. Maschke (1926) aufgezeigt hat, sondern auch, was neu ist, die Rechtskategorie ‚*Zufall*‘ gleichsam als nicht unbedeutendes Nebenprodukt dieser grundlegenden haftungsrechtlichen Einsichten Antiphons entstanden war.⁶

² Die Sachverhaltsschilderung findet sich bei Anm. 41. – Im Buch werden weitere Fälle erwähnt und kurz behandelt, um die Meinung zurechtzurücken, die Griechen hätten keine aufbereiteten ‚(Rechts)Fälle‘ gekannt.

³ In diesem Sinne auch R. Maschke, *Die Willenslehre im griechischen Recht*, insbesondere 69 ff (1926).

⁴ Dazu mehr in Punkt 6.

⁵ *Die Willenslehre im griechischen Recht* (1926). – Maschkes bedeutendes Buch hatte früh vieles klargestellt, seine Rezeption lässt aber bis heute zu wünschen übrig; sei es, dass es nicht zur Kenntnis genommen wurde, sei es, dass Maschke nur selektiv und nicht repräsentativ zitiert und anerkannt wurde

⁶ Im Rahmen der Behandlung der *Zweiten Tetralogie* kann aber nur kurz auf Antiphons *Erste* und *Dritte Tetralogie* sowie die *Sechste Prozessrede*, den *Choreutenfall*, eingegangen werden. – Im Buch gehe ich auch auf die Person Antiphons näher ein. – Die Bearbeitung von E. Carawan, *Rhetoric and the Law of Draco* (1998) geht auf die hier behandelten Fragen nicht oder nur am Rande ein.

Richard Maschke hat (wie andere vor und nach ihm) noch nicht erkannt, dass das in der Zweiten Tetralogie von Antiphon aufbereitete rechtswissenschaftliche Ergebnis – das konkret die drohende Haftung eines jugendlichen Angeklagten abwenden sollte und darüber hinaus darauf bedacht war, auch grundsätzliche rechtliche Klarstellungen für die Zukunft zu treffen – neben den erwähnten Fortschritten in den Bereichen Kausalität und Fahrlässigkeit bereits auch den Zufall hat entstehen lassen. Dies wurde dadurch möglich, dass – worauf Maschke hinweist – sowohl die Kausalität des Angeklagten (durch die Annahme einer Unterbrechung seines Kausalzusammenhangs), als auch dessen Verschulden (im Sinne von subjektiv vorwerfbarer Fahrlässigkeit) verneint wurden. Das sich aus diesen beiden zurechnungstheoretischen Schöpfungen ergebende rechtsdogmatische Nebenprodukt war der Zufall (als neue Rechtskategorie). – Antiphons bereits rechtswissenschaftlich zu nennendes juristisches Denken hat aber schon deutlich gemacht, dass der Entstehungsprozess der rechtlichen Haftungszurechnung nicht nur ein differenzierender, sondern zugleich ein die einzelnen Haftungselemente miteinander in Beziehung setzender Vorgang war. Dabei wurde vom Recht gefordert, eigene – d. h. vom naturphilosophischen, medizinischen, historischen und philosophischen Denken unabhängige, also autonome – Wege zu gehen. Das Ergebnis solch' autonomen rechtswissenschaftlichen Denkens bestand für den Bereich der Kausalität darin, dass durch ein rechtliches Bewerten menschlichen Verhaltens (Handelns und Unterlassens) eine an und für sich bestehende natürliche Kausalbeziehung ‚geistig‘ im Sinne einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durchtrennt werden konnte, aber auch mehrere Kausalreihen wertend miteinander verglichen, in Beziehung gesetzt und einer von ihnen haftungsrechtlich der ‚Vorzug‘ – im Sinne von konkreter juristischer Zurechnung – eingeräumt werden konnte; überholende Kausalität. Das stellte eine bedeutende rechtswissenschaftliche Einsicht dar und eröffnete den Weg zur Lösung neuer rechtlicher Fragen. – Dass damit auch eine beachtliche Entfaltungsmöglichkeit für rhetorische Fähigkeiten verbunden war, sollte nicht verwundern und mindert die rechtlichen Leistungen nicht. – Auch die Kategorie ‚Zufall‘ war das Produkt eines solchermaßen autonom verstandenen wertenden Rechtsverständnisses im Rahmen der entstehenden Haftungszurechnung. Denn die Annahme einer Haftungsausschluss-Kategorie ‚Zufall‘ setzte voraus, dass ein konkret zurechnendes Bewerten eines Sachverhalts sowohl hinsichtlich der Kausalität, als auch hinsichtlich der Annahme eines möglichen Verschuldens/ Fahrlässigkeit negativ beschieden wurde. – Dies früh und vielleicht als erster erkannt und wissenschaftlich-argumentativ vertreten zu haben, macht unter anderem Antiphons juristische Größe aus.

Es ist noch heute wichtig und im Rahmen der Erklärung des Schadenersatzrechts unerlässlich, darauf hinzuweisen, dass es nicht selbstverständlich ist, Schadenersatz zu erlangen. Viele Schäden bleiben nämlich uner-

setzt.⁷ – Hier wird der Frage nachgegangen, wie die Rechtskategorie ‚Zufall‘ entstanden ist und woher diese nicht unbedeutende Rechtsfigur stammt, die heute in Österreich in § 1311 Satz 1 ABGB vorbildlich geregelt ist; dazu später.

Die oft schwierigen rechtlichen Fragestellungen bei Rhetoren, Sophisten und Logographen werden von Historikern, Philologen, Philosophen und auch von Rechtshistorikern, die mitunter offenbar kaum über nennenswerte (aktuelle) Rechtskenntnisse verfügen, übersehen oder doch nicht immer richtig bewertet. Das wird bei Antiphon wie in einem Brennglas deutlich: So erkennen bspw. Schirren/ Zinsmaier – wie andere vor und nach ihnen⁸ – die tieferen Probleme der Zweiten Tetralogie ebenso wenig wie andere rechtlich relevante Fragestellungen. Besonders deutlich wird ein solches Missverstehen auch in H. Erbses Interpretation von Antiphons Choreutenrede, auf die im Anschluss kurz eingegangen wird.⁹

Die lang gezogene Entwicklung des rechtsdogmatischen Erfassens und Einordnens des rechtlichen ‚Zufalls‘ (im Rahmen des sich schrittweise ausdifferenzierenden haftungsrechtlichen Zurechnungsinstrumentariums) blieb wohl auch deshalb bisher unerkannt. – In der rechtshistorischen Bewertung Antiphons hat dies, obwohl schon bisher meist hoch eingeschätzt, immer noch zu seiner Unterschätzung geführt. – Der angedeutete Entwicklungsprozess reicht von der sakralrechtlich-sittlichen Lösung des Delphischen Apollon, Drakon und Solon, über Anaxagoras, Protagoras und Perikles, vielleicht auch Prodikos von Keos und Hippias von Elis (als möglichen Anregern Antiphons), also die frühe Sophistik mit Antiphon und Thukydides – mit einigem zeitlichen Abstand – bis hin zu A-

⁷ Es ist ein Verdienst Franz Gschnitzers, in seinem Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts deutlich darauf hingewiesen und zugleich den Konnex des schadensrechtlichen Ersatzes mit der Frage des ‚Zufalls‘ betont zu haben; vgl. F. Gschnitzer, Schuldrecht besonderer Teil und Schadenersatz 143 f, 150, 171 (1963) sowie in der zweiten Auflage des Lehrbuchs Schuldrecht Besonderer Teil insbesondere 419 f, 430 f (1988); vgl. auch meine Ausführungen zum ‚Zufall‘, in: Zivilrecht II 579 f (2004).

⁸ Vgl. auch die Hinweise in Anm. 56. – Wie erwähnt behandelt auch E. Carawan, Rhetoric and the Law of Draco (1998) Antiphons Zweite Tetralogie nur in bestimmter Hinsicht, nicht aber bezüglich der hier aufgeworfenen Fragen.

⁹ Dazu insbesondere ab Anm. 26.

naximenes von Lampsakos sowie Platon und Aristoteles¹⁰, umfasst demnach einen historisch überschaubaren Zeitraum von etwa 300 Jahren.¹¹

Ich habe die Behandlung dieser differenzierten und über Jahrhunderte reichenden Entwicklung – die ein Herzstück der gesamten europäischen Rechtsentwicklung betrifft – eingehend dargestellt: Der zunächst ausführlicher behandelte erste Fragenbereich zeigt, wie unhistorisch auch die Behauptung ist, die Griechen hätten keine Rechtsfälle (und damit keine angemessene juristische Ausbildung im Rahmen des Rhetorikunterrichts) gekannt. Dieser Teil der Darstellung versucht deutlich zu machen, weshalb die immer noch verbreitete Meinung aufgegeben werden sollte, nach der die Logographen keine Juristen waren. Hier wirken alte Fehleinschätzungen nach. – Die Behandlung von Antiphons *Zweiter Tetralogie* ist im Buch im Rahmen der Darstellung von Drakons Gesetzgebung (im Kontext der Entwicklung von der Erfolgs-, zur Verschuldenshaftung) angesiedelt.¹² Drakon setzte nämlich in dieser rechtshistorischen Entwicklungslinie des Ausdifferenzierens der rechtlichen Zurechnung und Haftung, den ersten – wenn auch noch unbewussten – (legistischen) Schritt, zumal er nicht nur die sakralrechtlich-sittlich (Delphi!) bereits bestehende Unterscheidung zwischen unsühnbarem vorsätzlichen und sühnbarem unvorsätzlichen Handeln in seine Gesetzgebung aufnahm, sondern darüber hinaus auch schon – wie wir sehen werden – aus dem Bereich des unvorsätzlichen Handelns Fallgruppen als Ausnahmen von der Haftung ausgenommen und signifikant abweichend sanktioniert hat. Zu dieser Gruppe von Ausnahmefällen zählen auch die uns interessierenden ‚Wettkampfunfälle‘.

1. Antiphons ‚Zweite Tetralogie‘: Der Speerwurf

Ich gehe in der Folge auf Antiphons berühmte *Tetralogien* ein¹³, wobei insbesondere Antiphons *Zweite Tetralogie* eingehender behandelt wird¹⁴,

¹⁰ Dazu insbesondere in Punkt 5.

¹¹ Weitere ‚Funde‘ in dieser Entwicklungskette können nicht ausgeschlossen werden.

¹² Auf diese Entwicklung kann hier nicht näher eingegangen werden.

¹³ Zur Frage der Echtheit der Tetralogien vgl. Maschkes Ausführungen, in: Die Willenslehre im griechischen Recht 69 f. – Zwei der drei erhaltenen „Tetralogien“, darunter die hier behandelte „Zweite“, sind nunmehr bei Schirren/ Zinsmaier, Die Sophisten 120 ff (2003) zusammen mit einer Einführung abgedruckt und daher leicht zugänglich. Der eigene Leseindruck ist nämlich durch nichts zu ersetzen! – Zu Antiphons sophistischer Umgebung und seinem sonstigen Werk vgl. die Ausführungen im Buch in Kapitel VI 4.

zumal diese entgegen manch' anderer Einschätzung, einen Schulfall mit Praxisrelevanz und gleichzeitiger theoretisch-rechtspolitischer Bedeutung beinhaltet, dessen künftige Lösung zur Zeit der Abfassung durch Antiphon rechtlich wohl noch in Schwebelage war.¹⁵

Die *Zweite Tetralogie* reflektiert – so meine These – unter anderem die hier behandelte Thematik der Entstehung der juristischen Zurechnungsausschluss-Kategorie ‚Zufall‘. Dabei geht es um ein neues, vertieftes und differenzierendes Verständnis des praktisch – insbesondere strafrechtlich – in Griechenland seit Jahrhunderten bedeutenden Rechtsbereichs der unvorsätzlichen Tötung: Dieser Bereich wurde im Rahmen der geschilderten Entwicklung argumentativ in einen – wenn auch noch in sich undifferenzierten – Fahrlässigkeits- (terminologische Neuschöpfung: insbesondere ἁμαρτήματα /schuldhafte Verfehlung, aber auch schon ἁμέλεια /Sorgfaltsverstoß) und einen, terminologisch ebenfalls von Antiphon vorgeschlagenen und verwendeten (wenn auch damals noch nicht endgültig benannten) Bereich¹⁶ des (nicht mehr zurechenbaren) ‚Zufalls‘, der Τύχη/ τύχη, zerlegt.¹⁷ Dieser – keineswegs nur rechtspraktische, sondern zuletzt bereits wissenschaftlich-systematisierende – Vorgang wird in der Folge dargestellt.

Darüber hinaus finden sich in der Zweiten Tetralogie auch noch weitere materiell-, wie verfahrensrechtlich interessante und rechtspraktisch wie rechtstheoretisch relevante Probleme, auf die hier aber nur beschränkt eingegangen wird: Eingeschlossen sind darin

¹⁴ Gestreift oder kurz eingegangen wird aber auch auf andere Werke Antiphons, seien es Tetralogien oder Gerichtsreden; so insbesondere auf die *Dritte Tetralogie* bei Anm. 120 ff und die *Sechste Gerichtsrede*, die berühmte *Choreutenrede*, ab Anm. 26 ff.

¹⁵ Ich verweise von hier aus auf die Ausführungen in Punkt 5 zur *Entwicklung des Verschuldens- und Fahrlässigkeitssektors* samt dessen Abgrenzung vom ‚Zufall‘.

¹⁶ Die Terminologie bildet sich nur allmählich heraus und ist zunächst für die Bereiche Kausalität, Verschulden und Zufall schwankend; zur Kausalität: Maschke, Die Willenslehre im griechischen Recht 73 Fn 1 mit Beispielen.

¹⁷ Vgl. den Text bei Schirren/ Zinsmaier, Die Sophisten 130. Es handelt sich dabei zwar um ein kausal vom Schädiger ausgehendes Verhalten, das aber – mangels eines gesellschaftlich zurechenbaren Verschuldens – nicht mehr haftbar macht. Das wurde möglich, weil im Rahmen der (auch) rechtlichen Mediatisierung „das Unglück nicht [mehr als] durch göttliche Vorsehung“ (Schirren/ Zinsmaier, Die Sophisten 171) gesteuert betrachtet wird.

nämlich auch Fragen der Weiterentwicklung der alten Erfolgs- in Richtung einer verfeinerten Verschuldenshaftung¹⁸ sowie auch schon Fragen der frühen Kausalzurechnung¹⁹ und – damit zusammenhängend – des Prima-Facie- oder Wahrscheinlichkeitsbeweises.²⁰

Der Gedanke des rechtlichen ‚Zufalls‘ erlangte, einmal erkannt und mit Konsequenz gefasst, über das Strafrecht hinaus²¹ auch im zivilen Schadenersatz- und Haftpflichtrecht einen bedeutenden Anwendungsbereich und verlangte schließlich auch im allgemeinen Zivilrecht (zB dem Schuldrecht) Anerkennung.²²

Bereits bei Platon findet sich die Überlegung einer über das Strafrecht hinausweisenden Wiedergutmachung aller zugefügten Schäden; so verlangt Platon in Nomoi IX 862b ff von einem Gesetzgeber „... den Schaden [...] durch seine Gesetze möglichst unschädlich zu machen, indem er das Verlorene wiederherstellt, das von jemandem Umgestürzte wiederaufrichtet und das Getötete oder Verwundete wieder heilt; und wenn so durch Wiedergutmachung eine Aussöhnung zwischen den Urhebern und den Opfern einer jeden Schädigung zustande gekommen ist, muss er allemal versuchen, sie durch seine

¹⁸ Insbesondere bereits die Kreation des wegweisenden Fahrlässigkeitsverständnisses. – Vgl. auch Schirren/ Zinsmaier, Die Sophisten 130 und insbesondere R. Maschke, Die Willenslehre im griechischen Recht 69 ff.

¹⁹ Nämlich Äquivalenz- und Adäquanzansätze und weiteres: Dazu eingehend Maschke, Die Willenslehre im griechischen Recht 72 ff sowie Carawan, Rhetoric and the Law of Draco 251 ff: Antiphon 6: Causation and the Law (1998); vgl. auch Schirren/ Zinsmaier, Die Sophisten 130 f.

²⁰ Text bei Schirren/ Zinsmaier, Die Sophisten 139. – Zu den modernen Fragen juristischer Kausalität und zum Anscheinsbeweis vgl. mein Zivilrecht II 590 ff und 611 ff (2004).

²¹ Im Strafrecht, aus dem die Rechtsfigur stammt, spielt sie heute keine Rolle mehr und wird in Lehrbüchern kaum mehr erwähnt.

²² So haftete der Schuldner seinem Gläubiger schließlich bei der Erfüllung seiner Schuldnerpflichten sowohl für doloses und schuldhaftes Verhalten, nicht aber für Zufall. Ob diese bürgerlichrechtlichen Anfänge schon griechische Wurzeln hatten, wissen wir nicht. In Rom waren sie in republikanischer Zeit vorhanden. – Der Haftungsgedanke im allgemeinen privaten Schuldrecht ist dabei ganz derselbe wie ursprünglich im griechischen Strafrecht, von wo er seinen Ausgang nahm. Verantwortung und Haftung setzen ein vorwerfbares Verhalten voraus, sei es im Straf- oder Privatrecht und hier wiederum im Schadenersatzrecht oder im allgemeinen Schuldrecht. Und wo ein vorwerfbares Verhalten fehlt, endet grundsätzlich auch die juristische (Nachteils- oder Schadens)Zurechnung im Rahmen des rechtlichen Schadensausgleichs.

Gesetze aus der Zwietracht zur Freundschaft hinzuführen.“²³ In Nomoi 862d spricht Platon von der „Wiedergutmachung des Schadens“.²⁴

Die rechtlich behandelten Fragen des ‚Zufalls‘, die nicht nur in der Frühzeit des Rechtsdenkens in engem Zusammenhang mit solchen der Kausalität und des Verschuldens behandelt wurden, zeitigten offenbar auch Auswirkungen auf andere Disziplinen; insbesondere auf die Geschichtsschreibung (Thukydides) und die Philosophie (Platon, Aristoteles, Theophrast, Demetrios von Phaleron) sowie die Rhetorik (zB Anaximenes von Lampsakos), worauf im Buch eingegangen oder wenigstens hingewiesen wird; und diese Fragen rund um den ‚Zufall‘ waren wohl ihrerseits die Folge einer bereits wissenschaftlich zu nennenden Auseinandersetzung mit und vielleicht auch eines Einwirkens anderen Disziplinen auf das Rechtsdenken. Schon Richard Maschke erwähnt *Medizin* und *Naturphilosophie* als theoretisch anregende Disziplinen.²⁵

- Der ‚Zufall‘ spielte rechtlich aber nicht nur in Antiphons *Zweiter Tetralogie* eine Rolle, sondern kommt insbesondere auch in seiner *Sechsten (Gerichts)Rede* über den Choreuten – *Περὶ τοῦ χορευτοῦ* vor, deren Datierung H. Erbse²⁶ unter Berufung auf B. D. Meritt (1928) in die Jahre

²³ Diese Ausführungen Platons weisen darauf hin, dass er nicht nur bereits den Gedanken des *Schadensausgleichs* kannte und sogar in den Vordergrund gestellt, sondern auch den der *Naturalrestitution* vertreten hat. Hervorzuheben ist ferner, dass er neben die bis heute üblichen Zielsetzungen des Schadenersatzrechts (Schadensausgleich, Prävention, Vergeltung) zusätzlich noch den *Versöhnungsauftrag* des Gesetzgebers (zwischen Opfer und Schädiger) kennt, was modern gedacht ist. Erstaunlich ist es ferner, dass Platon schon so früh auch den funktionalen Zusammenhang zwischen dem *Schadensausgleich* (des von uns schließlich so benannten Schadenersatzrechts) und der ‚ungerechten‘ *Bereicherung* erkannt hat. In *Nomoi* 862cd bezieht er nämlich in die „Heilung der Ungerechtigkeit“ neben der Wiedergutmachung von Schäden/ βλάβας auch „Bereicherungen“ (κέρδη von κερδαίνω) ein. – In jüngster Zeit sind wieder Tendenzen feststellbar, Schadenersatz- und Bereicherungsrecht einander anzunähern.

²⁴ Hier zeigt sich auch sehr schön, die auch noch für uns wichtige Orientierung Platons an der Rechtsidee, auf die im Buch in Kapitel VII 1 näher eingegangen wird.

²⁵ Die Willenslehre im griechischen Recht 92. – Darauf wird bei Anm. 241 ff eingegangen.

²⁶ Über Antiphons Rede über den Choreuten 46, in: *Hermes* 91 (1963) 17 ff = Anastassiou/ Irmer (Hg), *Kleinere attische Redner* 40 ff (1977). – Erstaunlicher Weise geht

419/18 v. C. setzte.²⁷ Diese Rede ist danach einige Jahre jünger als die *Zweite Tetralogie*, die zwischen 430 und 420 v. C. anzusetzen ist.²⁸ – Maschke bringt in seinem Buch eine knappe Sachverhaltsdarstellung der *Choreutenrede*.²⁹

„Der Angeklagte hatte die Liturgie zweier Knabenchöre übernommen, deren Ausbildung und Verpflegung einem von ihm bestellten χοροδιδάσκαλος [chorodidaskalos] übertragen und seinen Schwiegersohn Phanostratos mit der Aufsicht betraut, da er selbst durch dringende Geschäfte, wie er behauptet, verhindert war, sich um die Angelegenheit zu kümmern. Einem der Chorknaben war nun – nach Angabe der Hypothese zur Verbesserung seiner Stimme – ein Pharmakon gereicht worden, an dem er starb.“³⁰

Maschke geht im Choreutenfall im Rahmen seiner Auseinandersetzung von einer Klage auf Pharmakeia verbunden mit einer Klage wegen Buleusis (= planmäßiges ränkevolles Ersinnen der Tat)³¹ aus. Seine tieferschürfenden Darlegungen der rechtshistorisch bedeutenden Entwicklungen im Rahmen der „Buleusis“³² lassen erahnen, dass das griechische Recht und sein Rechtsdenken entscheidende Vorarbeit für die römische Lex Aquilia (~ 287/6 v. C.)³³ und vor allem auch schon deren Weiterentwicklung geleistet haben. Denn

Erbse in seiner Abhandlung nicht auf die rechtliche Relevanz des ‚Zufalls‘ ein. Das gilt grundsätzlich auch für Maschke, der aber eingehend Fragen der Kausalität und des Verschuldens bei Antiphon behandelt, den ‚Zufall‘ dagegen nur streift.

²⁷ Dazu auch R. Maschke, *Die Willenslehre im griechischen Recht* 92 ff (1926).

²⁸ Nach U. Schindel, *Ursprung und Grundlegung der Rhetorik in der Antike*, in: C. J. Classen/H. J. Mullenbrock (Hg), *Die Macht des Wortes. Aspekte gegenwärtiger Rhetorikforschung* [(5)] (Marburg, 1992) sind Antiphons Tetralogien zwischen 440 und 420 v. C. entstanden.

²⁹ *Die Willenslehre im griechischen Recht* 92; dazu auch bei Anm. 36 ff.

³⁰ Ich beschränke mich hier aus Platzgründen auf die Wiedergabe des Ergebnisses der sich mit meinen Überlegungen ebenfalls ändernden Einschätzung der *Choreutenrede*. Im Buch findet sich hier eine eingehendere Auseinandersetzung.

³¹ Dazu eingehend Maschke, *Die Willenslehre im griechischen Recht* 83 ff und 92 ff.

³² AaO 83 ff, insbesondere 90 ff.

³³ Anders als das römische Recht in der Lex Aquilia bezog das griechische Recht (sdenken) aber nicht nur die deliktische Sachbeschädigung in seine Regelung ein, sondern behandelte – ausgehend vom *Phonos*, also den Tötungsdelikten – bereits das gesamte Deliktsspektrum. – Die rechtliche Weiterentwicklung – nicht nur im Kausalitätsbereich, sondern auch im gesamten deliktischen Bereich – hin zu einer *allgemeinen Schadensklage* und „Vorbild der *actio doli*“ (Maschke, aaO 101), verlief dabei über die *δίκη βουλευσεως*, woauf im Buch eingegangen wird.

der Wandel von der ursprünglich auch in Griechenland ausschließlich anerkannten unmittelbaren Kausalität (*corpore corpori datum*) zum Anerkennen einer erweiterten mittelbaren Kausalität stellt bereits eine griechische Entwicklung dar, mag das auch 80 Jahre nach Maschkes Buch immer noch nicht rezipiert worden sein.³⁴

H. Erbse hat das zentrale rechtliche Thema der Choreutenrede klar herausgestellt: Antiphons rechtlich-argumentatives Abstellen auf den Zufall. – Erstaunlicherweise hat sich Erbse in seiner Studie aber nicht gefragt, warum Antiphon sich so entschieden auf (die neue Rechtsfigur) ‚Zufall‘ stützte, wenn dies – wie Erbse meinte – ohnehin aussichtslos war. Ist es doch nicht gerade wahrscheinlich, dass sich ein berühmter Redner eine derartige Blöße gibt! Er hatte ja schließlich auch einen Ruf zu verteidigen! Hier wird in Erbses Argumentation ein tiefer innerer Widerspruch sichtbar, der ein wissenschaftliches Vorurteil sichtbar macht, das kurz gesagt in folgendem besteht: Nach Erbse verführte die Aussichtslosigkeit der Rechtssituation Antiphon dazu, rhetorisch fragwürdige Wege einzuschlagen. Aber dieser Schluss Erbses erweist sich allein dadurch als unzutreffend, dass Antiphons Abstellen auf ‚Zufall‘ keineswegs so aussichtslos war, wie Erbses ganz offenbar bloß umgangssprachliches Verständnis dieser Rechtsfigur meinte annehmen zu müssen. Erbse war sich offenbar nicht im Klaren darüber, was es juristisch bereits damals bedeutete, prozessual ‚Zufall‘ einzuwenden. Und erst recht nicht über die historische Tatsache, dass sich diese Zurechnungsfigur just in der Zeit Antiphons und sehr wahrscheinlich gefördert durch dessen juristisch-geistige Leistung rechtsdogmatisch (parallel zu anderen *Techne*-Bereichen: nämlich Naturphilosophie, Medizin und Geschichtsschreibung und schließlich auch die Philosophie) entwickeln konnte.

Im Choreutenprozess wird jedenfalls die Verteidigungsstrategie (Antiphons) auf ‚Zufall‘ gestützt, diese Rechtsfigur aber – und das muss betont werden – erstaunlicher Weise nicht mehr näher thematisiert, was zu interpretativer Vorsicht hätte mahnen müssen. Diese Vorgangsweise spricht nämlich meines Erachtens sowohl für ein früheres Abfassen der Zweiten Tetralogie, als auch – darüber hinaus – dafür, dass die rechtliche Relevanz des ‚Zufalls‘ mittlerweile in der (Gerichts)Praxis wenigstens schon bekannt war, wenn sie sich nicht sogar schon eingelebt hatte; ob auch schon durchgesetzt, sei aber dahingestellt. Eine solche Annahme vermag nämlich zu erklären, warum in der Choreutenrede – die im Gegensatz zur Zweiten Tetralogie eine Gerichtsrede ist! – der ‚Zufall‘ bereits ganz selbstverständlich als Haftungsausschluss-Argument verwendet wird, ohne auf ihn noch näher einzugehen und ihn zu erklären.³⁵ Das war nämlich – wie ich meine

³⁴ Ich gehe im Buch näher auf Maschkes Hinweis auf Platons bedeutenden Entwicklungsbeitrag ein.

³⁵ H. Erbse geht weder darauf, noch auf die rechtliche Bedeutung des ‚Zufalls‘ ein und versteht daher offenbar den rechtlich-prozessualen Stellenwert von Antiphons zentralem Verteidigungsargument nicht. Dennoch wertet er Antiphons Argument ab.

– bereits mit der Zweiten Tetralogie (und vielleicht anderen Fällen, die nicht auf uns gekommen sind oder in Antiphons Lehrbuch) geschehen.

Der Begriff ‚Zufall‘ taucht jedenfalls auch in der Choreutenrede mehrfach auf – vgl. die Hinweise bei Erbse, aaO 41³⁶, 45³⁷, 51³⁸ und 63³⁹ – und wird von Antiphon jeweils klar als Haftungsentlastungsargument eingesetzt. Im Gegensatz zu Erbse halte ich daher dafür, dass Antiphon das rechtliche Argument ‚Zufall‘ im Prozess seriös eingesetzt hat; mag auch damals um seine rechtliche Anerkennung und Durchsetzung in der Praxis noch gerungen worden sein. Antiphons Verteidigungsstrategie erblickte in der Tötung des Chorknaben rechtlich (!), mangels eines (zurechenbaren) persönlichen Verschuldens des Angeklagten, einen ‚Zufall‘ und versprach sich von dieser Argumentation offenbar gerichtlichen Erfolg. Grundsätzlich aufbereitet worden war von ihm diese Rechtsfigur ja jedenfalls bereits in der Zweiten Tetralogie. Wenn H. Erbse die Bedeutung dieses Arguments als irrelevant abtut, deutet das darauf hin, dass er – wie andere vor und nach ihm – seine juristische Bedeutung nicht erkannt hat, was noch ausgeführt werden soll. Wir stehen offenbar, wie bei anderen Fragen der griechischen Rechtsentwicklung, vor dem Problem, dass von nichtjuristischen Bearbeitern wichtige Rechtsfragen verkannt wurden.

³⁶ Ich gehe darauf im Anschluss ein.

³⁷ Diese auf Wilamowitz Bezug nehmende Stelle bei Erbse enthält ein typisches Antiphonargument: „... die alte Religion hatte keine Macht mehr über ihn [sc. Philokrates, Bruder des verunglückten Diodotos], und so war er geneigt, die Schuld des Zufalls anzuerkennen, als sein Bruder umkam.“ – Man beachte die Diktion „Schuld des Zufalls“. Hier steht ‚Schuld‘ umgangssprachlich für ‚ursächlich‘.

³⁸ Auch diese Stelle Erbses beweist rechtliches Unverständnis. Was soll man damit anfangen, wenn Antiphon vorgeworfen wird, dass er sich bemüht, „den Zufall für den Tod des Knaben regelrecht haftbar zu machen“. – Und das eigene Unverständnis fortsetzend, folgert Erbse: „Obwohl der Sprecher weiß, dass ein solcher Versuch nicht gelingen wird [Woher will Erbse das wissen?], schiebt er doch die Zufälligkeit [!] der Begebenheiten immer mehr in den Vordergrund ...“ etc. Antiphon wusste offenbar deutlich mehr, als sein Interpret. Auch die folgende Kritik Erbses am Wortlaut des Proimions missversteht konsequent den Redner und dessen juristische Argumentation.

³⁹ Auch hier folgt Erbse, wie bisher, seiner unzutreffenden Annahme der Irrelevanz des ‚Zufalls‘ und versteigt sich zur Behauptung: „Dass das nicht gelingen kann, weiß er selbst. Er verdeckt deshalb die Schwäche seiner Position, indem er sein eigentliches Verschulden bagatellisiert, ...“ etc. – Dass Antiphon hier auch voll in die Seiten seines rhetorischen Könnens greift, ist unbestritten, aber um eine „infame Konstruktion“ handelt es sich nicht! – Rechtskenntnis hätte H. Erbse zu einem anderen Ergebnis geführt, als es seine voreingenommene Position getan hat.

Dem Zufallsargument Antiphons kommt daher auch in der Choreutenrede Berechtigung zu. Sein Argument besitzt hier wie in der Zweiten Tetralogie die Bedeutung eines Haftungsausschlussgrundes mangels eines vorliegenden persönlich vorwerfbaren Verschuldens. Antiphon hat sein von den bisherigen Interpreten offenbar missverständenes Haftungs-Entlastungsargument ‚Zufall‘ offenbar auch so verstanden. Es beinhaltet nichts anderes als die Aussage: Wo kein (persönlich vorwerfbares) Verschulden anzunehmen ist, besteht auch keine Haftung. Der ‚Zufall‘ beginnt nach dieser Auffassung dort, wo das persönliche Verschulden aufhört. Und wenn ‚Zufall‘ geltend gemacht wurde, sollte dadurch implizit ein zurechenbares persönliches, also subjektiv-zurechenbares Verschulden rechtlich ausgeschlossen werden.⁴⁰

Straf- und zivilrechtliche Haftungszurechnung		
Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall		
Griechisches Endergebnis um ~ 350 v.C.		
VERSCHULDEN		
Vorsatz	Fahrlässigkeit	Zufall/casus
ἀδίκημα / dolus	ἀμέλεια / culpa	ἀτυχία / ἀτύχημα
Nach der Mitte des 4. Jhs. v.C. bereits Unterarten des Vorsatzes; s. Folie „Zurechnung und Haftung nach Aristoteles“	Begrifflich noch nicht unterteilt in grobe und leichte Fahrlässigkeit; erste Differenzierungen in Platons Nomoi	Zufallsschäden beinhalten keinen Verhaltensvorwurf und werden nicht mehr zugerechnet
<ul style="list-style-type: none"> • Kausalität ist bereits weit entwickelt: ua unmittelbare + mittelbare Verursachung (δικη βουλεύσεως) + Kausalität der Unterlassung (Aristoteles) – Vorbild für lex Aquilia und römische Klassik • Zwischen 450 – 350 v.C. entwickeln sich aus der drakontischen Kategorie des φόνος ἀκούσιος als Nachfolgebegriffe ἀμέλεια + ἀμέλεια sowie ἀτύχημα bzw ἀτυχία • Lit.: Ingemar Düring, Aristoteles (1966) + derselbe, in: RE (1968) 		
1		

Folie 1: Das griechische Endergebnis – Straf- und zivilrechtliche Haftungszurechnung: Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall um ~ 350 v. C.

- Der von Antiphon offenbar auf Grund bekannter und aktueller Fakten gestellte Lernsachverhalt der *Zweiten Tetralogie* ist anschaulich gefasst und daher gut diskutierbar und merkbar. – Ich beschränke mich hier auf

⁴⁰ Und konnte ein Verschulden unmittelbar oder mittelbar ausgeschlossen werden, war nach damaligem Verständnis (wie in der *Zweiten Tetralogie*) auch die Kausalität auszuschließen.

die kurze Sachverhaltsangabe, wie sie in der Textausgabe von Schirren/Zinsmaier⁴¹ gegeben wird:

„Bei einer Speerwurfübung auf dem Sportplatz unter der Aufsicht von Lehrern wird ein Knabe, der auf die Wurfbahn läuft, um die geschleuderten Speere einzusammeln, vom Speer eines Jugendlichen tödlich getroffen. Der Vater des [getöteten] Knaben beschuldigt den Jugendlichen [Täter] der unvorsätzlichen Tötung. Den von seinem Vater verteidigten Werfer erwartet im Falle eines Schuldspruchs eine befristete Verbannung.“

Tetralogien heißen diese für die juristisch-rhetorische Schulung (!) aufbereiteten und – wenigstens zum Teil – erfundenen Fälle deshalb, weil pro (Rechts)Fall jede Partei zweimal zu Wort kam (2 x 2): Auf die *erste Anklagerede* folgte das *erste Plädoyer des Beschuldigten* worauf die *zweite Anklagerede* und ein *zweites Plädoyer des Beschuldigten* folgten.

Diese (dialektische) Kunst der juristischen Argumentation, die hierdurch vermittelt werden sollte, war (im Prozess) in beachtlichem Maße auf Spontaneität und alternative Voraussicht angewiesen, zumal bspw. die zweite Anklagerede auf das erste Beschuldigtenplädoyer (ohne dieses zu kennen) spontan einzugehen hatte und ebenso die Beschuldigtenplädoyers auf die Anklagereden. Das erforderte Überlegung und Einfühlungsvermögen – und zwar nicht nur psychologischer, sondern auch juristischer Art, und obendrein eine rasche Auffassungsgabe sowie ein Gespür dafür zu entwickeln, wo der schwache Punkt in der Argumentation des jeweiligen Gegners lag und wo die eigene Position gestärkt und überhaupt verständlich gemacht werden konnte; galt es doch all das zeitlich unmittelbar und verständlich sowie bündig für die Richter zu formulieren. Die prozessuale Situation verlangte demnach vom Logographen von vorneherein ein Redekonzept, das Alternativen vorsah. Das setzte aber nicht bloß rhetorisches Können, sondern auch ein beachtliches rechtliches Wissen voraus. Denn auch die Redezeit im attischen Prozess war beschränkt. Es ging demnach in der Rhetorik- und Logographenausbildung auch um den Erwerb wichtiger juristischer Fähigkeiten, die aus heutiger Sicht nicht abgewertet werden sollten, nämlich: Das Einfühlen in die rechtliche Problematik und die Verfahrensstrategie beider Prozessparteien und ein Abschätzen der Wirkungen der eigenen und der gegnerischen Argumente auf die den Fall entscheidenden Richter. Das war damals nicht viel anders als heute. Und auch der Umstand, dass Tatsachen- und Beweis-, also Verfahrensfragen sowie reine Rechtsfragen mit solchen des rhetorischen Effekts und der psychologischen Wirksamkeit verbunden sind, stellt kein Gegenargument gegen den im Kern zutiefst juristischen Charakter dieser Reden und Fälle dar. Heute wird diese – mitunter wohl ethisch-moralisch ebenso problematische – juristische Effizienzstrategie oft nur geschickter getarnt. Aber die Unterschiede sind insgesamt wohl eher gering.

⁴¹ Die Sophisten 159.

Tetralogien sind demnach mehr als schlichte Fall-Darstellungen, zumal sie bereits – über bloße Sachverhaltsdarstellungen praktisch entschiedener Fälle der Gerichtspraxis hinaus – neben herkömmlichen und gelösten Rechtsfragen, offenbar auch schon bestehende rechtsdogmatische und rechtspolitische Probleme der theoretischen Rechtsfortbildung und eines effizienten Auftretens vor Gericht in fasslicher Form aufgriffen.

Antiphons juristische Bedeutung – sie besitzt bereits neben einer materiellrechtlich-systematisierend-dogmatischen, eine rechtspolitische, verfahrensrechtliche und damit eine wissenschaftliche Dimension – steht jedenfalls trotz manch' beachtenswerter Kritik (auch an seinem rhetorischen Engagement) außer Zweifel.⁴²

Die Echtheit und Unechtheit mancher dieser Reden und Werke sind seit dem Altertum umstritten und nicht nur Reden Antiphons wurden dem Verdacht der Unechtheit ausgesetzt, sondern auch seine ‚Person‘ wurde in zwei Personen zerteilt; nämlich den Redner und Logographen und den Sophisten mit philosophischem Interesse. Neuere Funde – insbesondere die sogenannten Oxyrhynchos-Papyri – und daraus resultierende wachsende Einsicht, verstärkten aber wiederum die Tendenz, als Träger dieser Werke eine Person, nämlich Antiphon aus Rhamnus (~ 480-411 v. C.) anzusehen.⁴³

Das dem praktischen Verfahrensablauf folgende, mehrmalige Beleuchten des zu beurteilenden Sachverhalts von der jeweils anderen (Prozess)Seite, förderte in den *Tetralogien* – didaktisch geschickt – die *Flexibilität rechtlichen Denkens*⁴⁴; daneben freilich auch die Einsicht in die *Relativität von Werten* wie Gerechtigkeit, Wahrheit, Wahrscheinlichkeit, Ehrlichkeit, Erfolg und Misserfolg usw. Das Ergebnis war wohl mitunter eine Art *doppelter Wahrheit*/ duplex veritas, je nachdem von welcher Seite der Fall betrachtet wurde; und die Tetralogien verlangten vom Lehrer wie dessen Schülern diese Form der doppelten Buchhaltung. Dazu passt ein Teilfragment des *Oxyrhynchus Papyrus 1797*, wo es heißt:⁴⁵

⁴² Carawans (Rhetoric and the Law of Draco) zu enge Einschätzung teile ich nicht.

⁴³ Vgl. schon A. Lesky, Geschichte der griechischen Literatur 333 ff. – So nunmehr auch Schirren/ Zinsmaier, Die Sophisten insbesondere 121 ff. Zu Antiphons Lebensdaten und Werk: Der Kleine Pauly I Spalte 397 ff sowie B. Cassin, in: Der Neue Pauly I Spalte 787.

⁴⁴ Diese Fähigkeiten werden noch heute von us-amerikanischen Moot Courts zu vermitteln versucht.

⁴⁵ Abgedruckt bei Schirren/ Zinsmaier, Die Sophisten 199.

„Dem Angeklagten steht die Verteidigung in demselben Maße zu Gebote wie dem Ankläger die Anklage, und die Überzeugungskraft ist gleich stark für den Geschädigten wie den Täter.“

Die als *Tetralogien* didaktisch gut aufbereiteten Falldarstellungen, die in der Ausbildungspraxis offenbar eingehend besprochen und diskutiert wurden, sprechen rhetorisch ganz bewusst immer wieder und unmittelbar auch die Richterschaft an. Die Studierenden hatten nämlich – neben den beiden Parteirollen, gleichsam als dritte Ebene – auch in die Rolle der Richter zu schlüpfen, die sich als „Mitte“⁴⁶ mit beiden Parteimeinungen auseinanderzusetzen und ein möglichst gerechtes Urteil zu fällen hatte.

Dabei wird rhetorisch mehr oder weniger geschickt und direkt auch das religiöse Gewissen der Richter angesprochen, zumal diese bei ihrer Entscheidung auch auf die kulturelle Reinheit ihrer Institution und der Polis Bedacht zu nehmen hatten. Diese sakralrechtliche ‚Karte‘ wurde seitens der Rhetoren – in dieser Zeit wohl kaum mehr aus (eigener) Überzeugung, sondern eher aus Gründen der psychologischen Wirkung – immer wieder ausgespielt.

- Während bei der *Ersten Tetralogie*⁴⁷ Beweisfragen in einem Mordprozess (vorsätzlicher Mord/ φόνος ἐκ προνοίας /phónos ek pronoías) im Vordergrund stehen – es geht dabei vornehmlich um die Bewertung von Indizien⁴⁸, was eine psychologisierende Rhetorik, aber auch die rechtliche Argumentation förderte – stehen im Zentrum der *Zweiten Tetralogie* rechtspraktische und rechtstheoretische Fragen, die ganz offenbar auch auf eine Klärung und Rechtsfortbildung strittiger/ offener Fragen im alten und weiten Bereich der unvorsätzlichen Tötung, also des Totschlags (φόμος ἀκούσιος /phónos akóusios) abzielten. – Wir besitzen mit dieser Tetralogie meines Erachtens ein anschauliches Beispiel dafür, wie die

⁴⁶ Man vergleiche dazu die schöne Vorstellung des Aristoteles in dessen *Nikomachischer Ethik* V 7, 1132a.

⁴⁷ Nach ihrem Sachverhalt wurde ein athenischer Bürger zusammen mit seinem Sklaven auf dem nächtlichen Heimweg von einem Fest erschlagen, also vorsätzlich ermordet.

⁴⁸ Und zwar solchen der Tatzeit, des Tatortes und der Tatumstände sowie „motivpsychologischer Wahrscheinlichkeitserwägungen“ zumal der Angeklagte ein Erzfeind des Ermordeten war und diese Tatsache für seine Verteidigung zu nützen gedenkt; Schirren/Zinsmaier, aaO 129 f (2003).

praktische und (!) theoretische Rechtsfortbildung vor Platon und Aristoteles durch Logographen und die Rhetorik verlief. Dieser schulisch und didaktisch bereits entwickelte und sich ständig weiterentwickelnde Bereich⁴⁹ – es gab Lehrbücher, sonstiges Lehr- und Lernmaterial, Schulen und Ausbildungslehrgänge – spielte dabei offenbar eine nicht zu unterschätzende Rolle und dies nicht nur im Rahmen der Rechtsanwendung und bei gerichtlich-orientierter Auslegung, sondern auch bereits in der wohl schon auf Rechtsfortbildung bedachten Ausbildung.⁵⁰ Und dies in Fragen des materiellen und – in Griechenland stets wichtigen – formellen Rechts.

- Die *Kategorie der unvorsätzlichen Tötung* war offenbar schon zur Zeit Antiphons in antiken Fachkreisen diskutiert worden, was folgender Hinweis nahe legt, der von allen Bearbeitern der *Zweiten Tetralogie* erwähnt wird; so führen R. Maschke, R. C. Jebb, Schirren/ Zinsmaier wie E. Carawan im Zusammenhang mit der *Zweiten Tetralogie* die folgende Begebenheit an, die uns vielleicht historisch nur zeigen will, dass man sich nach der Mitte des 5. Jhs. v. C. – jedenfalls noch zu Lebzeiten von Protagoras, Perikles und Antiphon – offenbar der rechtspraktischen, rechtspolitischen und (rechts)philosophischen Bedeutung dieser Rechtsfragen bewusst geworden war. Mag dabei auch schon auf Plutarch manches skurril gewirkt haben. Dazu Schirren/ Zinsmaier, *Die Sophisten* 130.⁵¹

„In der zweiten Tetralogie, einem Fall von unvorsätzlicher Tötung, sind nicht die Fakten strittig, sondern ihre juristische Interpretation. In ihr spiegeln sich die Bemühungen der Sophisten [welcher?]⁵² um einen differenzierteren Begriff des Verschuldens [?]⁵³,”

⁴⁹ Dabei scheint Antiphon an philosophischen Fragen interessierter gewesen zu sein, als in der Folge Isokrates, mit dem – freilich deutlich später, nämlich am Ende der 50er-Jahre des 4. Jhs. v. C. (dazu I. Düring, Aristoteles – Protretikos) – der junge Aristoteles seine geistige Klinge kreuzte.

⁵⁰ Vielleicht ist das die Quintessenz der ‚Geschichte‘ des Plutarch über Perikles und Protagoras. Dazu gleich mehr.

⁵¹ Plutarch scheint die Bedeutung und Tragweite dieser Fragen nicht mehr verstanden zu haben.

⁵² Die Fragezeichen deuten an, dass bei der herangezogenen Kommentierung nicht sonderlich sorgfältig vorgegangen wurde. Das gilt sowohl für Schirren/ Zinsmaier, als auch schon für R. C. Jebb, die beide den Text Plutarchs nicht korrekt wiedergeben. – Kürzer und fundierter R. Maschke, *Die Willenslehre im griechischen Recht* 69 bei und in Fn 1.

von denen [?] auch Plutarch in seiner Periklesbiographie berichtet [Perikles 36, 3].⁵⁴ Nach einem sehr ähnlichen [?] tödlichen Unfall bei einem Sportwettkampf⁵⁵ soll der Politiker mit Protagoras einen ganzen Tag lang darüber diskutiert haben, ob der Speer oder der Werfer oder die Veranstalter für den Tod des Teilnehmers verantwortlich zu machen seien.“

Schirren/ Zinsmaier – aber auch B. Cassin im „Neuen Pauly“ (I Spalte 786)⁵⁶ – verkennen die tiefere juristische Problematik der *Zweiten Tetralogie* und damit auch von Plutarchs Bericht, der übrigens keine – wie häufig kolportiert – Körperverletzung oder Tötung eines Menschen betraf, sondern bloß eine Sachbeschädigung, nämlich die unvorsätzliche Tötung eines Pferdes bei einem Wettkampf.⁵⁷ – In der *Zweiten Tetralogie* geht es nämlich meines Erachtens nicht um ein inhaltlich graduelles Unterteilen des zu Antiphons und Perikles' Zeit noch einheitlich gedachten Bereichs des unvorsätzlichen Handelns⁵⁸ – etwa in eine grobe und leichte

⁵³ Auf diese vage und missverständliche Aussage gehe ich noch ein.

⁵⁴ Plutarch berichtet nichts über das Ergebnis des Gesprächs.

⁵⁵ Auch dieser Hinweis trifft so nicht zu, worauf noch eingegangen wird.

⁵⁶ Die Problematik fehlenden juristischen Wissens wird hier erneut deutlich. Die Meinungen in den einzelnen Nachschlagwerken gleichen sich zudem auffällig. – Cassin meint aaO ebenfalls, es gehe in dieser Tetralogie um eine „Differenzierung des Schuld-begriffes“, zumal dies im Interesse der Sophistik gelegen habe. (Was soll damit eigentlich gesagt werden?) Dass diese Problematik schon viel älter ist (Drakon), wird gar nicht gesehen. Auch Cassin verweist auf die Plutarchstelle betreffend den Diskurs zwischen Perikles und Protagoras ohne deutlich zu machen, dass es darin um etwas anderes geht. Man sieht daraus wie festgefahren der traditionelle Blickwinkel sein kann und wie abhängig auch in Neubearbeitungen argumentiert wird. Auf der anderen Seite wurden von diesen Bearbeitern die wichtigen Ergebnisse des Buchs von R. Maschke, *Die Willenslehre im griechischen Recht* (1926) nicht beachtet. – Auch die umfangreiche Bearbeitung der attischen Redner durch R. C. Jebb (1962) lässt kaum juristische Fragestellungen erkennen und enthält ebenfalls schon, den in der Folge weitergegebenen Fehler bezüglich Plutarchs Bericht. Die wahre juristische Dimension Antiphons bleibt diesen Bearbeitungen verschlossen.

⁵⁷ Die spezifische Problematik der solonisch-drakontischen Rechtslage wurde daher durch diesen Fall gar nicht ausgelöst. – Auch R. J. Jebb, *The Attic Orators* I 52 f bemerkte den Unterschied nicht.

⁵⁸ AaO 130 führen Schirren/ Zinsmaier aus: „Konzeptuell, wenn auch nicht terminologisch [? gerade terminologisch ist er vorhanden!], ist hier der Begriff der Fahrlässigkeit bereits präsent.“ – Das ist aus mehreren Gründen verwirrend und unrichtig: Zum einen

Fahrlässigkeit, sondern einerseits um die Weiterentwicklung (im Sinne einer Präzisierung und Differenzierung) des inhaltlich weiten Tatbestands der unvorsätzlichen Tötung/ φόνος ἄκοῦστος in die Richtung von *Fahrlässigkeit* und – damit zusammenhängend – das zurechnungsmässige Aussondern des ‚Zufalls‘ aus dem (Gesamt)Bereich des Verschuldens und damit des rechtlich zurechenbaren Verhaltens. Daneben finden sich wie in allen Rechtstexten Antiphons bereits wichtige kausaltheoretische Ausführungen.

Zu der zur Zeit des Perikles, Protagoras und auch Antiphons noch ausstehenden Unterscheidung innerhalb des Fahrlässigkeitsbereichs (also des schuldhaften Versehens oder einer ebensolchen Fehlhaltung, in eine grobe und eine leichte), kommt es nämlich erst viel später; wahrscheinlich erst – das ist aber bis heute umstritten – etwa 950 Jahre später durch Justinian (!) oder allenfalls 250-300 Jahre früher, wenn man diese Entwicklung bereits mit der römischen Klassik verbindet. Der bislang weite Bereich unvorsätzlichen Handelns/ φόμος ἄκοῦστος ist von Antiphons Vorschlag nur insofern betroffen, als dieser versuchte, diesen Bereich zu strukturieren; dabei werden ein von persönlichem Verschulden bestimmter Fahrlässigkeits- und ein vom *Zufall*/ Tyche⁵⁹ bestimmter Bereich (ohne vorwerfbares Verschulden, aber mit kausaler Handlungsverknüpfung) voneinander abgegrenzt.

Sprachlich-terminologisch deutet sich dieser rechtsdogmatische Wandel durch das allmähliche Ersetzen des bisherigen Terminus φόμος

steht der von Drakon geschaffene Begriff des unvorsätzlichen Handelns (cum grano salis) schon für Fahrlässigkeit (im Sinne von Versehen, Verfehlung, Nachlässigkeit etc). Zum anderen wird der Bereich des Fahrlässigkeits sehr wohl auch bereits terminologisch bezeichnet und zwar auch in der *Zweiten Tetralogie*; und zwar mit hamártema/ ἁμάρτημα, was Verfehlung, Versehen bedeutet, womit auch noch in modernen Gesetzbüchern der Bereich der Fahrlässigkeit umschrieben wird. Platon und Aristoteles folgten diesbezüglich Antiphon. – Der Begriff Vorsatz wurde im Griechischen mit ἁδικήματα bezeichnet.

⁵⁹ Vgl. dazu die verschiedenen Folien. – Juristisch hatte offenbar bislang – soweit ersichtlich – der Begriff des ‚Zufalls‘ explizit keine Rolle gespielt.

᾿ακούσιος / phónos akóusios⁶⁰ durch den der Fahrlässigkeit/ ᾿αμάρτημα an, worunter bereits ein subjektiv vorwerfbares Verhalten zu verstehen ist, das dann bei Aristoteles auch bereits Sorgfaltsverletzungen/ Versehen und schuldhafte Unwissenheit umfasste. Diese ebenfalls bedeutende dogmatische Entwicklung darf aber nicht mit dem Unterscheiden von Verschuldensgraden (innerhalb des zunächst von Antiphon neu geschaffenen Fahrlässigkeitsbereichs) verwechselt werden. – Dem alten Terminus φόνος ᾿εκ προνοίας, auch φόμος ᾿έκουσιος genannt (im Sinne von Mord oder vorsätzlicher Tötung) wird allmählich der Begriff ᾿αδίκημα zur Seite gestellt; er ist Platon und Aristoteles bereits geläufig. Dahinter stand wohl (auch) die Überlegung, dass die gewonnenen rechtstheoretisch-systematischen Einsichten, die allmählich über Mord und Totschlag hinaus Bedeutung erlangten und auch auf andere juristische Sachfragen angewandt wurden, auch einen terminologischen Niederschlag finden sollten. Die Diktion im rechtlichen Bereich von ‚Zufall‘ wandelte sich von τύχη zu ᾿ατυχία und ᾿ατυχήμα, die dann bereits als juristische – vom allgemeinen Sprachgebrauch abgehobene – Termini Verwendung finden.⁶¹ Darin liegt der Anfang einer fachspezifisch-wissenschaftlichen Terminologie, die dann von Aristoteles übernommen und vollendet werden konnte.⁶²

Nach Maschke behandelt die Zweite Tetralogie (nur?) „das konkurrierende Verschulden [sc. zwischen Anklage/ Sprecher = Vater des getöteten Jungen und Verteidigung/ Sprecher = Vater des Speerwerfers], nämlich Fahrlässigkeit des Verletzten bei unvorsätzlicher Tötung durch Speerwerfen im Gymnasium“⁶³. – Das ist auch insofern ungenau, als ungesagt bleibt, dass der Bereich der unvorsätzlichen Tötung – wie Folie 4 (nach Anm.

⁶⁰ D. h.: Unfreiwillige oder ungewollte Tötung/ Totschlag; φόμος bedeutete im Kontext mit der Zuständigkeit des Areopags ‚Mord‘, im Bereich der Zuständigkeit des Palladions dagegen ‚Totschlag‘.

⁶¹ Atychia / ᾿ατυχία heißt wörtlich eigentlich nicht „nicht-zufällig“ (o.ä.), sondern ist vom Verbalstamm ohne Nasalinfix abgeleitet, also mit Nicht-Treffen, Nicht-Gelingen, Misslingen, ‚Schief-Gehen‘ wiederzugeben; Hinweis von O. Wenskus.

⁶² Zur Verwendung von ᾿ατυχία und ᾿ατυχήμα im Corpus Hippocraticum und überhaupt dessen Bedeutung: Punkt 6.

⁶³ Die Willenslehre im griechischen Recht 70 (1926). – Das ist auch insofern etwas irreführend, weil (wie sich herausstellt) ein Verschulden des Speerwerfenden Jungen fehlt und nur von der Anklage behauptet wird. Aber vielleicht will Maschke hier nur die Prozesssituation ansprechen.

82) zeigt – bislang neben einer Zone des Verschuldens (= unvorsätzlich-schuldhaft) auch jenen Bereich mit einschloss, der schließlich zum ‚Zufall‘ wurde (= unvorsätzlich-unverschuldet und nur kausal im Sinne eines *condicio sine qua non*-Verständnisses), ohne dass (bis Antiphon!) zwischen diesen beiden Subbereichen des unvorsätzlichen Handelns eine Grenzziehung existierte oder auch nur Kriterien für eine solche gesucht oder gar gefunden worden wären. Während die Anklage – sie repräsentiert (von Antiphon konzipiert) die alte, herkömmliche Rechtsmeinung – auf unpräziser unvorsätzlicher Tötung beharrte – z. B. I 1 (1)⁶⁴, betonte die Verteidigung (sie repräsentiert Antiphons neue Position) das alleinige (Eigen)Verschulden des Getöteten (er hätte „einen Fehler gegen sich selbst begangen“ etc) und dessen eigene Ursächlichkeit im Hinblick auf den Erfolgseintritt; „denn wäre er stehen geblieben und nicht hindübergelaufen, dann wäre er nicht getroffen worden“⁶⁵): so z. B. in II 1 (3), (4), (5). Die Verteidigung akzeptiert zwar zunächst noch⁶⁶ die Zuordnung ihres Handelns (durch die Anklage) in den Bereich des Unvorsätzlichen [II 1 (6): „Sind wir nun beide, mein Gegner und ich, darüber einig, dass die Tötung unvorsätzlich geschah ...“], weist aber stets und strikt das gegen sie geltend gemachte Verschulden zurück. So in II 1 (8): „Da also der Fehler auf seine Rechnung geht, ... entlastet uns (das) von der Schuld“; und noch deutlicher etwa II 2 (5). – Und in dieser letzten Stelle wird dann von Antiphon auch der für unsere Frage entscheidende rechtstheoretische Schluss gezogen: Weil dem Angeklagten kein Verschulden vorgeworfen werden kann, den Getöteten dagegen (alleiniges) Eigenverschulden trifft, ist dieser „einem Unglück zum Opfer [gefallen]“. Dabei wird von Antiphon bereits – begrifflich und systematisch korrekt – der neue juristische Terminus *ἄτυχημα/ atychema/* im Sinne von rechtlicher Zufall verwendet. Damit erscheint der ‚Zufall‘ rechtsdogmatisch wie begrifflich geschaffen.

Es ist daher ungenau, wenn Maschke hier bloß von konkurrierendem Verschulden spricht, weil dadurch die von Antiphon angestrebte Grenzziehung zum ‚Zufall‘ erneut verwischt wird. – Nach Maschke (aaO 70) wird sowohl die Entscheidung der Zweiten (Speerwurf), wie der Dritten Tetralogie (sie behandelt das „Kausalitätsproblem im Falle der Notwehr und die sogenannte Unterbrechung der Kausalität und zwar hier durch einen Kunstfehler des den Verletzten behandelnden Arztes“), als auch die der Sechsten Gerichtsrede (Choreutenfall) „aus dem Wesen der zurechenbaren Kausalität geschöpft und begründet“. – Das ist insofern nicht ganz zutreffend, als es sich bspw. bei

⁶⁴ Zitate nach Schirren/ Zinsmeier, *Die Sophisten* (2003). Die Zahlen bedeuten folgendes: I = Anklage, II = Verteidigung; 1 = jeweils die erste Rede der Anklägers oder der Verteidigung, 2, die jeweils zweite Rede. Die arabische Zahl in runder Klammer zeigt die weitere (Absatz)Textgliederung nach Schirren/ Zinsmeier an.

⁶⁵ In dieser Formulierung steckt ein früherer Ansatz einer *c(onditio) s(ine) q(ua) n(on)*-Argumentation.

⁶⁶ In II 1 (9) wird auch die Erfüllung des „Tatbestand[s] der unvorsätzlichen Tötung“ zurückgewiesen.

der Zweiten Tetralogie erkennbar bereits um ein Zurechnungskonglomerat handelt, das aus Elementen der Kausalität, des Verschuldens und des rechtlichen Zufalls besteht. In der Zweiten Tetralogie konkurriert daher zutreffender Weise letztlich nicht das Verschulden der beiden Beteiligten miteinander, sondern bloß ihr Kausalverhalten: Dem getöteten Knaben selbst (oder doch seiner Sphäre) ist aber zusätzlich Fahrlässigkeit (als Eigenverschulden) anzulasten, dem speerwerfenden Jungen dagegen nicht. Die rechtliche Bewertung der beiden Kausalverhalten in Verbindung mit dem Inbeziehungsetzen des jeweiligen Kausalitätsbeitrags (von Anklage und Verteidigung) zur subjektiven Verschuldensfrage (beider Seiten als Fremd- oder Eigenverschulden) verhilft zu einem (neuen) Verständnis von Fahrlässigkeit, verstanden als ein durch richterliches Abwägen feststellbares und vorwerfbares und dadurch zurechenbares Verhalten. Auf den Speerwerfer trifft das nicht zu: Sein Verhalten war zwar kausal, aber nicht vorwerfbar-schuldhaft und bildete somit die dogmatische Keimzelle für das Entstehen des rechtlichen Zufalls. – Damit wurde es möglich im Bereich des unvorsätzlichen Verhaltens zu unterscheiden, und dabei den einen Teil (Ankläger) mit dem neuen Verschuldensverständnis der Fahrlässigkeit (ἁμαρτήματα) zu belasten und davon den anderen Bereich des ‚Zufalls‘ (zunächst τύχη, dann ἄτυχήματα) abzugrenzen; letzterer kam nur zum Tragen, wenn kein (Handlungs)Verschulden vorlag. Kausalität alleine wurde damit nicht mehr als ausreichend erachtet, um eine φόνος ἁκούσιος-Haftung zu begründen.⁶⁷ In diesem Falle war für den Getöteten/ Verletzten vielmehr ein Unglück anzunehmen, das er (allein) rechtlich zu tragen hatte. – Dabei traf Antiphon mehrere Fliegen mit einem Schlag: Er sorgte im bislang verschwommenen und gallertigen Bereich des unvorsätzlichen Handelns/ φόνος ἁκούσιος für größere Klarheit (durch ein Herausheben der Fahrlässigkeit und deren Trennung vom Nichtverschuldensbereich des ‚Zufalls‘) und er trug damit auch zur Klärung und Abgrenzung der haftungsrechtlichen (Zurechnungs)Elemente von Kausalität und Verschulden bei.

Maschke erinnert (aaO 70) zutreffend daran, „dass für die ursprüngliche griechische Denkweise Kausalität und Verschulden (häufig) ineinander übergehen, insofern in dem ersten auch das zweite regelmäßig mitgedacht wird, und dass auch später [sc. das gilt bis in die Gegenwart!] eine strenge Abgrenzung der Begriffe wenigstens systematisch im Allgemeinen in der Rechtsanwendung nicht erfolgt ist.“⁶⁸ – Das ist eine wichtige und zutreffende Beobachtung. Was Maschke dagegen nicht erkannte war die Konsequenz,

⁶⁷ Damit wird ein letzter, bis Antiphon undurchschauter, rechtstheoretischer Rest aus der Zeit der Erfolgshaftung erkannt und beseitigt!

⁶⁸ Diese Beobachtung Maschkes gilt wohl für alle frühen Rechte. – Maschke weist aaO 70 f darauf hin, dass sich auch die „juristische Theorie“ in Griechenland „nur langsam und nicht restlos [habe] davon [sc. von dieser Vermengung] frei machen können. Insbesondere pflegen, wenn zu einem rechtlich relevanten Tatbestand Kausalität und Verschulden gehören, diese beiden Momente zunächst nicht scharf von einander getrennt zu werden, wie wir verwandte Erscheinungen auch bei einzelnen Spielarten moderner, zumal adäquater Kausalitätstheorien vorfinden“.

dass Antiphon durch die Kombination der Zurechnungselemente Kausalität und (neue) Fahrlässigkeit (gewonnen durch das Abtrennen des ‚Zufalls‘), die Haftung oder Nichthaftung handelnder Schädiger abzuleiten vermochte, gleichsam nach der Formel: zurechenbare Kausalität + Fahrlässigkeit (im Sinne von persönlich vorwerfbarém Verhalten) = Haftung (wegen Vorliegens eines vorwerfbaren Verhaltens); während Kausalität alleine, also ohne ein gleichzeitig vorliegendes vorwerfbares Verhalten/ Verschulden, keine Haftung zu begründen vermochte; es galt dann vielmehr: bloße Kausalität (ohne Verschulden) = Nichthaftung (im Sinne von ‚Zufall‘).

Eine Schlüsselrolle spielte dabei – wie schon Maschke betonte⁶⁹ – die Unterscheidung von Handlungs- und Erfolgsvorsatz und – parallel dazu – von Handlungs- und Erfolgskausalität: „In dem Augenblick – so Maschke, wo der auf die Handlung als Körperbewegung und der auf ihren Erfolg gerichtete Vorsatz von einander getrennt wurden, war die Voraussetzung für die wissenschaftliche Erfassung der Fahrlässigkeit gegeben.“⁷⁰

Drakons Lösung des „Phonos“

- ☐ **Phonos = Tötung iSv Mord, Totschlag und gerechtfertigter Tötung/** φόνος δίκαιος – Aufgliederung des bisher einheitlichen Tatbestandes der Tötung im Rahmen der drakontischen Gesetzgebung: ~ 621/ 620 v. C. – Anlass: Kylonischer Frevel (?)

VORSÄTZLICHE φόνος ἐκούσιος	UNVORSÄTZLICHE φόμος ἀκούσιος	BUBLOSE TÖTUNG φόμος δίκαιος
RF: Erlaubte Selbsthilfe, an Volksversammlungsbeschluss gebunden – Gerichtszwang	RF: Exil / Ausland (zunächst 5 Jahre) – ohne Vermögensverfall + Rechtsschutz	Weder Exil noch Entschädigung; gerechtfertigte Tötung/ φόμος δίκαιος – kultische Reinigung

- Es existierte nur die Unterscheidung in „vorsätzliche“ und „un-vorsätzliche“ Tötung; weder Affekt, noch Fahrlässigkeitsgrade + Zufall wurden reflektiert
- Unterscheidung vorsätzlich/ ἐκούσιος ↔ unvorsätzlich/ ἀκούσιος stammt aus Sakralrecht/ delphischer Apollon; nur φόμος ἀκούσιος war sühnbar, der φόμος ἐκ προνοίας verpflichtete zur Blutrache
- Beispiele „bußloser Tötung“/ φόμος δίκαιος: Notwehr, Asebie, erlaubte Blutrache etc → Folie 3

2

Folie 2: Drakons Lösung des Phonos

Antiphons Argumentation schwankt bisweilen, aber wir müssen bedenken, dass dies erst die ersten Schritte in die Richtung der ‚modernen‘ Zurechnungslösung waren. Al-

⁶⁹ Die Willenslehre im griechischen Recht 62.

⁷⁰ Vgl. das dem Beitrag vorangestellte ausführlichere Motto.

lein das Ergebnis der Zweiten Tetralogie steht so, wie es hier skizziert wurde, doch schon klar vor uns. – Die Kategorie des ‚Zufalls‘ spielte dabei zwar keine tragende (Zurechnungs)Rolle, erwies sich aber auch nicht als bloßer ‚Statist‘, sondern als wichtige Nebenrolle, deren Auftreten Voraussetzung dafür war, künftig eine systematischere und differenzierendere rechtswissenschaftliche Weiterentwicklung der Zurechnungshauptakteure, nämlich des Verschuldens- und Kausalitätssektors, zu ermöglichen. Zu beachten ist nämlich auch, dass die damit eingeleitete klarere Trennung von Verschulden und Kausalität erst die Weichen für eine künftige Unterscheidung von Verschuldensgraden innerhalb des nunmehr klar abgegrenzten Fahrlässigkeitsbereichs stellte.

- Eine graphische Darstellung der Entwicklung der Haftungskriterien weist den *Vorsatz* auf der einen – hier der linken – Seite aus und den *Zufall* am anderen Ende des rechtlichen Zurechnungsspektrums. Dazwischen liegt der bis in die Zeit Antiphons ungeschiedene und nicht voll durchdachte Bereich des unvorsätzlichen Handelns, den erst Antiphon auf ‚Fahrlässigkeit‘ reduzierte.

Das rechtstheoretisch wie rechtspraktisch Bedeutsame an der Argumentation Antiphons lag darin, dass der ‚Zufall‘ im Zurechnungsspektrum nunmehr als *Haftungs- und Zurechnungsausschlusszone* erstmals überhaupt (bewusst) beachtet und normativ gedacht wurde, was eine wichtige rechtsdogmatische Neuerung darstellte. Denn sich ereignende ‚Zufälle‘ bereiteten im Rahmen der Fallbehandlung offenbar immer wieder Schwierigkeiten; man beachte neben der *Zweiten Tetralogie* auch den schon erwähnten *Choreutenfall*. Der auch noch in nach-drakontischer Zeit haftungsrechtlich relevante, weil noch – wenn auch bereits eingeschränkt – haftungsbegründende ‚Zufall‘ stellte eine bislang unbewältigte, weil rational noch nicht erkannte Nachwirkung der alten Erfolgshaftung dar, und war offenbar bis in die Zeit von Perikles, Protagoras und Antiphon mehr oder weniger unreflektiert und vom Bereich des unvorsätzlichen Handelns nicht unterschieden, mitgeschleppt worden. Das bereitete ergebnis- und begründungsmäßige, und – wie wir der Erwähnung in Plutarchs Periklesvita entnehmen können, sogar politisch-philosophisches ‚Unbehagen‘. In der Zeit der Erfolgshaftung⁷¹ – um die

⁷¹ Dazu im Buch mehr in Kapitel II 6.

es hier aber nicht mehr geht⁷² – und auch noch nach der drakontisch-solonischen Gesetzgebung war vom Täter grundsätzlich auch für ‚Zufälle‘ (die dem φόνος ἄκουστος zugerechnet wurden) einzustehen; die von Drakon statuierten Sonderfälle, auf die noch eingegangen wird, einmal beiseite gelassen. In der Erfolgshaftung zählte der herbeigeführte Erfolg, mochte dieser durch (unmittelbare oder wenigstens mittelbare) persönliche Schuld oder durch ein vermeintlich von den Göttern oder dem Schicksal beeinflusstes Verhalten (Zufall!) verursacht worden sein!

Drakontisch-solonische Lösung des „Phonos“ – Mit „Sonderfällen“		
Vorsätzliche Tötung φόνος ἐκ προνοίας = φόμος ἐκούστος	Un-vorsätzliche Tötung φόμος ἀκούστος	
	Fahrlässig	Sonderfälle (seit Drakon):
Sanktion: Erlaubte Blutrache / Selbsthilfe nach Beschluss der Volksversammlung	Sanktion: Verbannung (ohne Vermögensverfall) oder Möglichkeit den Täter zu töten	<ul style="list-style-type: none"> • Wettkampfunfälle • Versehentliche Tötung im Kampf • Kampf auf offener Straße: Rauferei • Tötung des Ehebrechers / moichos • Solon (?): Tod bei ärztl Behandlung
		Sanktion: Auch keine Verbannung; nur kultische Reinigung
<ul style="list-style-type: none"> • Im Deutschen fehlt ein vergleichbarer Begriff für φόμος – Er bedeutete im Rahmen der Zuständigkeit des Areopag Mord, im Bereich der Zuständigkeit des Delphinion Totschlag • Haben sich die drakontischen „Sonderfälle“ aus dem Bereich bußloser Tötung/sog φόμος δίκαιος (→ Folie 2) entwickelt? 		

3

Folie 3: Drakontisch-solonische Lösung des Phonos – Mit Sonderfällen

⁷² Der Vater des getöteten Jungen versuchte allerdings in diese Richtung zu argumentieren.

2. Drakons früher Beitrag zur Bewältigung des ‚Zufalls‘ – Die Sondertatbestände innerhalb des φόνος ᾿ακούσιος

Drakon stellte gesetzlich klar, dass Tötung durch einen unvorsätzlich Handelnden zwar weiterhin als φόνος ᾿ακούσιος / *phonos akousios* (Totschlag), aber doch weniger streng als ein φόνος ᾿εκούσιος oder φόνος ᾿εκ προνοίας also vorsätzliches Handeln (Mord) sanktioniert werden sollte.⁷³ Und innerhalb des Bereichs der unvorsätzlichen Tötung wurde durch Drakon zusätzlich im Hinblick auf die zu verhängenden Rechtsfolgen bereits unterschieden, was gegenüber dem delphischen Sakral-Gewohnheitsrecht offenbar eine Neuerung darstellte: Hatte der Täter schlicht un-vorsätzlich, also nach unserem Verständnis fahrlässig getötet – ohne dass einer der gleich genannten Sonderfälle vorlag, musste er (auch aus Gründen der kultischen Reinheit der Gemeinschaft) in die Verbannung gehen⁷⁴; auch um nicht Gefahr zu laufen, durch Angehörige des Opfers getötet zu werden.⁷⁵ Nach seiner Rückkehr hatte sich der Täter mit den Angehörigen des Getöteten zu vergleichen.⁷⁶ In bestimmten vom drakontischen Gesetz genannten Fällen dagegen – von denen wir nur auf

⁷³ Drakons Gesetz über die unvorsätzliche Tötung ist uns aus einer Inschrift aus dem Jahre 409/408 v. C. teilweise überliefert; dazu insbesondere R. S. Stroud, *Drakon's law on Homicide* (1968). – Solon hatte diese Regelung in sein Gesetzgebungswerk übernommen.

⁷⁴ Darin lag aber auch – bei funktionaler Betrachtung – eine *cooling off time* für die Streitparteien. – Eine solche Verbannung befürchtete der seinen Sohn verteidigende Vater des Speerwerfers (in der Zweiten Tetralogie), wengleich die Anwendung der drakontischen Ausnahmeregel „Tötung beim Wettkampf“ möglich erschien.

⁷⁵ Denn dies war unter Einhaltung der von Drakon erlassenen Regeln bei unerlaubter Rückkehr nach wie vor legal. Dazu im Buch die Ausführungen in Kapitel II 2: Drakon. – Das Vermögen des in der Verbannung weilenden genoss aber weiterhin den Schutz der Rechtsordnung.

⁷⁶ Vgl. die Hinweise bei U. v. Wilamowitz-Moellendorf, *Die erste Rede des Antiphon* 10 f, in: Anastassiou/ Irmer (Hg), *Kleinere attische Redner* (1977). Wilamowitz sagt hier zutreffend, dass das „Eingreifen [sc. des Staates] in Blutsachen ... ja überhaupt nichts anderes als eine gesetzliche Regelung der Selbsthilfe“ sei.

Umwegen Kenntnis erlangt haben⁷⁷ – entfiel die Verbannung (samt Buße und der Möglichkeit einer berechtigten Tötung durch die Angehörigen des Getöteten). In solchen Verfahren ging es dann nur noch darum zu klären, ob es sich um einen derartigen Ausnahmefall handelte oder nicht. Zu diesen Ausnahmefällen zählte auch der Fall – und das ist hier von Interesse, *dass jemand einen anderen bei einem Wettkampf unabsichtlich getötet hatte*.⁷⁸ – Der θεσμός Δράκοντος /das drakontische Gesetz, das durch Solons Übernahme in seine Gesetzgebung zu einem solonischen geworden war, ist gemeint, wenn in den Prozessreden der *Zweiten Tetralogie* vom „Gesetz“ oder von „nach dem Gesetz“ gesprochen wird.

Schirren/ Zinsmaier (aaO 129) können damit nichts anfangen, weil sie die drakontischen Sondertatbestände offenbar nicht kennen und auch nicht erwähnen. Sie erklären diese Bezüge (in unserer *Zweiten Tetralogie*) daher für „fiktiv“ (!): „Fiktion ist auch das paradoxe Gesetz, ‚das jede Tötung, ob mit oder ohne Rechtfertigungsgründe, untersagt‘.“ AaO Fn 26 wird von Schirren/ Zinsmaier unter anderem auf „Tetr. II 2, 9“ verwiesen, wo es heißt:

„Aber auch das Gesetz entlastet uns, auf das sich mein Gegner bei seiner Mordanklage beruft und das jede Tötung, ob mit oder ohne Rechtfertigungsgründe, untersagt.⁷⁹ Denn vom Tatbestand der unvorsätzlichen Tötung spricht meinen Sohn der Umstand frei, dass der Fehler beim Opfer selbst liegt.⁸⁰ Und da er der absichtlichen Tötung vom Ankläger erst gar nicht beschuldigt wird, so ist er in beiden Anklagepunkten freigesprochen: sowohl der unabsichtlichen als auch der absichtlichen Tötung.“

Berücksichtigt man die hier gemachten Ausführungen, sind diese Sätze Antiphons verständlich. Die Unklarheit liegt bei den Kommentatoren. Ebenso verhält es sich in Tetra-

⁷⁷ Diese Regelung ist über mittelbare Fundstellen zu uns gelangt; insbesondere Platon, und Aristoteles, aber auch Lysias und Demosthenes. – Dazu auch W. Schmitz, *Nomos moicheias* 50.

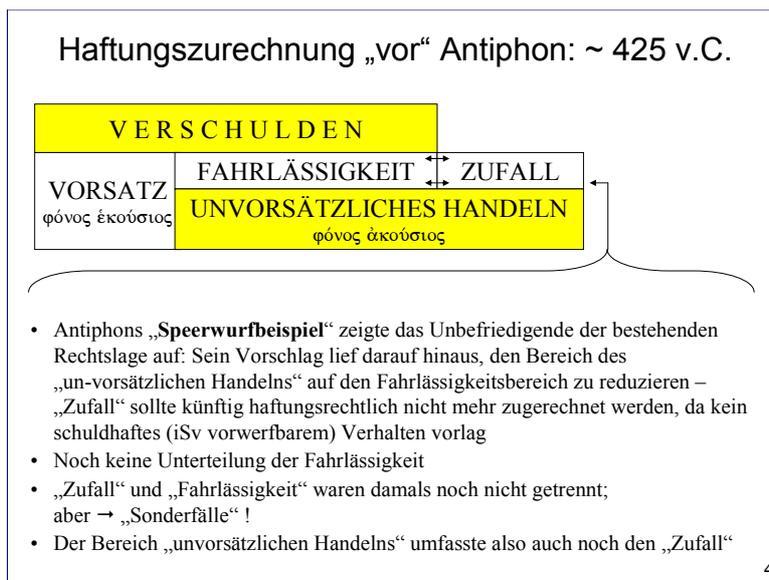
⁷⁸ Die anderen Fälle werden im Anschluss wiedergegeben; vgl. W. Schmitz, *Nomos moicheias – Das athenische Gesetz über den Ehebruch*, in *SZ/RA* 114 (1997) 45 ff (50). Platon erwähnt diesen Fall in den *Nomoi* IX 865a.

⁷⁹ Der hier von Schirren/ Zinsmaier in Fn 59 gesetzte Verweis endet im Nichts.

⁸⁰ Damit wird einerseits gesagt, dass den speerwerfenden Jungen kein Verschulden trifft – und daher auch keine unvorsätzliche Tötung vorliegt, sondern Verschulden nur beim Getöteten selbst bzw. allfälligen Dritten (Lehrer, Veranstalter) anzunehmen ist und andererseits wird auf den Sondertatbestand der drakontischen Wettkampfunfälle ange-
spielt.

logie II 4 (8) und anderen Stellen. – Auf die hier angesprochene Frage ging auch Maschke, Die Willenslehre im griechischen Recht 53 ein. Er nimmt hier zur Frage Stellung, wann man ausnahmsweise jemanden straflos töten dürfe, und wann Selbsthilfe erlaubt war: „Es ist dieselbe Tendenz [sc. wie in der Gesetzgebung Drakons], die prägnant in der von Antiphon wiederholt zitierten Parömie ausgedrückt wird, wenn er von dem νόμος spricht μήτε ἁδίκως μήτε δικαίως ἀποκτείνειν [hier erfolgt Maschkes Verweis auf die Zweite Tetralogie: und zwar II 1 (9) und I 2 (7)⁸¹].“ – Wir stehen erneut vor dem Phänomen des (philologischen) Weginterpretierens von nicht hinlänglich Verstandenem, wovon man auch selber nie gefeit ist. Eine Gefahr, die durch Interdisziplinarität ausgeräumt werden könnte.

- Die rechtlich relevanten Zurechnungsgrenzen verliefen damit – bis zu Antiphon – einerseits zwischen vorsätzlichem und unvorsätzlichem Handeln und innerhalb des Bereichs unvorsätzlichen Handelns war die Gruppe der abweichend sanktionierten Sondertatbestände⁸² zu unterscheiden.



Folie 4: Haftungszurechnung vor Antiphon: ~ 425 v.C.

⁸¹ Zur Zitierweise in Anm. 64.

⁸² Auf die dogmatische Zuordnung dieser Sondertatbestände wird noch eingegangen.

• Die in den Bereich des φόνος ἁκούσιος /phonos akousios, also des unvorsätzlichen Handelns eingebettete *Sondertatbestandsgruppe* des drakontischen Gesetzes kannte folgende Fallgruppen:

- die ‚*Wettkampfunfälle*‘;
- die versehentliche *Tötung eines eigenen Soldaten/ Mitkämpfers im Kampf* (oder bei *Waffenübungen*);
- dazu kamen noch die Tötung beim ‚*Kampf auf offener Strasse*‘ (Raufereien/ Schlägereien?)⁸³ und
- die ‚*Tötung des Ehebrechers etc. durch den oikos- oder Hausherrn*‘⁸⁴.

Zu beweisen war hier, dass es sich um einen derartigen Sonderfall handelte. Gelang dies, wurde, wenn nicht besondere Umstände vorlagen,

⁸³ Was immer damit gemeint sein mochte; wahrscheinlich Totschlag oder schwere Körperverletzung bei Raufereien. Darauf deutet Antiphons *Dritte Tetralogie* hin, die eine Körperverletzung mit tödlichem Ausgang anlässlich einer Schlägerei behandelt. Antiphon behandelte möglicherweise die zwei problematischsten Tatbestände der drakontischen Ausnahmeregelung: nämlich die (auch in seiner Zeit offenbar aktuell gebliebenen) Wettkampfunfälle, und die wohl stets aktuellen Schlägereien, die rechtlich wegen der Affekt- und Notwehrproblematik von Bedeutung waren. – Allgemein zum drakontischen Gesetz E. Carawan, *Rhetoric and the Law of Draco* (1998) sowie W. Schmitz, *Nomos moicheias* insbesondere 50 f.

⁸⁴ Darauf wird im Buch näher eingegangen. – Platon nennt in den *Nomoi* (IX 874bc) nur noch das nächtliche Eindringen eines Diebes ins Haus. Platon führte in den *Nomoi* IX 874b ff die Fälle des sogenannten φόνος δίκαιος an, bei deren Vorliegen die Tötung keinerlei strafrechtliche Folgen zeitigte. Neben der Tötung des nächtlichen Diebes und dem Erschlagen eines Räubers in Notwehr, nennt er hier auch die straflose Tötung des Vergewaltigers einer freien Frau oder eines Knaben περὶ τὰ ἁφροδίσια/ aus Liebesgier und weitere Fälle, wobei auch die Tötungsberechtigten genannt werden. In diesen Fällen sieht Platon nicht einmal mehr reinigende Sühnehandlungen vor, seine Formel lautet vielmehr: (πάντως) καθαρὸς ἔστω. – Es spricht einiges dafür, die in Folie 3 gestellte Frage, ob sich die drakontischen ‚Sonderfälle‘ aus dem (Auffang)Bereich der bußlosen Tötung/ dem sogenannten φόνος δίκαιος entwickelt haben, zu bejahen. Dafür spricht insbesondere auch der vierte ‚Sonderfall‘: die Tötung des Ehebrechers etc. Diese Fälle hatten sich offenbar gewohnheitsrechtlich entwickelt und Drakon hat sie erstmals gesetzlich gefasst. Die Entwicklung war damit aber noch nicht abgeschlossen. Bereits Solon scheint ergänzt zu haben; Tod im Rahmen einer ärztlichen Behandlung. Systematisiert erscheint dieser Bereich aber noch nicht.

eine unvorsätzliche und bußlose Tötung unter Verzicht auf die sonst verhängte Verbannung angenommen; das stellte nicht nur eine Beweiserleichterung für Angeklagte, sondern auch eine Vereinfachung für die entscheidenden Richter dar. – Täter nach diesen Sondertatbeständen mussten sich aber einer kultischen Reinigung unterziehen.⁸⁵

Diese *Gruppe der drakontischen Sondertatbestände* war bunt zusammengewürfelt.⁸⁶ Ihr gemeinsamer Nenner lag gegenüber der ersten/ allgemeinen Gruppe unvorsätzlichen Handelns in der milderer Sanktion⁸⁷, als *Phoneus* (Totschläger, besser: Verursacher eines gewaltsamen Todes) weder die Heimat verlassen, noch eine Buße entrichten zu müssen, sondern mit einer kultischen Reinigung davonzukommen. – Bei der *Tötung des moichos* (Ehebrechers, etwa durch den *Kyrios/ Hausherren*), wurde dabei sogar die Grenze zwischen vorsätzlicher und unvorsätzlicher Tötung relativiert, denn hier erfolgte die Tötung vorsätzlich.⁸⁸

Das heißt: Die Gruppe der drakontischen Sondertatbestände, sanktionsmässig innerhalb des Bereichs der unvorsätzlichen Tötung angesiedelt, umfasste sowohl Fälle der vorsätzlichen wie der unvorsätzlichen Tötung. Die vorsätzliche Tötung des *moichos* wurde aber wie eine unvorsätzliche Tötung behandelt, was rechtstheoretisch eine Fiktion darstellt. Geschehen ist dies wohl aus gesellschaftlichen Wertüberlegungen. Der Schutz der Familie und des *oikos* hatte Vorrang und lieferte kraft alten Herkommens einen Rechtfertigungsgrund. Maschke bezeichnete diesen vierten Fall der Sondertatbestände als „eine offenbar uralte Anwendung der erlaubten Selbsthilfe“.⁸⁹

Vielleicht offenbaren Drakons Sonderfälle die Einsicht, dass diese Konstellationen nicht in das geschaffene Schema von *έκούσιος* und *άκούσιος* passten und dass es deshalb von Anfang an diese im Keim bereits dritte Fallgruppe brauchte, zumal diese Fälle nach einer anderen Sanktion verlangten, um ungewollten Härten zu vermeiden und dem Her-

⁸⁵ Vgl. dazu die mehrfachen Ausführungen Platons in den *Nomoi*.

⁸⁶ Vgl. auch Maschke, Die Willenslehre im griechischen Recht 62.

⁸⁷ Was uns zeigt, dass der vielgescholtene Drakon ‚besser‘ war, als sein Ruf.

⁸⁸ Zu den bei Demosthenes (XXIII 53) und Lysias (I 30 f) berichteten *Moichos*-Fällen eingehend: W. Schmitz, *Nomos moicheias* z. B. 50 ff. – Lysias berichtet von Euphiletos, der wegen Mordes angeklagt war, weil er den Eratosthenes, den er mit seiner Frau beim Ehebruch ertappt hatte, getötet hatte. Mehr bei Schmitz, *Nomos moicheias* 49 ff und im Buch in Kapitel II.

⁸⁹ Die Willenslehre im griechischen Recht 62.

kommen Rechnung zu tragen. Obwohl diese Sonderfälle noch dogmatisch ungeordnet unterschiedliches Zusammenfassen, liegt in ihnen in nuce die künftige dritte Kategorie des Zufalls.

Bei den ‚*Wettkampfunfällen*‘ und den ‚*Fällen versehentlicher Tötung eigener Leute im Krieg*‘ erfolgte die Tötung aber – anders als bei der eines moichos – unvorsätzlich; sie konnte aber genau genommen sowohl ‚fahrlässig‘, also schuldhaft, als auch – im Sinne unseres modernen (und auch schon des späteren griechischen) Verständnisses – ‚zufällig‘, also ohne zurechenbares Verschulden/ vorwerfbares Verhalten herbeigeführt worden sein. Diese Unterscheidung wurde damals aber noch nicht getroffen.

Die Frage der Abgrenzung von ‚*Zufall*‘ und ‚*schuldhaft-fahrlässigem Verhalten*‘ hätte sich danach eigentlich schon für Drakon und Solon gestellt; allein diese Grenze wurde – soweit wir das bisher wissen – nicht gezogen, weil ihre Bedeutung wohl noch nicht erkannt worden war. Aber es hatte sich früh das rechtspolitische Bedürfnis eingestellt, bestimmte Fallgruppen einer ergebnis-, also sanktionsmässigen Sonderbehandlung zuzuführen! Und das frühe Rechtsgefühl hatte dabei nicht getrogen, denn alle diese Fälle verdienten – wenngleich aus unterschiedlichen Gründen – eine Sonderbehandlung, also ein Herausnehmen aus der Gruppe schlicht unvorsätzlichen Handelns. Die tieferen Gründe für die nötige Andersbehandlung waren aber – wenigstens zum Teil – noch verborgen geblieben. Bei den ‚*Wettkampfunfällen*‘ und der ‚*versehentlichen Tötung eigener Mitkämpfer im Kriege*‘ handelte es sich in der Regel um Fälle von ‚Zufall‘, bei der ‚*Tötung des moichos/ μοίχος*‘ dagegen wurde – wie erwähnt – wohl wegen Anerkennung einer Art von althergebrachter Selbsthilfe oder Notwehr gegen die Verletzung der Ehre und die Sakrosanktheit des oikos/ οἶκος sogar vorsätzliche Tötung hingenommen. Und der dritte Sondertatbestand des ‚*Raufhandels/ der Schlägerei*‘⁹⁰, der bislang noch nicht hinreichend geklärt erscheint, könnte einen Ansatz in die Richtung der später von Platon und im Anschluss an diesen von Aristoteles behan-

⁹⁰ Platon nennt in den *Nomoi* IX 874b die Tötung des Straßenräubers und ebendort in 880b Fälle der Schlägerei.

delten Affektproblematik (sowie Fragen von Notwehr und Notwehrexzess) beinhaltet haben.⁹¹

Eine weitere Überlegung könnte darin gelegen haben, dass schon damals – im Gegensatz zur offenbar noch erinnerten Erfolgshaftung – gezeigt werden sollte, dass bloße Verursachung nicht (mehr) ausreichte, um eine Haftung und Erfolgszurechnung zu bewirken. Das gilt jedenfalls für die Wettkampfunfälle und die Tötung eigener Leute im Krieg. Die beiden anderen Fälle stellten Sonderfälle dar, die einerseits mit dem oikos- und Familienrecht und andererseits mit der schwierigen Affekt- und Notwehrproblematik zusammenhingen und deshalb milder behandelt wurden. Der wohl erst später von Solon (?) geschaffene Fall der Tötung durch einen ärztlichen Behandlungsfehler⁹² sollte wohl die generell noch schwierige und unsichere ärztliche Behandlung bis zu einem gewissen Grad entkriminalisieren und damit vor unnötiger prozessualer Belastung schützen. Es handelte sich dabei offenbar um einen frühen Beitrag zur Entlastung der auf gegenseitiges Vertrauen angewiesenen Arzt-Patient-Beziehung.⁹³

⁹¹ Dazu Anm. 83. – Vgl. auch den Hinweis von Maschke, Die Willenslehre im griechischen Recht 62. –Vgl. dazu auch die Ausführungen Platons für eine differenziertere Affektproblematik bei Anm. 212.

⁹² Platon behandelt diesen Fall in den *Nomoi* IX 865b: „Was ferner die Ärzte im allgemeinen betrifft, so soll, wenn der Patient unter ihrer Behandlung gegen ihren Willen [ῥακόνητον] stirbt, der Arzt nach dem Gesetz rein sein.“ – Zitat nach der zweisprachigen Platonausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft/ Darmstadt.

⁹³ Platon hat sich mit diesen Fragen bereits ernsthaft befasst; vgl. dazu im Buch Kapitel VII 3: Arzt-Patient-Verhältnis und ärztliche Aufklärung sowie mein Aufsatz: „Platons Plädoyer für Gesetzespräambeln. Dargestellt anhand der Arzt-Patient-Beziehung, in: *Juridicum* 4/ 2003, insbesondere 216.

Antiphons Haftungszurechnung

• Platon, Aristoteles und Anaximenes v. L. übernehmen Antiphons Schema und entwickeln es weiter; insbesondere auch die Kausalität

VERSCHULDEN		ZUFALL	Für „Zufall“ (= fehlendes Verschulden) ist nicht mehr einzustehen
VORSÄTZLICH	UNVORSÄTZLICH (= FAHRLÄSSIG)		

← Zurechnungs- und Haftungsgrenze

Damit liegt das **europäische Haftungsmodell** grundsätzlich vor und die künftige Rechtsentwicklung verfeinert dieses Schema nur noch; und zwar:

- den Fahrlässigkeitsbereich durch Unterscheidung von **Fahrlässigkeitsstufen**; insbes. grobe und leichte Fahrlässigkeit → erste Ansätze in Platons „Nomoi“
- den **Zufallsbereich** (noch in griechischer Zeit) durch Unterscheidung von schlichtem und höherem Zufall (= höhere Gewalt / vis maior); Beginn mit höherem Zufall (?)
- Später kommt es noch zur Anerkennung von **verschuldetem Zufall**, casus mixtus

5

Folie 5: Antiphons Haftungszurechnung

- Wir sehen, dass die drakontischen Ausnahmetatbestände ganz unterschiedliche Fallgruppen betrafen. Ihr gemeinsamer Nenner lag – wie erwähnt – in der gegenüber den normalen Fällen des φόνοϛ ᾿ακούσιος /phonos akousios abgeschwächten Sanktion, nicht dagegen in einer gemeinsamen dogmatischen Grundlage. – Wahrscheinlich versperrten auch religiöse Vorstellungen den juristischen Durchblick (in diesen Sachfragen) in Richtung ‚Zufall‘.⁹⁴ – Ein solches Verständnis klingt auch noch in (8) der zweiten Anklagerede der *Zweiten Tetralogie* an, wo es heißt:⁹⁵

„Auch verdient der Angeklagte nicht etwa Straffreiheit wegen der unglücklichen Umstände seiner Fehlhandlung. Denn wenn das Unglück nicht durch göttliche Vorsehung geschieht, dann ist es eine Fehlhandlung und wird dem, der sie begeht, füglich zum

⁹⁴ Vgl. dazu die einschlägigen Überlegungen Albin Leskys in Punkt 6 (dieses Beitrags): Ein altes religiöses Verständnis verstand nämlich den ‚Zufall‘ (noch) als von den *Göttern ‚gewollt‘* und ‚*zugeteilt‘* oder vom *Schicksal* verhängt.

⁹⁵ Zitiert nach Schirren/ Zinsmaier, *Die Sophisten 171: Zweite Rede des Anklägers – I 2 (8)*.

Verhängnis; wenn aber den Täter der göttliche Fluch trifft, weil er sich versündigt hat, dann ist es nicht rechtens, den Vollzug der göttlichen Heimsuchung zu behindern.“

Die Berufung auf dieses alte religiöse Verständnis durch den Kläger, dessen Argumente ‚dick‘ aufgetragen werden, soll die Annahme von ‚Zufall‘ ausschließen. Die gewählte Formulierung lässt dabei vermuten, dass Antiphon diese Auffassung nicht (mehr) geteilt hat, aber seine Schüler dennoch mit dieser alten religiösen Argumentation vertraut machen wollte, weil immer noch mit ihr zu rechnen war und man sie daher kennen musste. Das spricht dafür, dass die forensische Behandlung des ‚Zufalls‘ zur Zeit der Abfassung der *Zweiten Tetralogie* durch Antiphon noch in Schwebelage war. – Die hier angesprochenen Argumentationslinien in Antiphons *Zweiter Tetralogie* wurden wohl auch aus didaktischen Gründen kontrastreich gezeichnet: Die *Anklageseite* vertritt einen antiquierten, nicht mehr zeitgemäßen – aber offenbar immer noch anzutreffenden – Argumentationsstrang. Antiphon selbst dagegen dachte wohl nicht mehr auf diese Weise und bringt diesen alten Denkansatz deshalb, weil seine Schüler auch mit dieser Meinung umgehen können sollten. Die argumentative Linie der *Verteidigung* dagegen entspricht mit ihrer rationalen rechtlichen Argumentation der Meinung Antiphons.⁹⁶

Meines Erachtens setzte Antiphon – in der eben zitierten zweiten Rede des Anklägers (8) der *Zweiten Tetralogie* – das Argument des Anklägers, der ‚Zufälle‘ auf göttliche Einwirkung(en) zurückführen will, bewusst (!) so ein, dass es zwar der didaktischen Vollständigkeit halber gebracht wird, aber abgelehnt werden musste und wohl auch abgelehnt werden sollte. Dies ist jedenfalls meine Deutung, zu deren Abstützung auch weitere Indizien beitragen, die zum Teil erst im Kontext der weiteren Ausführungen verständlich werden.⁹⁷ Die im genannten Antiphon-Zitat zum Ausdruck gelangende – antiquierten religiösen Vorstellungen folgende – Gleichsetzung von „Zufall“ (τύχη, τυχία)⁹⁸ und „göttlich-schicksalhafter Vorsehung“ verstellte dem Rechtsdenken lange den Weg einer disziplinären Weiterentwicklung, denn diese Gleichsetzung bedeutete, dass das (scheinbar) Zufällige letztlich doch nicht zufällig war, sondern von den Göttern

⁹⁶ Die Gerichtsrede im *Choreutenfall* baute offenbar auf dieser neuen rechtsdogmatischen Grundlage der *Zweiten Tetralogie* auf. – Dazu bei Anm. 26 ff.

⁹⁷ Siehe ab Punkt 5.

⁹⁸ ‚Tyche‘ bedeutet zunächst ‚Zufall‘, aber auch Schickung, Schicksal – und insofern Glück und Unglück. Tyche ist auch die Göttin des Glücks, also des guten Zufalls.

oder dem Schicksal – bspw. wegen alter und noch ungesühnter Schuld – zu-geteilt oder zu-gemessen worden war!⁹⁹

„Zufall“ ist danach das, was zu-fällt und zwar im Sinne von zu-geteilt wird. Und zwar im Guten/ Glück (ἔευτυχία) wie im Schlechten/ Unglück (δυστυχία). – „Zufall“/ Tyche war danach früher „Schicksal“, das noch über den Göttern stand. Alte Schuld/ Verfehlung/ Karma wirkten vermeintlich auf diese Weise: Vor uns steht der Schuld-Zuschreibungsmechanismus mit dem sich Religionen Gefolgschaft sichern. Es brauchte lange, um diese alte und verfestigte religiöse Vorstellung aufzubrechen und schließlich aufzugeben. Erst ein Lockern des Götter- und Schicksalsverständnisses schuf Raum für ein neues rechtliches Begriffsverständnis. Die neue Rechts-Kategorie beginnt sich demnach zu entwickeln, sobald diese Religionsvorstellungen zurückgedrängt werden, und sie füllt den sich auftuenden Freiraum. Daher ist es nicht als Zufall zu betrachten, dass das neue rechtliche Begriffsverständnis aufklärerisch-sophistisch – im besten Sinne des Wortes – vermittelt zu sein scheint und im Laufe der zweiten Hälfte des 5. Jhs. v. C. parallel zu medizinischen und schließlich auch historiographischen Überlegungen an Bedeutung gewinnt. All das findet in einer Zeit wachsender Rationalität und abnehmender antiquierter religiöser Vorstellungen statt.

Der griechische Text bringt das durch das Wort ἄτυχία zum Ausdruck – was wörtlich eigentlich nicht-zufällig, un-glücklich oder ohne Zufall heißt. Gemeint ist damit nunmehr aber rechtlich: Nicht von den Göttern oder dem Schicksal zugeteilt und rechtsspezifisch dann immer mehr und vor allem: nicht zu vertreten im Sinne von nicht vorwerfbar (weil ohne Verschulden). Die umgangssprachliche Bedeutung von ἄτυχία oder ἄτυχημα ist Unglück, Misslingen, unglücklicher Zufall. Die neue juristische Bedeutung dagegen erhält – neben und ohne Beseitigung der umgangssprachlichen, den zusätzlichen fachspezifischen Sinn von – rechtlichem „Zufall“: Verstanden als weder von den Göttern, noch dem Schicksal beeinflusst, noch – und das ist neu – vom jeweils Handelnden verschuldet (und daher zu vertreten). – In der Übersetzung (bspw. von Schirren/ Zinsmaier) wird das so nicht deutlich und wird auch nicht erklärt.¹⁰⁰ Das α vor dem -τυχία oder dem -τύχημα distanziert oder trennt verständnismässig von der alten Bedeutung einer göttlichen oder schicksalsmäßigen Fügung oder Zuweisung. Und wie die besagte Textstelle – in einer wohl bewusst gewählten, aber kaum mehr vertretbaren, religiös antiquierten Weise – sagt:

⁹⁹ Diese Schuld konnte eine persönliche oder familiäre gewesen sein. – Ähnlich und etwa gleichzeitig verläuft die Entwicklung in der Medizin, zeitlich wohl etwas später in der Geschichtsschreibung des Thukydides; dazu mehr in Punkt 6. Der Fortschritt in der Medizin besteht darin, dass im Corpus Hippocraticum die Meinung vertreten wird, dass die Götter keine Krankheiten schicken, sondern dass dies andere Gründe hat.

¹⁰⁰ Schirren/ Zinsmaier, Die Sophisten 170 f (2003). – Diese juristische Bedeutung von Unglück/ Zufall greifen idF Aristoteles und Anaximenes auf; dazu in Punkt 5.

„... wenn das Unglück nicht durch göttliche Vorsehung geschieht [= ἄτυχία]¹⁰¹, dann ist es eine [menschliche] Fehlhandlung [= ἁμάρτημα im Sinne von vorwerfbarem Verhalten] und wird dem, der sie begeht, füglich zum Verhängnis [d. h. haftungsmässig zugerechnet].“¹⁰²

Dieser ‚Schluss‘ der Anklage verwendet aber nicht nur bewusst religiös antiquierte Vorstellungen, er ist auch – wohl ebenso bewusst¹⁰³ – logisch nicht korrekt gezogen; denn nach dem zutreffenden neuen Verständnis war sein Ergebnis ein ganz anderes: Ein solches Handeln war dann eben gerade nicht mehr als Verschulden (im Sinne von ἁμάρτημα, verstanden als persönlich vorwerfbares Verhalten) zurechenbar, sondern ‚exkulpierete‘ den Verursacher wegen mangelndem Verschulden! – Antiphon verwendete meines Erachtens dieses alte und wohl schon damals abgegriffene Argument bewusst und setzte es – zusammen mit dem angeführten fragwürdigen logischen Schluss – in die zweite Anklagerede (!), um es mit seinen Schülern diskutieren und argumentativ-dialektisch ausräumen zu können. Natürlich in der Hoffnung sich damit auch in der (Gerichts)Praxis durchzusetzen. – Wir dürfen nämlich nicht außer Acht lassen, dass wir es mit einem Lehr- und Lerntext und nicht mit einem Gesetzestext oder einer Gerichtsrede zu tun haben. Und es gehört zur Eigenart didaktischer Texte, dass sie die Lösung nicht schon mitliefern, sondern diese vielmehr gesucht und gefunden werden muss. Auch darin enthaltene logische Fehler oder Schwächen sind vom Schüler zu entdecken und auszuräumen. Im Text können jedoch – und das ist hier der Fall, ‚Winke‘ verborgen sein, die den aufmerksamen Schüler/ Leser in die gewünschte Richtung weisen. – Und gerade dieses antiquierte Vorsehungsargument des Anklägers wird historisch wenig später und wissenschaftsgeschichtlich signifikant auch von Thukydides aufgegriffen – der sich damals vielleicht sogar unter Antiphons Schülern befand (?), als diese Fragen rechtlich behandelt wurden – und zwar ganz in dem hier aufbereiteten Sinne Antiphons. Und dieses antiquiert-religiöse Denken wird von Thukydides zur Beförderung seiner eigenen historisch-wissenschaftlichen Zwecke – ebenso wie zuvor juristisch von Anti-

¹⁰¹ Und ἄτυχία wird sowohl bei Aristoteles, als auch Anaximenes zum Terminus für ‚Zufall‘.

¹⁰² Daran zeigt sich sehr schön, dass dieses alte religiöse Verständnis, das Entstehen eines eigenen rechtlichen Zufallsbereichs geradezu verhinderte. Es blieb dafür kein (rechtlicher) Raum. – Den Richtern wird dabei in alter rhetorischer Manier Angst zu machen versucht: Der Ankläger will nämlich sagen – Seht zu, dass ihr durch Euer Urteil den „Vollzug der göttlichen Heimsuchung [nicht behindert]“; dazu Schirren/ Zinsmaier 171 Fn 60.

¹⁰³ Wir müssen bedenken, dass von Antiphon sowohl die Anklage-, als auch die Verteidigungsreden stammen.

phon und den medizinischen Autoren des Corpus Hippocraticum – wissenschaftlich abgelehnt.¹⁰⁴

Wenn nun der ‚Zufall‘ – und das zu ihm führende Verhalten – aber weder von den Göttern stammte, noch schicksalhaft war und auf der anderen Seite auch keinen rechtlichen Verschuldensvorwurf mehr zu begründen vermochte, dann musste dieser ‚Zufall‘ eine eigene Zurechnungs(ausschluss)-Kategorie neben den beiden bereits bekannten und benannten Bereichen bilden. – So entstand rechtlich – wie in der Folge (!) überhaupt wissenschaftlich – die neutrale Sphäre des ‚Zufalls‘. Diese Argumente weisen meines Erachtens den Weg zur richtigen Lösung der *Zweiten Tetralogie*: Auf der einen Seite das von der Anklage meines Erachtens gezielt eingesetzte und aus didaktischen Gründen überzeichnete Argument, welches das Verhalten des Angeklagten letztlich von den Göttern herleitete, weil darin die einzige Chance eines prozessualen Obsiegens erblickt wurde und – auf der anderen Seite – die Feststellung der Verteidigung, dass hier bei vernünftiger Betrachtung kein Verschulden (mehr) anzunehmen und daher auch keine Haftungszurechnung vorzunehmen war.

- Der praktische Umgang mit den drakontisch-solonischen Gesetzen hatte offenbar allmählich das Bedürfnis nach einer Klärung des bislang vagen Bereichs *unvorsätzlichen* Handelns wachsen lassen. Darin liegt der *tieferer Sinn von Antiphons Speerwurf-Beispiel*. Mit der *Zweiten Tetralogie* hoffte Antiphon wohl, diese bislang mitgeschleppten praktisch-theoretischen wie systematisch-dogmatischen rechtlichen ‚Unsauberkeiten‘, die auch zu Ungerechtigkeiten in der Haftungszurechnung führen konnten, beseitigen zu können.
- Das ist bisher, soweit ich das feststellen konnte, den Blicken der Betrachter verborgen geblieben, denn das Erkennen des ‚Zufalls‘ wird bislang einem Zeitgenossen des Aristoteles zugeschrieben: *Anaximenes von*

¹⁰⁴ Es fällt hier schwer, Tyche, also bloßen historisch-wissenschaftlichen Zufall anzunehmen, – Vgl. dazu die Ausführungen in Punkt 6 und dort insbesondere den Hinweis auf A. Leskys Ausführungen über die Rolle des ‚Zufalls‘ bei Thukydides.

*Lampsakos*¹⁰⁵ – und nur in ausgereifterer Form Aristoteles.¹⁰⁶ Heute erscheint die Umkehrung dieser Reihenfolge richtiger und zudem ist auch noch Platons Vorarbeit in Rechnung zu stellen, von Antiphon einmal abgesehen. – Die Reihenfolge hat also heute zu lauten: Aristoteles – Anaximenes, wobei der aristotelische Ansatz starke Wurzeln in Platons *Nomoi* hat; vgl. dort insbesondere IX 862a:

„Ich für meinen Teil, Kleinias und Megillos, behaupte nämlich nicht, wenn jemand einem andern, ohne es zu wollen [μη βουλόμενος], sondern vielmehr unfreiwillig [’αλλ’ ἄκων] einen Schaden zufügt, dass er damit ein Unrecht begeht, allerdings unfreiwillig; und ich werde auch nicht in der Weise meine Gesetze geben, dass ich dies als unfreiwilliges Unrecht hinstelle; sondern ich werde eine solche Schädigung sogar überhaupt nicht als Ungerechtigkeit betrachten, ganz gleich ob sie jemanden schwerer oder leichter trifft.“¹⁰⁷

Diese Ausführungen Platons trennen bereits zwischen ‚schuldhaft-fahrlässig‘ (im Sinne von ἄκούσιος) und ἄκούσιος im Sinne von ‚zufällig‘ (d. h. kausal, aber ohne Verschulden); freilich ohne den neuen (Zufalls)Bereich bereits mit einem eigenen Terminus zu benennen, obwohl dies bei Antiphon angelegt gewesen wäre. – Den Anfang der Entwicklung in Richtung ‚Zufall‘ bildeten wahrscheinlich – schon in vorantiphontischer Zeit – Fälle/ Sachverhalte bei denen auch ein unvorsätzliches Handeln (mangels eines feststellbaren Verschuldens) zu verneinen und damit auch eine Haftung auszuschließen war.¹⁰⁸ Es brach sich wohl

¹⁰⁵ Dazu insbesondere Punkt 5. – Dabei ist es – wie wir sehen werden – durchaus wahrscheinlich, dass der Redner Anaximenes frühere Gedanken, die in der Akademie geäußert worden waren, sei es von Platon, Aristoteles, Eudemos, Theodektes oder anderen, verwertet hat. Dafür spricht auch, dass seine Darstellung – zum Unterschied von jener des Aristoteles – den Charakter eines Berichts und nicht eigenen Nachdenkens und Ringens um Klarheit oder Gerechtigkeit besitzt.

¹⁰⁶ Ich gehe darauf noch ein.

¹⁰⁷ Diese Formulierung deutet darauf hin, dass dieser Rechtszustand von Platon noch als einer *de lege ferenda* und nicht schon *de lege lata* empfunden wurde. – Die Platonzitate stammen aus der zweisprachigen Platonausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft/ Darmstadt.

¹⁰⁸ Das geschah zunächst, wie wir aus Antiphons Schriften wissen, insbesondere dadurch, dass der Kausalzusammenhang (durch Handlungen des Getöteten/ Verletzten) für unterbrochen gehalten und (in Bezug auf den eingetretenen Erfolg) dem Betroffenen

allmählich die Erkenntnis Bahn, dass ein Handeln nicht nur vorsätzlich oder unvorsätzlich sein konnte, sondern dass auch eine dritte Möglichkeit bestand – tertium datur, bei deren Vorliegen die beiden anderen (Zurechnungs-)Möglichkeiten zu verneinen waren. Drakons Sondertatbestände haben hier wohl vorbereitend gewirkt. – Der nächste Schritt war wohl dann der, dass nach einer handhabbaren Grenze gesucht wurde und man bestrebt war, den sich hinter dieser Grenze auftuenden Bereich zu benennen, zumal er bislang unbenannt, weil noch nicht wirklich verstanden und abgegrenzt worden war. – Diese rechtliche Differenzierung wird mit Antiphon (und der von ihm erkannten Fahrlässigkeit) möglich und erreicht.

- Antiphons Ausbildungs- und Lehrbeispiele¹⁰⁹, die noch weitere theoretisch-praktische (Rechts)Probleme bergen, die hier nicht behandelt werden¹¹⁰, bedeuten natürlich noch nicht, dass sich seine Meinung in der

alleiniges (Eigen)Verschulden zugewiesen wurde. – Eine solche Konstellation wäre auch bei dem von Plutarch berichteten Fall denkbar gewesen.

¹⁰⁹ Daraus ist auch abzuleiten, dass die in diese Beispiele verpackten Rechtsprobleme zur Zeit Antiphons relevant gewesen sein mussten, weil es unwahrscheinlich ist, dass der grosse Rhetor und Logograph seinen Schülern bloß Unwichtiges und Uninteressantes dargeboten hat. In unserem Fall kann auch im Hinblick auf Plutarchs Bericht von einer gewissen Aktualität gesprochen werden. E. Carawan, *Rhetoric and the Law of Draco* 181 mwH spricht davon, dass unsere *Zweite Tetralogie* „was clearly inspired by the cause célèbre“.

¹¹⁰ Ich erwähne, neben dem bereits Ausgeführten, das Sachverhaltselement, dass der getötete Knabe angeblich im Augenblick des Unfalls von einem *Turnlehrer* gerufen und aufgefordert worden war am Feld liegende Speere einzusammeln; siehe (6) der zweiten Rede des Anklägers der *Zweiten Tetralogie*: Schirren/ Zinsmaier, aaO 169. Das eröffnete die Frage nach der *Haftung dieses Turnlehrers*, aber auch die nach einer allfälligen *Veranstalterhaftung*, die offenbar – wie uns sogar der nicht gerade substantielle Bericht Plutarchs erkennen lässt – bereits von Perikles und Protagoras gestellt worden war. Das hat auch Maschke, *Die Willenslehre im griechischen Recht* 69 Fn 1 gesehen. Es existierte danach bereits so etwas – oder wurde doch thematisiert, wie frühe Vorstellungen einer *Organisations-, Veranstalterhaftung* oder doch von *Organisatorenverschulden*. Auszugehen ist auch dabei offenbar von einer Verschuldenshaftung und einem (weiten?) Eintretenmüssen für Gehilfenverschulden. – Zu Perikles und Protagoras vgl. schon die Ausführungen in Punkt 1 bei Anm. 51. Im Buch wird auch kurz auf die sogenannte *Organonlehre* eingegangen. – Auf Fragen des Kausalitätsdenkens bei Antiphon gehe ich in Punkt 3 bei Anm. 119 ein.

Praxis der Gerichte bereits durchgesetzt hatte. Und zwar weder in seiner Zeit, noch eine Generation später, insbesondere auch noch nicht zur Zeit Platons und des Aristoteles und vielleicht nicht einmal zu jener des Anaximenes v. L. (?).¹¹¹ – Wir wissen darüber zu wenig, aber auszuschließen ist das auch nicht.¹¹² Nach der Diskussion zwischen Perikles und Protagoras, dem Aufgreifen der Kategorie ‚Zufall‘ durch Thukydides (für die Geschichtswissenschaft) sowie in der Folge auch durch die Philosophie (Platon, Aristoteles, Theodektes) und schließlich durch die Rhetorik des 4. Jhs. v. C. (Anaximenes v. L.) verfügte Antiphons Meinung ab etwa der Mitte des 4. Jhs. v. C. bereits über ein breites und solides theoretisch-juristisches sowie philosophisch-rhetorisches Fundament, dem durchaus auch schon die gerichtliche Praxis gefolgt sein konnte. Aber das ist bislang nur eine historische Möglichkeit mit der wir uns vorerst bescheiden müssen, nicht mehr.¹¹³

3. Weiteres zur normativen Abgrenzung von ‚Zufall‘

Es gilt hier aber noch einen weiteren Gesichtspunkt zu klären: Nämlich die nähere Abgrenzung des ‚Zufalls‘ vom Bereich des Unvorsätzlichen, also dem von Antiphon geschaffenen bloß allgemein-fahrlässigen Verhalten. Dieser Schritt setzte meines Erachtens bereits ein erstes, wenn auch noch nicht wirklich umfassend reflektiertes Andenken einer differenzierenden Unterscheidung innerhalb des unvorsätzlichen Verhaltens voraus: Denn als ‚Zufall‘ konnte nur das betrachtet werden – und das ist

¹¹¹ Mag es auch nicht gerade wahrscheinlich sein, dass Anaximenes bloß die ihm einleuchtendere rationale Position (ohne praktisch-forensische Rückkopplung) in sein Lehrbuch aufgenommen hatte. Auszuschließen ist das aber bislang auch nicht.

¹¹² Die didaktische und wohl schon rechtswissenschaftlich zu nennende Aufeinanderbezogenheit, ja Verwobenheit der Probleme in Ausbildungsfällen (Tetralogien) und Gerichtsreden zeigt uns aber, dass das, was Antiphon dachte und mit seinen Schülern diskutierte, nicht bloß reine Theorie war, sondern dazu diente, anstehende Probleme der Praxis zu bewältigen. Und die waren nicht gering. – An die Zusammenhänge zwischen *Zweiter Tetralogie* und *Choreutenrede* sei aber erinnert.

¹¹³ Durch Aristoteles (siehe Punkt 5) wissen wir, dass Antiphons Fälle und Ansichten um die Mitte des 4. Jhs. v. C. diskutiert wurden.

bis heute so, was nicht mehr als Verschulden/ Fahrlässigkeit (im Sinne eines vorwerfbaren Verhaltens) zu werten war; und zwar auch nicht mehr als leichtes(tes) Verschulden. Eine solche Annahme und das schließlich erzielte normative Ergebnis sind natürlich als rechtliche Wertung gesellschaftsabhängig.

Betrachten wir diese Frage noch näher: Der linear zu denkende Bereich des ‚Un-vorsätzlichen‘ reichte danach – wie erwähnt – von der Grenze zum Vorsatz (auf der einen) bis zum Ende jedweden Verschuldens (auf der anderen Seite), und konnte, ja musste daher graduell abgestuft (oder als schiefe Ebene) gedacht werden. Dieses Verschuldensspektrum wies somit ein beachtliches Gefälle oder deutliche Stufen auf. – ‚Zufälle‘ – wie der im Speerwurfbeispiel anzunehmende, ‚ereigneten‘ sich dagegen unabhängig vom Willen oder auch nur der Einflussphäre des den Erfolg kausal Herbeiführenden, standen also außerhalb dieses Verschuldensspektrums. Das lehrt uns Antiphons Speerwurfbeispiel. Solchermaßen sind zwar kausal, aber nicht mehr durch ein Verschulden eines Handelnden verwirklichte ‚Erfolge‘ sind daher einem Handelnden nicht mehr zuzurechnen, weil sie von ihm weder beherrscht, noch beeinflusst und daher auch nicht vermieden werden können.¹¹⁴ Einen (Schadens)Verursacher wie unseren Speerwerfer trifft kein rechtlicher (Verhaltens)Vorwurf mehr. Vielmehr war das Handeln des Getöteten selbst fahrlässig – und natürlich auch kausal, was vom Vater des angeklagten Knaben in dessen erstem Plädoyer, Punkte (3) ff, auch mehrfach eingewendet wird.¹¹⁵ – Um die Klärung dieser Frage kämpften die Prozessparteien in Antiphons antilogisch-dialektisch angelegten Prozessreden.¹¹⁶ Antiphons *Zweite Tetralogie* lässt aber argumentativ noch nichts – wie Schirren/ Zinsmaier, B. Cassin und andere meinen – in die Richtung erkennen,

¹¹⁴ Zur jüngeren Rechtsfigur des „gemischten“, weil teilweise verschuldeten Zufalls (casus mixtus) vgl. die Hinweise in meinem Lehrbuch: Zivilrecht I 173: Leihe, 178 f: Verwahrung (2004²).

¹¹⁵ Gliederung nach Schirren/ Zinsmaier, Die Sophisten 161.

¹¹⁶ Hier, im ganz normalen Prozessablauf, liegen vielleicht auch – darauf sei hingewiesen, die Wurzeln für die berühmten *Antilogien des Thukydides*, der damit für seine historiographische Darstellungsart dem rechtlichen Vorbild (seines Lehrers ?) Antiphon/s gefolgt sein könnte.

dass zur Falllösung bereits eine graduelle Unterteilung des (eben erst geschaffenen!) Fahrlässigkeitsbereichs angestrebt wurde. Das hätte zurechnungsmässig auch (noch) gar nichts gebracht, weil die normativen Rahmenbedingungen dafür noch nicht existierten (insbesondere dafür keine Rechtsfolgen vorsahen). Der Erfolg winkte vielmehr (nur) dann, wenn jeglicher Vorwurf eines persönlich schuldhaft-fahrlässigen Handelns des den Speer schleudernden Jungen ausgeräumt werden konnte, worum sich dessen ‚Vater‘ in Antiphons *Zweiter Tetralogie* redlich bemühte. Daran ändert nichts, dass die offenbar angestrebte (verschuldensfreie) Zone des späteren ‚Zufalls‘ begrifflich (im Rechtsbereich) noch nicht endgültig gefasst war. – Wir stehen erst am historischen Beginn eines normativ eben in Bewegung geratenen dogmatisch-rechtswissenschaftlichen Differenzierungsprozesses. Allein die Kategorie des ‚Zufalls‘ ist in der *Zweiten Tetralogie* sowohl rechtlich-zurechnungsmässig, als auch begrifflich bereits angelegt.¹¹⁷

Die rechtsgeschichtliche Bedeutung des beschriebenen antiphonischen Entwicklungsschritts in Richtung ‚Zufall‘ liegt aber gerade auch darin, dass erst dieser Schritt die Voraussetzungen dafür schuf, dass künftig im Bereich des (Haftungs)-Gesamtzurechnungsspektrums – und insbesondere in dessen wichtigen Teilelementen: Verschulden und Kausalität – weitergedacht werden konnte. Konkret vor allem in die Richtung der (bei Antiphon entwicklungsmässig nur angelegten) Unterscheidung von Verschuldens- oder Fahrlässigkeitsgraden. Allein die juristische Unterscheidung in grobe und leichte Fahrlässigkeit benötigte – wie wir heute wissen – um in ausgereifter Form in Erscheinung zu treten noch Jahrhunderte, was Schirren/ Zinsmaier, B. Cassin und andere zu wenig bedacht haben; gleichgültig ob man sie in die Zeit der römischen Klassik oder in die Zeit Justinians verlegt.¹¹⁸

- Die *Förderung des rechtlichen Kausalitätsverständnisses* durch Antiphon und – aufbauend auf diesem ersten griechischen Rechtswissenschaftler – in der Folge auch durch Platon, Aristoteles und andere, stellt

¹¹⁷ In der vorhin erwähnten Platonstelle (*Nomoi* IX 862a) findet sich der Zufallsbereich inhaltlich ebenfalls schon vor, wenngleich noch ohne eigene Bezeichnung.

¹¹⁸ Zu verhältnismässig frühen Ansätzen in diese Richtung bei Platon (*Nomoi* IX 863cd) vgl. bei Anm. 199.

ein weiteres und eigenes Kapitel dar, das aber bereits ausführlich von R. Maschke¹¹⁹ behandelt wurde und hier nur erwähnt werden soll.

Auf interessante Kausalitätsfragen geht auch die Dritte Tetralogie¹²⁰ ein, zumal darin nicht nur die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, sondern auch schon Fragen der überholenden Kausalität sowie Notwehr und Notwehrexzess behandelt werden: Angeklagt war ein Jüngling, der bei einer Schlägerei einen älteren und schwächeren Mann, der ihn in einem Streit unter Trunkenen als erster angegriffen hatte, niedergeschlagen und dabei schwer verletzt hatte. Der Verletzte starb darauf in den Händen eines unfähigen Arztes. Maschke¹²¹ spricht von „kunstwidriger Behandlung seitens des zugezogenen Arztes“. Der Angeklagte ging noch während des Verfahrens ins Exil und wurde von Freunden verteidigt. – Zeugen des Anklägers, die den Hergang des Streits bekunden sollten, enthüllten aber auch, dass das Opfer selbst den ersten Schlag geführt hatte, wozu Carawan anmerkt¹²²: „Defendant invokes the law allowing superior force against ‘the first to lay violent hands’ on another.“ – Angesprochen wird damit von Antiphon offenbar der vierte Fall von Drakons erwähnten Sondertatbeständen. Als zuständigen Gerichtshof nennt Carawan das Delphinion oder den Areopag.¹²³

- In der mit dem Erkennen der Bedeutung des ‚Zufalls‘ (im Zusammenwirken mit einem vertieften Kausalitäts- und einem neuen Fahrlässigkeitsverständnis) zum Ausdruck gelangenden *Haftungsreduktion* lag ein beachtlicher Modernisierungsschritt des griechischen Haftungssystems: Dies insofern, als – wie erwähnt – erst dadurch der Weg für eine künftige Unterscheidung (innerhalb) des Verschuldensbereichs in leichte und grobe Fahrlässigkeit vorbereitet wurde und darüber hinaus mit diesem Schritt eine als modern zu bezeichnende dogmatisch durchdachte *Haftungsminderung* verbunden ist. – Dadurch konnte auch der *Präventi-*

¹¹⁹ Die Willenslehre im griechischen Recht 72 ff (1926).

¹²⁰ Dazu Maschke, Die Willenslehre im griechischen Recht 78 ff.

¹²¹ Die Willenslehre im griechischen Recht 79.

¹²² Rhetoric and the Law of Draco 390 f.

¹²³ Mehr zur *Dritten Tetralogie* bei Carawan, aaO 301 ff. – Der Hinweis auf diese Tetralogie Antiphons erfolgte deshalb, weil uns ihr Sachverhalt ein schönes Beispiel für die Frage der *überholenden Kausalität* liefert, die erst sehr viel später in Rom wieder aufgegriffen, dort aber keineswegs das erste Mal thematisiert worden war. Ich referiere hier im Buch die von R. Maschke, Die Willenslehre im griechischen Recht 101 ff geschilderte *Weiterentwicklung von der alten βούλευσις / bouleusis zur δίκη und γραφή βουλεύσεως / dike und graphe bouleuseos* im Sinne einer *allgemeinen Schadensklage* und eines Vorbilds für die *actio doli* ein.

onsgedanke konsequenter gefasst und durchgeführt werden, zumal es auf Dauer nicht überzeugen konnte, für etwas rechtlich einstehen zu müssen, was menschlich auch durch Sorgfalt nicht mehr zu beeinflussen war und sich unabhängig vom Wollen einer Person ereignete¹²⁴; mochte auch – wie in der *Zweiten Tetralogie*, ein Kausalkonnex zwischen Handlung und Erfolg bestanden haben.

Voraussetzung für diesen juristischen Denk(fort)schritt war auch das – bereits mehrfach angesprochene – allmähliche Schwinden oder doch Zurückgedrängtwerden bestimmter mit der alten (Götter)Religion verbundenen Vorstellungen und die damit einhergehende Mediatisierung des Rechtsverständnisses (sowie die bereits angesprochenen mit dem bisherigen Rechtsverständnis unvorsätzlicher Tötung/ Schädigung nicht mehr in Einklang zu bringenden Präventionsüberlegungen): Denn ein Verhalten zu bestrafen¹²⁵ – wenn auch moderater als vorsätzliche Tötung/ Mord, das vom Täter/ Schädiger weder vorhergesehen, noch wie – in der *Zweiten Tetralogie* verhindert werden konnte, schien weder rechtspolitisch sinnvoll, noch gesellschaftlich länger tragbar. – Zu bemerken ist dabei ein fachspezifisches Zurückdrängen religiöser Vorstellungen in den sich entwickelnden Disziplinen Medizin und Jurisprudenz. Antiphon will uns mit der *Zweiten Tetralogie* wohl sagen, seine diesbezügliche Argumentation kommt über die Anklage, dass die Vorstellung, die Götter schickten derartige Erfolge (wie die ungewollte Tötung eines Knaben) nicht sinnvoll und auch mit der Vorstellung von Göttern schwer vereinbar sei. – In der Medizin wird im *Corpus Hippocraticum* etwa gleichzeitig offen ausgesprochen, dass die Götter keine Krankheiten schick(t)en, was ebenfalls lange angenommen worden war und dies insbesondere zur heiligen Krankheit der Epilepsie. Die Geschichtswissenschaft (Thukydides) folgt mit ähnlichen Überlegungen. Die Philosophie folgt wenig später.

- Deshalb wohl auch die politisch-philosophischen Überlegungen von Perikles und Protagoras, über deren Ergebnis uns Plutarch leider nichts Substantielles berichtet.¹²⁶ Wir erfahren durch Plutarch auch nicht, ob der berichtete Fall zu einem gerichtlichen Verfahren führte und wie ein solches allenfalls entschieden worden war; wengleich – die Historizität des Berichts einmal angenommen – die Aussprache zwischen dem Staats-

¹²⁴ Dazu gleich mehr.

¹²⁵ Die Strafe bestand in diesem Fall in einer zeitlichen Verbannung.

¹²⁶ Eingehend zu diesen Fragen E. Carawan, *Rhetoric and the Law of Draco* (1998) sowie auch schon Maschke, *Die Willenslehre im griechischen Recht* (1926).

mann und dem Philosophen gut zu einem unbefriedigenden Verfahrensausgang passen würde. Aber auch das bleibt bislang Spekulation.

Wir können darin einen disziplingeschichtlich bedeutenden Schritt des aufklärerischen Rechtsverständnisses und einer ebensolchen rechtspolitischen Argumentation erkennen. Man könnte sagen: In diesem Fall ist es gelungen, den seit Jahrhunderten geltenden Nomos zugunsten der natürlichen Einsicht (νοῦς / Vernunft, Verstand) zunächst in Frage zu stellen und schließlich – weil nicht mehr zeitgemäß – zu beseitigen. – Plutarchs einschlägige Bemerkung (in der Periklesvita 36) betreffend Perikles und Protagoras mag dabei andeuten (?), dass an dieser Problematik und einer Haftungsabklärung in solchen Fällen sowohl die höchste Politik, als auch eine aufgeklärte Philosophie interessiert war. Verständlich wäre es gewesen! – Vor uns steht aber auch erneut, unabhängig von der Historizität des Diskurses zwischen Perikles und Protagoras, ein für die Griechen charakteristisches Zusammenwirken verschiedener Gesellschafts- und Wissens(chäfts)bereiche beim Lösen bedeutender gesellschaftlicher und rechtlicher Fragen.

Der eben erwähnte Bericht Plutarchs ist aber schon deshalb mit Vorsicht zu genießen, weil er einer Tratsch- und Verleumdungsgeschichte des Periklessohnes Xanthippos gegen seinen Vater entstammt. Xanthippos soll danach „bis an seinen Tod mit dem Vater in unversöhnlicher Feindschaft gelebt haben“. Da Perikles seinen verschwenderischen Sohn finanziell ‚kurz‘ hielt, versuchte sein Sohn ihn „in der Öffentlichkeit lächerlich“ zu machen. Das von Plutarch berichtete Ereignis sollte offenbar dokumentieren, mit welcher unsinnigen Fragen sich sein Vater abgab. – Plutarch:

„Unter anderem sollte er [sc Perikles] einst, als ein gewisser Epiteimios von Pharsalos im Fünfkampfe [Pentathlon] ein Pferd aus Versehen mit dem Wurfspieße getroffen und getötet hatte, mit dem Protagoras einen ganzen Tag auf die Untersuchung verwendet haben, wem man wohl mit dem größten Rechte die Schuld¹²⁷ daran zuschreiben könnte, dem Wurfspieß¹²⁸, dem, der ihn geworfen, oder denen, die das Wettspiel angeordnet hätten?“

Bei dem von Plutarch erwähnten Unfall des Epiteimios aus Pharsalos beim Pentathlon handelte es sich aber nicht wie bspw. Schirren/ Zinsmaier¹²⁹ oder R. C. Jebb¹³⁰ meinen, um „einen sehr ähnlichen tödlichen Un-

¹²⁷ ‚Schuld‘ wird hier typisch umgangssprachlich im Sinne von ursächlich und/ oder schuldhaft gebraucht.

¹²⁸ Auf die durch Antiphon überwundene sogenannte Organonlehre geht Maschke in seinem Werk (Die Willenslehre im griechischen Recht 63 ff) ein. – ‚Organon‘ ist hier im Sinne von Werkzeug zu verstehen, das für jemandes Tod kausal war.

¹²⁹ Die Sophisten 130.

fall“.¹³¹ Der berichtete Sachverhalt – die Tötung eines Pferdes (bei einem Speerwurfwettkampf) war vielmehr ein juristisch anderer und warf gar nicht die Frage der Verbannung des Täters und überhaupt die Rechtsfolgen eines φόνος ᾿ακούσιος auf. Allein die Frage der rechtlichen Bedeutung des ‚Zufalls‘ konnte auch anhand dieses Falles diskutiert worden sein, was aber die erwähnten Autoren nicht gesehen haben. – Es würde sich gut in meinen Erklärungsrahmen fügen, dass Antiphon dies erkannt und den Sachverhalt seiner *Zweiten Tetralogie* daher umgestaltet, und diesen damit gleichsam mit der nötigen rechtlichen Brisanz versehen hat. Denn der von Perikles und Protagoras diskutierte Fall besaß offenbar einen hohen Bekanntheitsgrad, der auf Antiphons Beispiel abfärben konnte und deshalb genutzt wurde.

- Der Eindruck, den H. Erbse in seinem Aufsatz „*Antiphons Rede über den Choreuten*“ von Antiphon vermittelt¹³², ist ein – die überraschend positivere Schlussbetrachtung einmal ausgenommen – denkbar ungünstiger. Wenn wir jedoch den ‚Zufall‘, wie es hier geschehen ist, als auch von H. Erbse herausgestelltes zentrales juristisches Argument Antiphons – sowohl in der *Zweiten Tetralogie* wie im *Choreutenfall* – ernst nehmen, dann erweisen sich sowohl der Speerwurf des Knaben wie das Verabreichen des ‚Giftbechers‘ an den Chorknaben als Handlungen, die – nach Antiphons Meinung – nicht mehr als persönlich zurechenbares Verschulden/ Fahrlässigkeit eingestuft werden sollten, sondern rechtlich als ‚Zufall‘ zu bewerten waren. – Damit verliert Erbses negative Gesamteinschätzung des *Choreutenfalls* an Gewicht.

Es bleibt dann immer noch eine Anzahl – bei Erbse nachzulesender – von Argumenten übrig, die uns zeigen, dass Antiphon als Redenschreiber und Logograph nicht zimper-

¹³⁰ The Attic Orators I 52 f.

¹³¹ Ähnlich E. Carawan, *Rhetoric and the Law of Draco* 181 (1998); dort auch folgender Hinweis: “If we accept the historicity of the anecdote and assume that Pericles and Protagoras indeed debated this very theme, then it is possible that the incident occurred in the 440s (or very soon after) – probably the era of Antiphon’s earliest involvement as legal counsel.” – Wir wissen leider nichts über den Unfallhergang des von Plutarch berichteten Vorfalls.

¹³² Vgl. dazu die Ausführungen bei Anm. 26 ff.

lich war und dass er wie andere Rhetoren, wenn er es für nötig hielt, argumentativ auch tief in die rhetorische Trickkiste zu greifen vermochte.

Mit der hier vertretenen Ansicht verbindet sich also keineswegs die Notwendigkeit einer unhistorischen *Idealisierung der griechischen Rhetorik*. Aber das, was wir in Antiphons rhetorischem Verhalten wahrnehmen, bewegt sich offenbar noch innerhalb der Bandbreite des rhetorisch Üblichen – und, was für ein zutreffendes historisches Urteil wichtig erscheint – damals wohl auch von einem Rhetor Erwarteten. Das Ansehen, das Antiphon als Logograph, Redner und Lehrer genossen haben soll, spricht für eine derartige Annahme. – Das Urteil des Thukydides über (seinen Lehrer) Antiphon scheint mir dies trefflich zum Ausdruck zu bringen, wenn es neben dem Lob und der Bewunderung, die es enthält, auch jene leise Kritik anklingen lässt, die Antiphons problematische Seiten nicht verdrängt.¹³³

Insgesamt erweist sich somit die *Choreutenrede* Antiphons als Beleg dafür, dass seine *Zweite Tetralogie* im hier vertretenen Sinne zu verstehen ist. Die beiden Werke stehen danach in einem inneren gedanklichen Zusammenhang und bauen insofern aufeinander auf, als die vor einem Gericht gehaltene *Choreutenrede* rhetorisch-rechtspraktisch anwendet, was in der *Zweiten Tetralogie* didaktisch-rechtstheoretisch entwickelt worden war. Der ‚moderne‘ und zukunftssträchtige sowie bereits wissenschaftliche Grundgedanke ist dabei in beiden Werken derselbe: Ohne (persönliches) Verschulden (im Sinne von zurechenbarer Fahrlässigkeit), keine Haftung! Und ergänzend tritt hinzu: Der juristische ‚Zufall‘ beginnt dort, wo ein (persönliches) Verschulden sinnvoller Weise (d. h.: gesellschaftlich notwendig) nicht mehr anzunehmen ist. – Ein solches Verständnis eröffnete aber auch, gleichsam als willkommenen Nebeneffekt, beachtliche rhetorische (Entfaltungsmöglichkeiten), was uns zeigt, dass vielleicht auch solche Aussichten, die rechts-theoretische Entwicklung vorangebracht haben.

¹³³ Der Peloponnesische Krieg VIII 68, 1; Originalzitat in Anm. 267.

4. Antiphon und das römische Recht

Wie es scheint, zog Antiphons *Speerwurfbeispiel* aus dessen *Zweiter Tetralogie* noch weitere Kreise in der Rechts- und Wissenschaftsgeschichte (der Haftungszurechnung): Es gab nämlich insofern ein juristisches ‚Nachspiel‘, als etwa 600 Jahre später *römische Klassiker* dieselben *Haftungsbeispiele* bringen, was meines Erachtens eher für eine Übernahme spricht, als dass es als historischer Zufall betrachtet werden kann. Dafür spricht auch, dass in Rom bezüglich der Speerwurfbeispiele erneut *Ulpian* (ermordet 228 n. C.) im Spiele ist, von dem wir wissen, dass er auch sonst immer wieder griechisches Rechtsgedankengut zu nutzen wusste.¹³⁴ – Die Unterscheidung zwischen Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall konnte aber schon Gaius, worauf noch eingegangen wird.

- Die *Digesten* behandeln unter dem Titel *ad legem Aquiliam* (9, 2) einschlägige Fragen im Rahmen der Sachbeschädigung, die dieses Gesetz regelt. Die *lex Aquilia* wird ins Jahr 287/6 v. C. gesetzt und unterschied noch nicht (!) zwischen vorsätzlichem und unvorsätzlichem Handeln¹³⁵ und ebenso wenig zollte sie neben der unmittelbaren Schädigungshandlung der bloß mittelbaren Schädigung Bedeutung. Auf die diesbezüglich weit vorausgeeilte griechische Rechtsentwicklung wurde bereits hingewiesen.¹³⁶

B. Kübler betonte in seinem Aufsatz „Griechische Philosophie und die Lehre von den Verschuldensgraden“ (65 f), dass auch noch (!) die *lex Aquilia* den „Unterschied von Widerrechtlichkeit [im Sinne von objektiver Rechtsverletzung] und Verschulden [im Sinne von subjektiv vorwerfbarer Rechtsverletzung] noch nicht“ kannte. Sie habe nämlich nur

¹³⁴ Ich führe dazu im Buch (Kapitel I 9) Beispiele an, etwa: Aspekte des *nomos moicheias*; der *actio institoria*; der Grundsätze *in dubio pro reo* und *ambulatoria est voluntas defuncti* ... (D. 24, 1, 32, 3 und 34, 4, 4); oder die berühmte Rechtsdefinition *ius est ars boni et aequi* (D. 1, 1, 2 pr. unter Berufung auf Celsus); vgl auch den Hinweis bei Anm. 152. – Ähnliches gilt für Gaius.

¹³⁵ Dazu bspw. Mayer-Maly, *Römisches Recht* insbesondere 164 f sowie Kaser/ Knütel, *Römisches Privatrecht* 319 ff (2003¹⁷).

¹³⁶ Zur *boúleusis* und *dike bouleúseos* vgl. bei Anm. 30 und 123.

verlangt, dass der Schaden *iniuria*, also widerrechtlich zugefügt worden sei – *damnum iniuria datum*:

„Das entspricht der allgemein angenommenen Ansicht, dass das ältere Recht nur auf den Erfolg sah, dagegen die Willensrichtung des Täters unberücksichtigt ließ. Dagegen finden wir schon bei den Juristen der Ciceronianischen Zeit das subjektive Verschulden für die Beurteilung der Tat und ihre Folgen getrennt von der objektiven Widerrechtlichkeit beachtet; es begegnet auch bei ihnen bereits die Unterscheidung des Verschuldens in Vorsatz (*dolus*) und Fahrlässigkeit (*culpa, neglegentia*), die dann zu der bekannten Abstufung: *dolus, culpa, casus*“ führte.¹³⁷ (Hervorhebungen von mir)

Im Gegensatz zu dieser römischrechtlichen Entwicklung unterschied das griechische Recht seit Drakon explizit zwischen vorsätzlicher (Mord) und unvorsätzlicher Tötung (Totschlag) und berücksichtigte damit bereits Formen der inneren oder subjektiven Tatseite, mochte auch der Bereich des unvorsätzlichen Handelns noch manche Frage offen gelassen haben.¹³⁸ – Vergleicht man aber den griechisch-drakontischen noch mit dem römischen Lösungsansatz der *lex Aquilia* zeitlich und inhaltlich, wird deutlich, was von Meinungen zu halten ist, die die Römer – im Gegensatz zu den Griechen – als herausragend begabtes Juristenvolk verstehen wollen. Folgt man einer solchen Prämisse ist natürlich die Versuchung groß, Rezeptionen nicht wahrhaben und die Leistungen anderer Völker nicht anerkennen zu wollen.

- Der folgende römische Kurzsachverhalt in den *Digesten* erinnert an Antiphons Fall:¹³⁹ – Es handelt sich um *Digesten 9, 2, 9, 4, Satz 1* (Tötung eines Sklaven beim Spiel/ Speerwurftraining – Die Anwendung der *Lex Aquilia* wird bejaht) und *Digesten 9, 2, 9, 4, Satz 2*: Nach Ulpian im 18. Buch zum Edikt.

¹³⁷ Der zeitliche Unterschied zwischen Griechenland und Rom betrug danach etwa 400 Jahre, wenn man von Antiphon aus rechnet, etwa 600 von Drakon aus.

¹³⁸ Wie wir bereits gesehen haben, regelte das drakontische Gesetz im Rahmen der Sontatbestände auch schon zwei Fallgruppen, die den ‚Zufall‘ betrafen, sodass in nuce bereits die Dreiteilung von Vorsatz, unfreiwilliger Tötung (~ Fahrlässigkeit) und ‚Zufall‘ vorliegt.

¹³⁹ Kaser/ Knütel, *Römisches Privatrecht* 221 erwähnen hier sogar „Antiphon v. Ramos“, gehen aber nicht näher auf ihn und die in den Stellen steckende Problematik ein.

Der erste Fall (Satz 1) lautet:¹⁴⁰

„*Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est.*“

„Wurde aber ein Sklave dadurch getötet, dass Leute während eines Spieles Speere warfen, so kommt die Lex Aquilia zur Anwendung.“

Der zweite im Vergleich zum ersten etwas modifizierte Sachverhalt (Satz 2) ähnelt noch mehr Antiphons Beispiel und lautet:¹⁴¹

„...: *sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere.*“

„Wenn aber Sportler auf einem Sportplatz Speere warfen und der Sklave gerade über dieses Gelände ging, entfällt jedoch die Lex Aquilia, weil er nicht zur Unzeit ein dem Speerwerfen dienendes Gelände hätte überqueren dürfen. ...“¹⁴²

Der in diesem Beispiel enthaltene Hinweis auf die „Unzeit“ zeigt uns, dass für die Lösung dieses Falles – wie in Antiphons *Zweiter Tetralogie* – primär das Eigenverschulden des durch den Speerwurf getöteten Sklaven herangezogen wurde; freilich ohne dabei rechtlich auf die (ebenfalls im Sachverhalt angesprochene) Kausalitäts- und Zufallsproblematik zu achten, die sich auch hier (für den Werfenden) stellte. Das Eigenverschulden des Getöteten nimmt aber auch hier vom Werfenden jeden Verschuldensmakel und siedelt dessen Handeln juristisch offenbar im ‚Zufallsbereich‘ an, ohne dies aber auszusprechen. – Das Zurechnungszusammenspiel von Kausalität, Verschulden und Zufall bleibt unerwähnt (oder unerkannt).

Der Hinweis in Digesten 9, 2, 10 auf Paulus (im 22. Buch zum Edikt) stellt klar, dass dieser dazu angemerkt hatte, dass „auch gefährliches Spiel ... Verschulden“ begründen könne. Paulus war ein jüngerer Zeitgenosse Papinians, Ulpians und der Severenkaiser¹⁴³. – Der ‚Zufall‘ wird aber auch von ihm nicht reflektiert, obwohl für den verursa-

¹⁴⁰ Zitiert nach: Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, II Digesten 1-10 (Hg von Behrends/ Knütel/ Kupisch/ Seiler).

¹⁴¹ Übersetzung wie in Anm. 140.

¹⁴² Diese Lösung lässt vieles offen, etwa die hinreichende Absicherung des Geländes und die Erkennbarkeit der Gefahr etc.

¹⁴³ Septimius Severus: 193-211 n. C. sowie Alexander Severus: 222-235 n. C. – Literatur zu den römischen Juristen: W. Kunkel, Die römischen Juristen (Nachdruck 2001).

chenden Speerwerfer (neben dem möglichen Eigenverschulden des Getöteten) – wie erwähnt – ein solcher unter Umständen anzunehmen war.

Die römische Klassik erreicht in diesen Stellen noch nicht griechisches, insbesondere nicht antiphontisches Niveau.

Antiphon plädierte, wie wir bereits wissen, im Rahmen seiner tetralogischen Prozessreden für einen Haftungsausschluss wegen eines anzunehmenden (ausschliesslichen) Eigen- oder Selbstverschuldens des Getöteten, allenfalls wegen eines Fremdverschuldens Dritter, womit implizit auch bereits die Möglichkeit von Mitverschulden angesprochen wird, das demnach von den Griechen offenbar ebenfalls schon gesehen wurde. Auch der Diskurs zwischen Perikles und Protagoras deutet in diese Richtung; argumentum: Verschulden der Veranstalter. Plutarchs nicht sehr gehaltvoller Bericht muss nicht so verstanden werden, dass stets nur eine der angeführten Haftungsmöglichkeiten zum Zug kommen sollte. Es könnte durchaus auch schon Mitverschulden überlegt worden sein. – Die Digesten behandeln die Mitverschuldensproblematik in diesem Kontext auch nicht im Rahmen des berühmten Barbierfalles (Digesten 9, 2, 11 pr.: Ulpian ad edictum), wo ausgeführt wird:¹⁴⁴ „Ebenso schreibt Mela: Als einige spielten und dabei einer den Ball mit Wucht auf die Hände eines Barbiers schleuderte und dadurch die eine Hand nach unten drückte, wurde die Kehle eines Sklaven, den der Barbier gerade rasierete, von dem angesetzten Rasiermesser durchschnitten: Derjenige von den Beteiligten hatte, nach der Lex Aquilia, den Verschulden treffe. Proculus meint, den Barbier treffe Verschulden. Und in der Tat, wenn er dort rasierete, wo man gewöhnlich spielte oder lebhafter Verkehr herrschte, gibt es etwas, was ihm vorgeworfen werden kann. Doch könnte man nicht zu Unrecht auch folgende Meinung vertreten: Vertraut sich jemand einem Barbier an, der seinen Sessel auf einem gefährlichen Platz aufgestellt hat, so muss er sich bei sich selbst beklagen.“ – Darin liegt nach Ulpian die Annahme von Alleinverschulden des Rasierenden, was aber kaum sachgerecht erscheint, zumal die Annahme von Mitverschulden des Rasierenden die bessere Lösung wäre.

- Das aus der Mitte des 5. Jhs. v. C., also perikleischer Zeit, stammende römische *Zwölftafelgesetz* kannte eine Formulierung, die aber noch nicht als Widerhall des behandelten griechischen Diskurses (von Drakon zu Antiphon) betrachtet werden kann. Dieser Text bewegt sich vielmehr noch auf vor-drakontischem Niveau. Dieses römische Gesetz kennt nämlich weder die drakontischen Sondertatbestände, noch wurde die grundsätzliche Unterscheidung Drakons zwischen vorsätzlichem und unvor-

¹⁴⁴ Zitiert wie in Anm. 140.

sätzlichem Handeln bereits vergleichbar explizit gelöst. – Tafel VIII 24a lautet:

„*Si telum manu fugit magis quam iecit, aries subicitur*“.

„Wenn eine Waffe [telum = Fern- oder Wurfwaffe, Geschöß] mehr ohne Absicht des Werfenden aus der Hand gelangt, als dass er sie (bewusst) geworfen hat, wird ein Sühnebock gestellt.“¹⁴⁵

R. Düll merkt dazu (aaO 94) an: „Bei Tötung ohne Tötungsabsicht soll keine Strafe, sondern nur religiöse Sühnung eintreten.“ – Auch die drakontische Sanktion war bei schlicht unvorsätzlichem Handeln, und vor allem in den erwähnten Sonderfällen, milder, begnügte sich in den Fällen unvorsätzlicher Tötung aber nicht mit kultischer Reinigung. Nur die drakontischen ‚Sondertatbestände‘ sahen keine Strafe, sondern nur kultische Reinigung vor.

Dieser Formulierung des Zwölftafelgesetzes kann nur andeutungsweise eine Unterscheidung zwischen vorsätzlichem und unvorsätzlichem Handeln entnommen werden, nicht mehr. – Auch *Gaius* deutet in seiner Kommentierung des Zwölftafelgesetzes (1 IV ad XII tab. = D. 47, 9, 9) dessen Regelung wohl noch so, dass hier noch nicht zwischen Fahrlässigkeit und Zufall unterschieden wird.

Nachdem er zuerst (D. 47, 9, 9) die „absichtliche“ Begehung der Tat behandelt, führt *Gaius* aus: „Geschah sie aber mehr zufällig, d. h. infolge Fahrlässigkeit, so wird dem Täter befohlen, ...“ (si vero casu, id est negligentia) – ‚Zufall‘ und ‚Fahrlässigkeit‘ wurden demnach auch nach der Meinung des *Gaius* in den Zwölf Tafeln noch nicht unterschieden.¹⁴⁶

• Anders die *Institutionen des Gaius* (III 211), wo zur lex Aquilia ausgeführt wird:¹⁴⁷

„*Is iniuria autem occidere intellegitur,*

„Begrreiflicherweise tötet derjenige wider-

¹⁴⁵ Übersetzung nach R. Düll, *Das Zwölftafelgesetz, Texte, Übersetzungen und Erläuterungen* (1995). – Die Übersetzung von D. und A. Flach, *Das Zwölftafelgesetz* 134 (2004) lautet: „Wenn jemandem eine Wurfwaffe eher der Hand entschlüpft ist, als dass er sie geworfen hat, soll er zur Sühne einen Bock stiften.“

¹⁴⁶ Hervorhebungen von mir.

¹⁴⁷ Text und Übersetzung nach U. Manthe (Hg), *Gaius Institutiones. Die Institutionen des Gaius* 310 f (2004).

cuius dolo aut culpa id acciderit; nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur, itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.”

rechtlich, durch dessen Vorsatz oder Fahrlässigkeit dies [sc. die Tötung fremder Sklaven oder quadrupes] vorgekommen ist; ein Schaden, der nicht widerrechtlich zugefügt wird, wird auch durch kein anderes Gesetz gebüßt, und so ist straffrei, wer ohne Fahrlässigkeit und Vorsatz durch einen unglücklichen Zufall einen Schaden herbeigeführt hat.“ (Hervorhebungen von mir)

Gaius kennt demnach bereits – etwa 570 Jahre nach Antiphon und etwa 500 Jahre nach Aristoteles – die griechische Unterscheidung von Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall. Eine Übernahme aus dem griechischen Recht ist zwar nicht nachweisbar, aber dennoch wahrscheinlich. Gaius gilt wie Ulpian als Einfallstor für ‚Griechisches‘ (F. Pringsheim). – Die Vermittlung könnte aber auch schon über *Q. M. Scaevola* (Ciceros Lehrer) gelaufen sein, der die Übertragung dieser griechisch-aristotelisch-platonisch-antiphonischen Ergebnisse ins römische Recht vorgenommen haben könnte, zumal er es auch gewesen sein soll, der die aristotelische Unterscheidung von Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall vom Strafrecht ins römische *ius civile* übertragen hat, wozu es nur den Willen brauchte, dies zu tun, denn Modifikationen waren nicht nötig.¹⁴⁸ – Ob Cicero die Meinung seines Lehrers (Scaevola) nur unvollständig wiedergab oder von seinem Lehrer nichts anderes gehört hatte, muss hier offen bleiben; Ciceros Ausführungen (insbesondere in *Pro Tullio* 51) ist aber meines Erachtens noch keine klare Unterscheidung der Trias von Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall zu entnehmen. Er führt dort aus:¹⁴⁹

„Wem könnte es, da du mich ja auf die Zwölf Tafeln verweist, eher zukommen, dass ihm verziehen wird, als einem, der jemanden unbeabsichtigt getötet hat [imprudens occiderit]? Niemandem, denke ich. Dies ist nämlich ein ungeschriebenes Gesetz der Menschlichkeit [tacita lex ... humanitatis], dass von einem Menschen nur für Vorsatz,

¹⁴⁸ Dazu B. Kübler, Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republicanischen Zeit 88 f. – Kübler erwähnt hier aaO 89 in Fn 1, dass Themistios (ein byzantinischer Jurist des 4. Jhs. n. C.; zu ihm H. Dörrie, Themistios, in: *Der Kleine Pauly* V 677 ff) „diese Entdeckung des Aristoteles öfter“ gepriesen habe.

¹⁴⁹ Zitat nach D. Flach, *Das Zwölftafelgesetz* 134 f (2004). Bei Flach findet sich zu unserer Stelle keine Kommentierung oder Anmerkung.

nicht für ein Missgeschick [ut ab homine consilii, non fortunae¹⁵⁰ poena repetatur] zur Strafe Wiedergutmachung verlangt wird. Dennoch haben die [römischen] Vorfahren für genau diesen Fall Gnade nicht gewährt. [Diese konditionale Verknüpfung offenbart geringes Verständnis.] Denn es steht die Bestimmung auf den Zwölf Tafeln: „Wenn (jemandem) eine Wurfwanne eher der Hand entschlüpfte, als dass er sie warf ...“ [Gerade in diesem Fall war ja nur ein Sühnebock zu stiften!]

Der ‚Zufall‘ stellte aber auch im römischen Recht spätestens seit Gaius die Haftungs- und Zurechnungsgrenze dar, die im rechtsgeschäftlichen Bereich nur ausnahmsweise (bei der custodia-Haftung) überschritten wurde.

Meines Erachtens hat aber für diese angeblich rein römischrechtliche Übertragung (Scaevolas) vom Straf-, ins Zivilrecht bereits Platon in seinen *Nomoi* (IX 862b) wichtige Vorarbeit geleistet, wenn nicht diese schon vorweggenommen. Bei ihm heißt es nämlich: „... darauf muss der Gesetzgeber sehen, und auf diese beiden Dinge muss er sein Augenmerk richten, auf die Ungerechtigkeit und auf die Schädigung [πρὸς τὴν ἀδικίαν καὶ βλάβην, ...]; und den Schaden muss er durch seine Gesetze möglichst unschädlich machen [καὶ τὸ μὲν βλαβὲν ἀβλαβὲς τοῖς νόμοις εἰς τὸ δυνατόν ποιητέον, ...] ...“¹⁵¹

- In *römisch-klassischer Zeit* verdichten sich aber die Bemühungen um ein funktionales Verständnis und Verhältnis der verschiedenen Schuldty-

¹⁵⁰ *Fortuna* erscheint als Übersetzung aus dem Griechischen: *tyche*/ τύχη insbesondere von *δυστυχία*/ Missgeschick, Unglück. Die in den Zwölf Tafeln angesprochene Unterscheidung zwischen vorsätzlich und unvorsätzlich wird hier nicht thematisiert; insbesondere auch nicht hinsichtlich der Unschärfe von unvorsätzlich, das ja (auch im griechisch-drakontischen Sinne) sowohl Fahrlässigkeit wie Zufall umfasste. Bei Cicero fehlt hier das Verständnis für Fahrlässigkeit völlig! Er scheint nur zwischen Vorsatz und Missgeschick unterscheiden zu wollen. Dass es sich hier nicht um eine einmalige Ungenauigkeit handelt, beweist eine andere, ebenfalls bei Flach (aaO 135) zitierte Stelle (Topica 64), in der erneut nur zwischen Vorsatz und Missgeschick unterschieden wird. – Die Betonung der Nichtzurechenbarkeit eines (ungewollten) Missgeschicks erinnert sowohl an eine Stelle in Platons *Nomoi*, als auch Aristoteles (vgl. bei Anm. 185). Ciceros Formulierung „tacita lex ... humanitatis“ weist ebenfalls in Richtung griechisches Rechtsdenken.

¹⁵¹ Vgl. dazu auch Anm. 196. – Der Begriff Schaden/ βλάβη hat hier bereits einen zivilistischen Gehalt.

pen sowie der Haftungs- und Zurechnungskategorien Kausalität (?)¹⁵², Verschulden und Zufall. – In Bezug auf den ‚Zufall‘ kommt es bereits zu einprägsamen, ja formelhaften, rechtssprichwörtlichen Aussagen:

Die bekanntesten sind *casum sentit dominus* (zeitliche Entstehung?); *casum sentit is, quem tangit* (Entstehung?); *casus a nullo praestantur* – für Zufälle ist haftungsmäßig nicht einzustehen; mittelbar: *damnum sine iniuria esse potest* (Schaden kann auch ohne Unrecht entstehen – d.h.: Nicht für jeden Schaden ist einzustehen) oder *res perit suo domino* – der Untergang einer Sache trifft den Eigentümer uam¹⁵³ – Es ist erneut Ulpian, der hier die griechische Linie am konsequentesten fortführt, wenn er nach den Digesten 50, 17, 23 formuliert: *quae sine culpa accidunt, a nullo praestantur* – für unverschuldeten Schaden ist nicht einzustehen. Ein voller Beweis für eine Übernahme oder auch nur eine Beeinflussung aus griechischen Quellen ist heute nicht mehr zu erbringen, die Wahrscheinlichkeit einer solchen Annahme ist aber groß.

Die erwähnten rechtssprichwörtlichen Aussagen haben bis hin zu den großen Kodifikationen an der Wende vom 18. zum 19. Jh. (PreußALR, frCC, öABGB), und damit bis heute, ihre grundsätzliche Kraft und Richtigkeit beibehalten. Aber nur das ABGB trifft eine – offenbar vermeintlich ausschließlich an das römische Recht anknüpfende – allgemeine klare Normaussage zur Bedeutung des ‚Zufalls‘. – Aber in diesen römischen ‚Formeln‘ steckt, wie wir mittlerweile wissen, griechischer Geist und vor allem auch griechisches Rechtsdenken, das mehr als bloße Vorarbeiten für diese Formeln geleistet hat.¹⁵⁴ Das Ende dieser langen Entwicklungslinie stellt vorerst die Regelung des § 1311 Satz 1 ABGB¹⁵⁵ dar:

¹⁵² Die Zurechnungselemente Kausalität, (Mit)Verschulden und Zufall spielen bei der sogenannten überholenden Kausalität bereits eine wichtige Rolle; zum griechischen Recht vgl. schon Antiphons *Dritte Tetralogie* (dazu bei Anm. 120), zum römischen Recht, Kaser/ Knütel, *Römisches Privatrecht* 220 ff.

¹⁵³ Vgl. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* (1982).

¹⁵⁴ Vgl. etwa Kaser/ Knütel, *Römisches Privatrecht* 231 (2003¹⁷): Hier findet sich aber die Unterscheidung in einfachen oder niederen Zufall (*casus* oder *casus minor*) sowie höheren Zufall (*casus maior* oder *casus fortuitus*), welcher auf höherer Gewalt (*vis maior*) beruht. – Auch diese Unterscheidung besitzt bereits griechische Wurzeln. – Im römischen Recht war im Rahmen der *custodia-Haftung* ausnahmsweise auch für ‚Zufall‘ einzustehen; vgl. Kaser/ Knütel, *Römisches Privatrecht* 225.

¹⁵⁵ Dem deutschen BGB fehlt eine allgemeine Regelung des ‚Zufalls‘; es kennt nur einzelne Zufalls-Regeln, etwa bei Verzug, *casus mixtus* bei unerlaubter Handlung und

„Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet.“¹⁵⁶

Das entspricht der römischrechtlichen Formel: *casum sentit dominus*.

- Die üblichen römischrechtlichen Lehrbuchdarstellungen wissen nichts von dieser interessanten und lehrreichen, über Jahrhunderte, ja Jahrtausende verlaufenden Entwicklung des Haftungs- und Zurechnungsinstrumentariums vom griechischen zum römischen und von diesem – über das römisch-gemeine und Naturrecht – zum modernen Recht. – Als Beispiel sei die letzte Auflage von Kaser/ Knütel¹⁵⁷ erwähnt, wo die hier aufgezeigte Entwicklung nicht einmal am Rande erwähnt wird. Das läuft auf ein rechtsgeschichtliches Verzeichnen historischer Abläufe hinaus, zumal das Gegenteil (des dort Ausgeführten) für manche Frage längst feststeht und die Fundstellen leicht zugänglich sind. – Wir lesen bei Kaser/ Knütel:

„Die moderne Zivilrechtslehre pflegt für die Schadenersatzpflicht zwei allgemeine Erfordernisse aufzustellen: Der Täter muss die Schädigung durch sein Verhalten verursacht haben; und er muss ... sich dabei schuldhaft verhalten haben. Dieses ‚Verschuldensprinzip‘ wird auf das römische Recht zurückgeführt. Dabei stuft man die Haftung im einzelnen nach den Graden des Verschuldens ab und unterscheidet als seine Hauptformen Vorsatz und Fahrlässigkeit.“

Kein Wort von der Entdeckung der Fahrlässigkeit durch Antiphon und deren Entwicklung insbesondere durch Aristoteles. Nichts darüber, dass das erwähnte Verschuldensprinzip bereits die Griechen entwickelt hatten. Und ebenso nichts über die bereits weitreichenden griechischen Ergebnisse im Bereich des Kausalitätsdenkens. Und keine Erwähnung der Rolle des ‚Zufalls‘ in dieser verflochtenen Genesis. – Dasselbe wiederholt

beim Untergang von Sachen. – Auch das sonst so vorbildliche PreußALR kannte keine allgemeine, dem ABGB vergleichbare, Regel, und wird damit zum Vorbild für spätere legistisch-kasuistische Einzelregelungen; dtBGB, SchwOR etc. Der französische Code Civil hüllt sich in Schweigen und der italienische Codice Civile kennt wie das Schweizerische OR nur kasuistische Einzelregeln. Das Schweizerische OR hat aber vom ABGB vielleicht den casus mixtus übernommen; vgl. Art 306 Abs. 3 OR.

¹⁵⁶ Dazu meine Ausführungen, in: Zivilrecht 579 ff (2004²).

¹⁵⁷ Römisches Privatrecht 219 (2003¹⁷).

sich im genannten Lehrbuch auf Seite 237, wo der ‚Zufall‘ behandelt wird. Der Fehler wiegt hier aber geringer, weil die erst hier aufgezeigte Entstehung des ‚Zufalls‘ am Ende des 5. Jhs. bzw. spätestens um die Mitte des 4. Jhs. v. C. im antiken Griechenland bislang weithin unbekannt geblieben zu sein scheint, weil man sich im Bereich der Romanistik gar nicht die Mühe gemacht hat, die juristischen Äußerungen von Platon, Aristoteles oder gar von Antiphon oder Anaximenes von Lampsakos zur Kenntnis zu nehmen. Und auch der bereits vor 75 Jahren veröffentlichte Aufsatz des Fachkollegen Bernhard Kübler fiel offenbar ebenso dem Vergessen oder vielleicht auch der curricularen Verdrängung anheim, wie das wichtige Buch Richard Maschkes.¹⁵⁸

- *Karl Binding* hatte in der SZ/ RA 39 (1918) 30¹⁵⁹ die Dreiteilung der Haftungskriterien in Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall noch als „glänzende Entdeckung“ der Römer gepriesen.¹⁶⁰ Es war das Verdienst Bernhard Küblers dieser Einschätzung mit dem Hinweis auf Anaximenes von Lampsakos und Aristoteles widersprochen und die Wahrscheinlichkeit einer römischen Entlehnung von griechischen Vorbildern plausibel gemacht zu haben.¹⁶¹

Kübler weist hier auf v. Woess (Das römische Erbrecht und die Erbanwärter, 1911), Stroux (Summum ius, summa iniuria, 1949), Q. Mucius Scaevola, den Lehrer Ciceros, Cicero selbst und dessen Studienkollegen Servius Sulpicius hin und konstatiert: „Dass die Einteilung der Haftungsgrade griechischem Vorbilde entlehnt war, dafür kann man sich auch auf Inst. 4, 4 pr. berufen, eine Stelle, die, wie Collatio 2, 5, 1 erweist, aus dem liber singularis de iniuriis des Paulus entnommen ist. Hier heißt es: culpa, quam Graeci ᾠδικημα dicunt.“ (Mehr bei Kübler.)¹⁶²

¹⁵⁸ Zu Verdrängungsmechanismen in der (Rechts)Wissenschaft vgl. nunmehr meinen Aufsatz: Rechtswissenschaft und Psychoanalyse, in: W. Ernst/ H. J. Walter, Psychoanalyse an der Universität 7 ff (2004).

¹⁵⁹ Culpa. Culpa lata und culpa levis.

¹⁶⁰ Vgl. B. Kübler, Der Einfluss der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht 66.

¹⁶¹ Dazu insbesondere aaO 71 f.

¹⁶² Solche Hinweise auf griechische (Rechts)Wurzeln sind in den Digesten nicht selten. Aber sie werden offenbar nicht gebührend zur Kenntnis genommen; vgl. etwa 1 p. D. 50, 16, 236 pr.: Graeci φάρμακον dicunt.

Kübler war es auch, der diese haftungsrechtlich so bedeutende Dreigliederung nicht nur als „Normierung nach Zweckmäßigkeitserwägungen“, sondern bereits als „*wissenschaftliche Erkenntnis*“ bezeichnet hat.¹⁶³ – Wir haben aber gesehen, dass auch Küblers Erklärung noch zu kurz greift, zumal er weder Drakons legistische Vorarbeit¹⁶⁴, noch Antiphons Verdienste und auch nicht weitere juristische wie nichtjuristische griechische Einflüsse und Zwischenwirte – wie das Corpus Hippocraticum oder Thukydides – berücksichtigte.

In Anlehnung an eine – freilich in anderem Kontext stehende – Formulierung von Ernst Topitsch¹⁶⁵ lässt sich daher schon hier im Sinne einer Zwischenbilanz für den untersuchten Bereich des ‚Zufalls‘ und die gesamten straf- und zivilrechtlichen Haftungsgrundlagen sagen, dass die „ausserordentliche Lebenskraft“ jener wissenschaftlichen Meinung, wonach das antike Griechenland keine beachtliche – den anderen großen kulturellen Leistungen des Griechentums auch nur annähernd vergleichbare – Rechtskultur hervorgebracht habe, weniger „auf ihrer Richtigkeit“, als „auf ihrer psychologischen Wirksamkeit“ beruht.

W. Sellert etwa zitiert am Beginn seiner „Einführung“ in den von O. Behrends und ihm hg. Sammelband „Nomos und Gesetz“, den Althistoriker Alfred Heuss, der ebenfalls noch meinte, dass die Griechen, „welchen so viel an Erhellung der Welt zu verdanken ist, ohne methodische Rechtswissenschaft geblieben [sind], weshalb das Abendland auf diesem Gebiet nicht bei ihnen, sondern bei den Römern in die Schule gehen musste“.¹⁶⁶

¹⁶³ Mehr bei Kübler, aaO 71 ff.

¹⁶⁴ Dazu nunmehr eingehend Carawan, *Rhetoric and the Law of Draco* (1998).

¹⁶⁵ Vom Ursprung und Ende der Metaphysik 11 (1958/ 1972).

¹⁶⁶ Das erstaunliche dabei ist nicht nur dass solche Meinungen vertreten wurden, sondern auch wie vage und inhaltlich plakativ sie bleiben. Es wird nicht einmal zwischen den großen Rechtsbereichen (Privat- oder öffentliches Recht etc) unterschieden, was zeigt, dass hier keinerlei eigene, sondern ausschließlich fremde Vorstellungen tradiert werden, die zudem nicht hinterfragt wurden. Denn dass bspw. die Ideen der Verfassung, des Gesetzes und seiner Publikation, der Kodifikation, der Normenkontrolle und gerade auch das von A. Heuss erwähnte Methodeninstrumentarium sowie vieles andere mehr nicht aus Rom stammten (und zum Teil nicht einmal aus Griechenland), hätte auch ein Nichtjurist erkennen können. – Ich verweise hier auf einige bereits erschienene kleinere Parerga, nämlich: Platons Plädoyer für Gesetzespräambeln. Dargestellt anhand der Arzt-Patient-Beziehung, in: *Juridicum* 4/ 2003, 214 ff sowie Zur juristischen Professionalität

– Dass die Römer aber nicht wenig auch auf rechtlichem und auf juristisch-methodischem Gebiet nahezu alles den Griechen (und deren durchaus schon wissenschaftlichem Rechtsdenken) verdankten, bleibt dabei unerkannt.¹⁶⁷ Erstaunlich ist dabei, dass solche Aussagen auch von Historikern nicht selten ohne eigene Recherche, sondern bloß auf vermeintlichen Autoritäten aufbauend, gleichsam vom Hörensagen gemacht wurden. — So wurden auch von gestandenen (Rechts)Historikern, Vorurteile für ein Gebiet – hier die Jurisprudenz – tradiert, das sie im Detail meist gar nicht kannten. Häufig erfahren wir nicht einmal, woher diese persönlichen Vorurteile stammen.

Die Beispiele ließen sich leicht vermehren. Ich beschränke mich aber auf den Hinweis darauf, dass vor allem Vertreter der romanistischen Neo-Pandektistik solche historischen Verzeichnungen und Vorurteile pflegen, was insofern schwerer wiegt, weil es sich bei den Autoren häufig um Rechtshistoriker handelt; gegen eine solche Perspektive insgesamt schon P. Caroni, *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus*.¹⁶⁸ – Hier wird immer wieder nicht nur vereinfachend, sondern historisch verzerrend alles auf das römische Recht bezogen und dem Verlust eines gemeinen römischen Rechts in Europa nachgetrauert, das so gar nie existiert und Anwendung gefunden hatte. Und dies ohne jeden rechtshistorischen Seitenblick. Gegen eine solche Sichtweise auch W. Brauner, *Europäisches Privatrecht: historische Wirklichkeit oder zeitbedingter Wunsch an die Geschichte?* (Roma, 1997) – Beträchtlichen rechtshistorischen Schaden richtete H. Coings Werk „*Europäisches Privatrecht*“ (2 Bde, 1985 und 1989) an, zumal es die Grundlagen für die erwähnte neo-pandektistische Scheinwelt legte und unhistorisch von einer jahrhundertelangen gemeinsamen Rechtstradition in West- und Mitteleuropa in der Form eines *Ius Commune* ausging.¹⁶⁹

Die aufgezeigte historische Fehleinschätzung gilt daher, wie wir gesehen haben, nicht nur für die Entstehung des (subjektiven) Verschuldensprinzips, die Grundlagen des (objektiven) Kausalitätsdenkens und den (neutralen Haftungsausschlussbereich) Zufall, sondern auch für die Behauptung, die Griechen hätten keine ‚Rechtsfälle‘ gekannt. – Nichtsdestoweniger stammen die rechtlichen Haftungsgrundlagen der Moderne, wie wir

sierung im alten Griechenland. Plädoyer für ein rechtshistorisches Umdenken, in: FS R. Welser 27 ff (2004).

¹⁶⁷ Eine Ausnahme bildet hier U. Manthe, *Geschichte des römischen Rechts* bspw. 59 (2000), der unter anderem für die Mitte des 2. Jhs. v. C. feststellt: „Griechenland brachte vor allem System und Methode nach Rom ...“.

¹⁶⁸ In: ZNR 1994, 85 ff. – Vgl. auch den Hinweis in Anm. 181.

¹⁶⁹ Auf weitere rechtshistorisch problematische Positionen Coings gehe ich auch in anderen Zusammenhängen im Buch ein.

feststellen konnten aus dem griechischen Recht und dessen seit Antiphon bereits wissenschaftlich zu nennendem Rechtsdenken.

5. Vom sakralen Sühnrecht des delphischen Apollon zur Grundlegung der griechisch-römischen Schuldlehre durch Antiphon, Platon und Aristoteles

Das griechische Recht war, wie wohl alle frühen Rechte, ursprünglich vom Gedanken der *Erfolgs-* oder *Kausalhaftung* geleitet und nahm auf die Willensrichtung des Täters zunächst keine Rücksicht. Rechtliche *Schuldvorstellungen* waren zwar subkutan vorhanden¹⁷⁰, aber vom Erfolgshaftungsdenken überlagert und diese Vorstellungen unterschieden auch noch nicht zwischen den uns heute vertrauten grundlegenden Schuldformen; insbesondere auch noch nicht zwischen *vorsätzlichem* und *unvorsätzlichem Handeln* auf der einen und – erst recht nicht – dem *Zufall* auf der anderen Seite. Erstere Unterscheidung gesetzlich gefasst zu haben, war Drakons legistische Leistung gewesen, mag diese Differenzierung auch – nach verbreiteter Auffassung¹⁷¹ – bereits deutlich früher sakral(gewohnheits)rechtlich als Beitrag des delphischen Apollon entwickelt worden sein.¹⁷² Ob für diese vor-drakontischen und schließlich drakontisch-solonischen Entwicklungsschritte orientalische Vorbilder existierten, muss vorerst ebenfalls offen bleiben. Aber auch dieser erste unvollkommene und dogmatisch in manchem noch unbewusste Schritt in Richtung einer beginnenden haftungsrechtlichen Trennung von ‚Zufall‘ und dem (zunächst in sich noch ungegliederten) Bereich des unvorsätzlichen Handelns beginnt – wie gezeigt werden konnte, mit Drakons Aus-

¹⁷⁰ Ich gehe im Buch darauf im Rahmen der Ausführungen zur Erfolgshaftung (Kapitel II 6) näher ein. – Grundsätzlich zu dieser Entwicklung Dodds, *The Greeks and the Irrational* (1951).

¹⁷¹ Vgl. zuletzt Carawan, *Rhetoric and the Law of Draco* 383: „Draco inscribed into law the customary arrangement of self-help and private settlement that had evolved in the early *polis*.“ – Deutlich früher bereits in diesem Sinne R. Maschke, *Die Willenslehre im griechischen Recht* z. B. 21 f (1926).

¹⁷² Strittig ist, was Drakon übernommen und ergänzt hat und was von ihm neu geschaffen wurde.

nahmetatbeständen; mag dies zunächst auch noch weder einen begrifflichen, noch einen systematischen Niederschlag, sondern nur ein ergebnis- und sanktionsmässiges Berücksichtigen von Zufallskonstellationen – und nicht des ‚Zufalls‘ als Rechtsfigur – in den erwähnten Ausnahmetatbeständen gefunden haben.¹⁷³

Grundlegend dazu M. P. Nilssons, *Geschichte der Griechischen Religion* 647 ff (I³, 1967) [und II², 1961], dem auch W. Burkert, *Griechische Religion* (1977) folgt. Worauf R. Maschke, *Die Willenslehre im griechischen Recht* (1926) seine diesbezügliche Meinung stützte, ist nicht mehr ersichtlich. – W. Burkert, *Griechische Religion* 232 geht kurz auf die Rolle Delphis ein, ohne dabei die von Maschke aufgezeigte religiös-sakralrechtliche Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag (im Rahmen der Sühne) zu erwähnen; dies wohl deshalb, weil diese Unterscheidung keine ursprüngliche, sondern erst eine spätere war, die auch noch Homer nicht gekannt hatte. Burkert führt aaO aus:

„Durch die kultischen Weisungen, die von Delphi ausgingen, wurden erstmalig die Umrisse einer allgemeinen, Herkommen und Gruppeninteressen übersteigenden Moral bei den Griechen sichtbar. Dass Mord einer Sühne bedarf, dass es aber auch möglich ist, durch Entsühnung über die Katastrophe hinwegzukommen, ist von Delphi aus eingeschärft und bestätigt worden.¹⁷⁴ Der Mythos lässt Apollon selbst sich diesem Gesetz unterwerfen; er wird vom Olymp verbannt, als er die Kyklopen erschlagen hat, er verlässt Delphi, als er Python getötet hat, und sucht Reinigung bis im Tempetal in Thessalien. Seit Aischylos stellt man sich auch vor, dass er persönlich im Tempel von Delphi die blutige Reinigung an Orestes vollzogen hat. Anwalt der Reinheit ist Apollon bereits im letzten Buch der Ilias [XXIV 33-54, insbesondere 49 und 54], indem er Anklage erhebt gegen Achilleus, der über den Tod des Patroklos nicht hinwegkommen kann und nicht ablässt, Hektors Leichnam zu schänden: ‚die stumme Erde verunstaltet er in sei-

¹⁷³ Zu der bereits von Drakon geschaffenen Gruppe von Sonder(zurechnungs)fällen vgl. schon nach Anm. 79 ff. – Ausschlaggebend für meine Annahme, dass der erste – wenn auch noch unbeholfene – Schritt in Richtung eines Bewältigens des ‚Zufalls‘ schon von Drakon gesetzt wurde, ist der Umstand, dass von den vier von Drakon geregelten Sonder(zurechnungs)fällen immerhin zwei Tatbestände typische ‚Zufallskonstellationen‘ betrafen: nämlich die ‚Wettkampfunfälle‘ und die ‚versehentliche Tötung eigener Mitkämpfer im Kampfe‘ (und beim militärischen Training).

¹⁷⁴ Hier verweist Burkert mwH auf den eben erwähnten M. P. Nilsson und auf W. Schadewaldt, *Der Gott von Delphi und die Humanitätsidee*, in: *Hellas und Hesperien* I 669 ff (1970).

nem Groll'. ‚Ein Herz, das ertragen kann, haben die Moiren den Menschen gegeben.‘¹⁷⁵ Der Mensch hat die Chance, fertig zu werden und neu anzufangen im Bewusstsein seiner begrenzten Zeitlichkeit.“

Das frühe griechische Recht verfügte, wie andere Rechte, zunächst über keine „auf alle Delikte anwendbare Schuldlehre“. Diese „relativ späte Abstraktion [findet sich] zuerst bei Aristoteles“: Zunächst trägt aber „jedes Delikt seinen eigenen speziellen Schuldbegriff in sich“.¹⁷⁶ (Dieser aristotelische Entwicklungsschritt baute jedoch auf Antiphons Entdeckung der Fahrlässigkeit auf, mag diese in den Tetralogien und Gerichtsreden immer auch nur den Einzelfall reflektieren. Der dogmatische Gehalt dieser Fallbeispiele wies über den jeweiligen Einzelfall hinaus.) – Erst als sich im griechischen Recht das Prinzip der freien Beweiswürdigung durchgesetzt hatte, „wurde dem τραῦμα ἔκ προνοίας als überlegtem Mordversuch die vorsätzliche Körperverletzung ohne Tötungsabsicht als ἁκεία oder ὕβρις zur Seite gestellt“.¹⁷⁷

- Nach B. Kübler¹⁷⁸ grenzte erstmals nachweislich der Rhetor *Anaximenes von Lampsakos* aus der Troas (2. Hälfte des 4. Jhs. v. C.)¹⁷⁹ *Fahrlässigkeit* und *Zufall* voneinander ab. Noch schärfer wurde nach Kübler diese Abgrenzung von Aristoteles in dessen „Rhetorik“ und dann vor allem in der „Nikomachischen Ethik“ formuliert. – *Unvorsätzliches Verhalten* konnte nämlich – nach damaligem Verständnis, das diese begrifflichen Unterscheidungen noch nicht traf – wie ausgeführt, sowohl ein *fahrlässiges*, als auch ein *zufälliges* sein. Die drakontische Unterscheidung zwischen vorsätzlich und unvorsätzlich schuf aber überhaupt die Voraussetzung für die spätere Unterscheidung von Fahrlässigkeit und Zufall, wobei ‚Zufall‘ (auch damals) ein Verhalten betraf, das einer Person nicht mehr

¹⁷⁵ Hier verweist W. Burkert auf F. Dirlmeier, Apollon, Gott und Erzieher des hellenischen Adels, *Archiv für Religionswissenschaft* 36 (1939) 277 ff = *Kleine Schriften* 31 ff (1970).

¹⁷⁶ Maschke, *Die Willenslehre im griechischen Recht* 111.

¹⁷⁷ Mehr bei Maschke, aaO 111 f.

¹⁷⁸ Der Einfluss der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht 66 f. — Einschlägige griechische Textstellen des Anaximenes sind bei Kübler, aaO 66 f abgedruckt. Ich zitiere sie deshalb hier nicht, zumal sie auch vollständig M. Fuhrmann (Ed.), *Anaximenes. Ars rhetorica. Quae vulgo fertur Aristotelis ad Alexandrum* 27, 33, 87 (2000²) entnommen werden können.

¹⁷⁹ Auf den vermeintlichen zeitlichen Prioritätsanspruch des Anaximenes vor Aristoteles gehe ich anschließend ein.

– auch nicht mehr als leicht fahrlässig, zugerechnet, also vorgeworfen werden konnte. Küblers¹⁸⁰ Entdeckung war es, dass die Unterscheidung von ‚Fahrlässigkeit‘ (ἁμαρτημα) und ‚Zufall‘ (ἄτυχία) in der „*Rhetorik an Alexander*“ des Anaximenes aufschien. Denn – so Kübler – die Redner „der Zeit des Anaximenes und der früheren Zeit unterscheiden immer nur die vorsätzliche und die unfreiwillige, also unvorsätzliche Handlung“, Anaximenes dagegen kenne bereits den Zufall.¹⁸¹ – Kübler führt aus:

„Der Verfasser der *Rhetorik an Alexander* unterscheidet, ob der Schaden vorsätzlich (ἐκ προνοίας), unwissentlich (δι’ ἄγνοιαν) oder durch Zufall (διὰ τύχην) zugefügt ist. Worauf sich das Nichtwissen bezieht, sagt er nicht, und er gibt auch keine Beispiele

¹⁸⁰ Der Einfluss der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht 66 unter Hinweis auf Maschke, *Die Willenslehre im griechischen Recht* 110 ff.

¹⁸¹ Diese Feststellung Küblers trifft nicht zu, denn bereits Antiphon verwendet diese Termini und dies etwa 80-90 Jahre vor Anaximenes. – Diese Korrektur (dass weder der Rhetor Anaximenes, noch der Philosoph Aristoteles die Grundlagen für diese Unterscheidung getroffen hat, sondern der erste griechische Rechtswissenschaftler Antiphon) erscheint auch deshalb von Bedeutung, weil bis heute versucht wird, das griechische rechtsdogmatisch-rechtstheoretische und insgesamt überhaupt das ab Antiphon bereits rechtswissenschaftlich zu nennende Denken der Griechen auf jenes der griechischen Philosophie zu reduzieren, was aber nicht zutrifft. – Einer der Gründe dafür ist wohl der, dass dadurch weiterhin leichter das Dogma aufrechterhalten werden kann, dass die Rechtswissenschaft aus Rom stammt. Diese bislang weit verbreitete, ja herrschende Position kommt einer verkürzten und oberflächlichen Betrachtung der griechischen Rechtsentwicklung entgegen und wird daher wohl nicht zufällig von Vertretern der Neo-Pandektistik forciert. Dieser Ansicht entspricht es, beim Behandeln der Thematik ‚Die künftige rechtliche Ordnung Europas und das römische Recht etc‘ bestenfalls eine Stelle aus der Nikomachischen Ethik des Aristoteles zu zitieren und sonst nichts und überdies den gesamteuropäischen Verlust einer angeblichen römisch-gemeinrechtlicher Einheit durch Jahrhunderte (mit dem Mentor und Rechtsideologen F. C. v. Savigny) zu beklagen und damit die Forderung zu verbinden, das Verlorene – selbstredend auf römischrechtlicher Basis – für ein künftiges Europa wiederherzustellen. – Vgl. schon die Ausführungen bei Anm. 168 f.

dafür an. Sie finden sich aber in der Ethik des Aristoteles, wo gleichfalls das ἁμαρτημα (culpa) auf ἄγνοια zurückgeführt wird.¹⁸²

Diese Feststellung Küblers wirft zeitliche Zurechnungs-Probleme auf, die von ihm nicht beachtet wurden. Denn die „Nikomachische Ethik“ dürfte – als wahrscheinlich jüngste der drei aristotelischen Ethiken – erst nach der „Rhetorik“ des Anaximenes, also nach 340 v. C. entstanden sein. Das besagt aber insofern wenig, weil die drei Ethiken des Stagiriten (Magna Moralia: MM/ Ἠθικὰ Μεγάλα, Eudemischen Ethik: EE/ Ἠθικὰ Ἐυδημεια und Nikomachische Ethik: NE/ Ἠθικὰ Νικομάχεια) auch diesbezüglich starke inhaltliche Überschneidungen und nach F. Dirlmeier¹⁸³ in diesem Bereich sogar denselben Aufbau aufweisen. – Dirlmeier führt aus:

„MM und EN weisen wiederum beide dieselbe Disposition auf; denn in beiden erfolgt die Hinwendung zur inneren Seite nach der Diskussion über das Naturrecht. In beiden bildet der unmittelbar folgende Abschnitt ... den Auftakt zu der Feststellung, dass auch die G.[erechtigkeit], wie jede andere ethische Tugend, das Element der προαίρεσις enthält.“ Usw.

Zum aristotelischen Begriff der „Prohairesis“ hat sich O. Gigon geäußert.¹⁸⁴ Er versteht darunter den Terminus der „philosophischen Ethik für die vorbedachte Entscheidung für

¹⁸² Kübler nimmt hier nur auf die „Nikomachische Ethik“ Bezug, nicht auf die ältere „Magna Moralia“, die ebenfalls schon diese Ausführungen samt Beispielen kennt. Dazu gleich mehr.

¹⁸³ Aristoteles, Magna Moralia 326. (Manche Autoren betrachten die Magna Moralia als nicht aristotelisch?) – Dirlmeier erwähnt in seiner Kommentierung der MM 227 mwH, dass alle drei aristotelischen Ethiken von der gesetzlichen und in der Gerichtspraxis geübten Unterscheidung zwischen φόνος ἑκούσιος und ἄκούσιος ausgingen. – Aristoteles selbst geht schon in MM Buch I, Kapitel 10 ff eingehend auf die hier relevanten Fragen des Willens, der Freiwilligkeit als Grundlagen von Tugend und Schlechtigkeit, bis hin zur Prohairesis-Lehre (Kapitel 17) ein. Zu all dem Dirlmeier, MM 226 ff. – In der EE setzte Aristoteles diese Überlegungen fort und behandelte – von rechtlicher Bedeutung – bspw. die *Affekte* und (in Buch II 6 ff) Fragen von *Zwang*, *Nötigung*, *Unwissenheit* (offenbar die dogmatische Wurzel der Irrtumsproblematik) etc, was sich wie eine erste Auseinandersetzung mit Fragen der *Willensmängel* liest; dazu Dirlmeier, EE. – Auf die Bedeutung der Willensmängel im griechischen Recht und Rechtsdenken gehe ich im Buch in Kapitel VI näher ein.

¹⁸⁴ In: Lexikon der Alten Welt II Spalte 2440.

eine konkret zu verwirklichende, mit dem ethischen Lebensziel in Verbindung stehende Möglichkeit. Sofern [Prohairesis] Einsicht voraussetzt, kommt sie weder dem Tiere noch dem Kinde zu. Der Begriff wird später z. T. von der Stoa übernommen.“ – Als weiterführende Literatur weist Gigon auf E. Kullmann, Beiträge zum aristotelischen Begriff der Prohairesis (1943) hin. Dirlmeier, MM 258 erwähnt noch: „ἐκ προαιρέσεως ist offenbar ebenso juristischer Terminus wie ἑκ προνοίας“ mwH.

Die einschlägige MM-Textstelle findet sich in Buch I, Kapitel 33, 1195a, abgedruckt bei Dirlmeier, MM 39. Aristoteles geht hier auf das Moment der Willentlichkeit beim Verwirklichen von Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit ein und führt unter anderem aus:

„Ähnlich und in gleicher Weise wird der Ungerechte der sein, der in vollem Wissen um Person, Mittel und Zweck handelt. Wenn aber jemand von keinem der genannten Umstände ein Wissen gehabt und so ein Unrecht getan hat, so ist er nicht ungerecht, wohl aber von Missgeschick [ἄτυχής] verfolgt.“¹⁸⁵

Aristoteles verwendet danach schon in der Großen Ethik/ MM¹⁸⁶ den seit Antiphon nachweisbaren juristischen (Fach)Terminus ‚Zufall‘/ ἄτυχής, was von Dirlmeier (noch) mit „Missgeschick“ übersetzt wird, künftig aber korrekter (in juristischem Kontext) mit ‚Zufall‘ übersetzt werden sollte. In der NE verwendet Aristoteles, worauf auch Dirlmeier (aaO 327) hinweist, das Substantiv ἄτυχημα „und hebt davon – was in MM nicht geschieht – das ἁμάρτημα ab ([NE] 1135b 16-19), wohl kaum zum erstenmal, wenn man Demosthenes 23, 70, Rhet. ad Al. 1427a 27-b 10 und Rhet. I 13, 1374b 2-10 (hier unter dem Stichwort ἐπιείκεια) liest.“ – Daran schließt der folgende für uns wichtige Hinweis Dirlmeiers:

„Das Beispiel, das MM dazu bringt [und das hier in der Folge gleich zitiert wird], wird gut illustriert durch die 2. Tetralogie in Antiphons Werken (ein junger Mann hat beim Speerwerfen einen anderen getötet, der in die Wurfrichtung [besser: Wurfbahn] lief).“

Die unmittelbare Fortsetzung des eben gebrachten Aristoteleszitats aus MM (Buch I, Kapitel 33, 1195a) lautet:

¹⁸⁵ Eine solche Aussage hatte schon Platon in den *Nomoi* getroffen; dazu bei Anm. 197.

¹⁸⁶ Auf deren zeitliche Einordnung wird im Anschluss eingegangen.

„Wenn jemand nämlich, vermeinend einen Feind zu töten, seinen Vater getötet hat¹⁸⁷, so hat er etwas unrechtes getan, ist aber gegen niemanden ungerecht gewesen, wohl aber von Missgeschick verfolgt. Nachdem also die Tatsache, dass man (noch) nicht ungerecht ist, obschon man Unrecht tut, auf dem Nichtwissen [*ἄγνοια*] beruht, was schon ein wenig weiter oben angeführt wurde¹⁸⁸: nämlich Unwissenheit in Bezug auf die geschädigte Person, die Mittel und den Zweck –, so ist es nun an der Zeit, auch den Begriff der Unwissenheit durch eine Unterscheidung zu klären (also zu fragen): bei welcher besonderen Form von Unwissenheit wird das Ergebnis keine Ungerechtigkeit gegen den Geschädigten sein? Nun, die Unterscheidung mag folgendermaßen lauten: immer dann, wenn Unwissenheit die Ursache davon ist, dass jemand handelt, handelt er nicht willentlich. Folglich ist er nicht ungerecht. Wenn er aber selber schuld ist an der Unwissenheit und eine Handlung auf Grund der Unwissenheit begeht, an der er selber schuld ist, so handelt dieser nun allerdings ungerecht und mit Recht wird ein solcher Mensch ‚ungerecht‘ [*ἄδικος*] heißen. So ist es z. B. bei den Betrunkenen.“¹⁸⁹

Es deutet demnach alles darauf hin, dass Anaximenes von Lampsakos die Einteilung und das Verständnis des Aristoteles (wahrscheinlich sogar in Verbindung mit Antiphons Werk, zumal darauf bei Aristoteles Bezug genommen wurde) übernommen hat, worauf wohl auch schon die Formulierungen Küblers (teilweise) hinzielen; mögen diese auch noch von den drei Ethiken bloß auf die NE gerichtet gewesen sein. – Die hier entwickelte Ansicht wird aber auch noch durch I. Düring (Aristoteles 443) gestützt, der die Abfassung der „Magna Moralia“ – die, wie eben gezeigt werden konnte ebenfalls schon den hier vornehmlich interessierenden ‚Zufall‘ kennt¹⁹⁰ – bereits in die erste Hälfte der 50er Jahre des 4. Jhs. v.

¹⁸⁷ Dieses Beispiel spielt offenbar auf zwei der drakontischen Ausnahmetatbestände an: nämlich die unbeabsichtigte Tötung einer Person bei einem Wettkampf und die irrtümliche Tötung eines eigenen Kriegers beim Kampf, vielleicht auch die erlaubte Tötung eines moichos oder Diebes im Bereich des oikos.

¹⁸⁸ Dirlmeier macht hier darauf aufmerksam, dass Aristoteles offenbar erstmals mit Querverweisen innerhalb eines eigenen Werkes arbeitet.

¹⁸⁹ Damit wird die Grundlage für die spätere Lehre von der *actio libera in causa* gelegt.

¹⁹⁰ Zur „Eudemischen Ethik“ (Buch II, Kapitel 7 ff, 1223a ff), die ebenfalls auf diese Unterscheidungen eingeht: Dirlmeier, Eudemische Ethik (1962). – Die EE erwähnt in Buch II 9 (Dirlmeier, aaO 37) den Begriff der Fahrlässigkeit, nicht dafür den ‚Zufall‘. Das gebrachte Beispiel der Verabreichung eines Liebestranks oder Weins, der sich als Gift erweist, erinnert erneut an Antiphon: und zwar dessen *Erste Gerichtsrede* gegen eine Stiefmutter; zum Sachverhalt etwa R. C. Jebb, *The Attic Orators* I 65 ff (der jedoch diese Texte nur sprachlich untersucht?). Dieses Beispiel taucht auch schon in MM, I 16

C. setzt. Damit erscheint auch dieser aristotelische Text um 15-20 Jahre älter, als die „*Rhetorik an Alexander*“ des Anaximenes.¹⁹¹ – Deutlich wird aus den Beispielen des Aristoteles (selbst), dass dieser Antiphons juristisches Werk gekannt und auch verwendet hat und dass – worauf Dirlmeier (eben) hinwies, Antiphons Fälle offenbar „in Diskussionen als Beispiel vorgetragen“ wurden.

Wir wissen aber auch, dass hinsichtlich dieser tragenden rechtlichen Unterscheidung zwischen Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall bereits ältere, voraristotelische Bemühungen existierten, die auch nicht ohne Ergebnisse geblieben waren. *Aristoteles*¹⁹² fasste diese Unterscheidung – wie von Kübler zutreffend gesehen – inhaltlich schärfer und stellt sie – anders als Anaximenes – in einen insgesamt umfassenderen (rechts)theoretisch-ethisch-philosophischen und damit wissenschaftlichen Rahmen. – Kübler bemerkte dazu:

„Die Stellen [sc. die von ihm erwähnten und hier im Anschluss angeführten des Aristoteles] sind alle auf deliktische, nicht auf rechtsgeschäftliche Haftung zugeschnitten. Da es aber nicht darauf ankommt, ob Privatdelikte oder öffentliche Delikte zu ahnden sind, so sind sie auch für das Privatrecht zu verwerten.“

Das ist schon in Griechenland und auch in Rom geschehen. – Kübler erwähnt (aaO 69 Fn 14a) auch, dass bspw. Hugo Grotius (in: *de iure pacis et belli* III 11, 4) beide Aristotelesstellen gekannt, daraus aber keine Schlüsse „auf die Haftungslehre der Römer“ gezogen habe.

auf. Dazu bemerkt Dirlmeier, MM 22 in Verbindung mit 248, wo bemerkt wird: „... ,sagt man' (φασι)“. Dies bedeute – so Dirlmeier – „nicht, dass das folgende eine unverbindliche Erzählung oder gar ein Gerücht ist, sondern dass es in Diskussionen als Beispiel vorgetragen wurde. Man lese die erste Rede des Antiphon, auf die Burnet (EN 1900 zu 1111a 14) aufmerksam macht ...“ unter Hinweis auf RE XX 1, 1941 Philtron (Th. Hopfner).

¹⁹¹ Die Priorität der Unterscheidung in Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall (zwischen Aristoteles und Anaximenes) ist aber von der Frage unabhängig, ob schon die *Magna Moralia* diese Unterscheidung kannte, denn der einschlägige Text der noch älteren „*Rhetorik*“ beweist dies für sich. Dazu gleich mehr.

¹⁹² *Rhetorik* I 13, 1374 b und *Nikomachische Ethik* V 10 1135 b.

- Lassen wir nun, im Kontext der aufbereiteten Entwicklung, die beiden von Kübler erwähnten Stellen des Aristoteles auf uns wirken. Bei Aristoteles heißt es¹⁹³ zu dieser Grenzziehung einerseits in der „*Rhetorik*“ und andererseits in der „*Nikomachischen Ethik*“:¹⁹⁴

„Rhetorik“ I 13, 1374 b: „Zu den Unglücksfällen [*ἁτύχημα*] rechnen wir alles, was entgegen der vernünftigen Erwartung¹⁹⁵ und ohne böse Absicht passiert, zu den Verfehlungen [*ἁμάρτημα*] alles, was zwar nicht unerwartet, aber ohne böse Absicht passiert, zu den Rechtsverletzungen [*ἁδίκημα*], was nicht unerwartet, aber in böser Absicht passiert.“¹⁹⁶

Die legistisch auf *Drakon* zurückgehende – tatsächlich aber offenbar noch ältere – Unterscheidung zwischen *freiwillig* und *unfreiwillig*, also *ἑκών* / *ἑκούσιος* und *ἄκων* / *ἄκούσιος*, behandelt auch Platon in den *Nomoi* eingehend (IX 860c ff, aber auch anderen Stellen wie 879ab) und gebraucht sie im Sinne von vorsätzlichem und unvorsätzlichem Handeln. Desgleichen kennt auch schon Platon die Begriffe *ἁμάρτημα*, für fahrlässige Verfehlungen und *ἁδίκημα*, für vorsätzliche Rechtsverletzungen. Der von Antiphon vorgeschlagene und in der Folge von Aristoteles und Anaximenes akzeptierte und bereits als juristisch-technischer Terminus für Unglücksfälle/ ‚Zufälle‘ (*ἁτύχημα* oder *ἁτυχής*) verwendete Begriff fehlt aber scheinbar bei Platon. In *Nomoi* IX 879ab geht Platon aber im Rahmen der unabsichtlichen Verwundung/ Verletzung (*ἄκων* ... *τρώση*) auf den ‚Zufall‘ ein, wobei diese Stelle meines Erachtens eher dafür spricht, dass er bereits zwischen *ἄκων* /unfreiwillig und *τύχη* /zufällig unterscheidet, denn er meint im Zusammenhang mit der *ἄκων*-Aussage: „*τύχης γὰρ νομοθέτης ἁουδεὶς ἁικανὸς ἁρχεῖν*/ — denn dem ‚Zufall‘ zu

¹⁹³ Vgl. Kübler, Der Einfluss der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht 66 f.

¹⁹⁴ Vgl. dazu auch die Foliendarstellung 6: Zurechnung und Haftung nach Aristoteles.

¹⁹⁵ Damit wird in nuce nicht nur die Zurechnung von Verschulden angesprochen, sondern auch eine prognostische Kausalitätszurechnung (in Richtung künftiger Adäquanz) ermöglicht. – Zur heutigen Situation vgl. die Ausführungen in meinem Lehrbuch: Zivilrecht II 590 ff (2004²).

¹⁹⁶ Zitiert nach Aristoteles, *Rhetorik* 66: G. Krapinger. – ‚Unglücksfälle‘ ist erneut als ‚Zufall/ Zufälle‘ zu verstehen.

gebieten ist kein Gesetzgeber imstande“.¹⁹⁷ Man kann dies bereits als Anerkennung des (juristischen) Zufalls durch Platon deuten! – Es spricht demnach einiges dafür, dass Platon auch hier eine ‚Vermittlerrolle‘ (zwischen Antiphon und Aristoteles) zukommt.

Die von Antiphon ausgehende und über Platon, Aristoteles und Anaximenes von Lampsakos reichende – einen Zeitraum von etwa 80-100 Jahren umspannende – juristische Entwicklung des ‚Zufalls‘ zeigt uns auch, dass hier ein fachlicher Diskurs lief, der als Kennzeichen einer bereits wissenschaftlich zu bezeichnenden Befassung mit Rechtsfragen anzusehen ist. Das wird insbesondere durch den oben erwähnten Hinweis des Aristoteles (selbst) gestützt, wonach antiphonische Beispiele diskutiert wurden und auch er selbst mehrfach darauf Bezug nahm. Hinzuweisen ist auch darauf, dass mit Aristoteles die Diskussion dieser Fragen nicht zu Ende war, sondern etwa auch von Demetrios von Phaleron ein Werk über den ‚Zufall‘ bezeugt ist, mag es auch verloren gegangen sein; vgl. den Hinweis bei Diogenes Laertios, Leben und Lehre der Philosophen V 79 (1998).

Es soll in diesem Zusammenhang wenigstens erwähnt werden, dass Platon im angesprochenen Bereich der *Nomoi* auch noch andere für die künftige (Rechts)Entwicklung wichtige rechtliche Fragen aufgegriffen hat.¹⁹⁸

Behandelt oder doch erwähnt werden: IX 861c (Rechtsadressat), 862b (Schadenswiedergutmachung/ Schadenersatz), 862c (Aussöhnung zwischen Opfer und Täter), 862c (Bereicherungsausgleich), 862ef (Prävention), und in 863cd sogar die Unterscheidung von leichten und großen Vergehen innerhalb der Verfehlungen/ *ἁμαρτήματα*! Damit nimmt Platon die Unterscheidung von grober und leichter Fahrlässigkeit vorweg, mögen seine Vorstellungen vielleicht auch noch nicht ganz den unseren entsprochen haben!¹⁹⁹ Wir lesen diesbezüglich bei Platon (863c), nachdem dieser zuvor auf die Unwissenheit

¹⁹⁷ Übersetzung: Platonausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft/ Darmstadt. – Oben wurde auf eine Stelle bei Cicero hingewiesen, die an diese Platonstelle erinnert. Cicero kannte und schätzte Platon.

¹⁹⁸ Dazu Ausführungen im Buch in Kapitel VII 6.

¹⁹⁹ Platons Unterscheidung erscheint rechtspolitisch angelegt und richtet sich an den Gesetzgeber als Rat zur Weiterentwicklung des geltenden Rechts. Allein der Gedanke ist ‚geboren‘, mag er auch erst später, nämlich in römisch-klassischer oder justinianischer Zeit legislativ umgesetzt worden sein. – Ein weit verbreiteter Fehlschluss besteht darin, solch ‚griechisches rechtswissenschaftliches Denken als bloß (rechts)philosophisches zu bezeichnen, seine Übernahme durch römische Vertreter aber als eigene römische wissenschaftliche Leistung.

als Ursache der ‚Verfehlungen‘ eingegangen ist²⁰⁰: „Noch besser allerdings würde der Gesetzgeber daran tun, wenn er diese [sc. die Verfehlungen, d. s. die ἁμαρτήματα!] in zwei Arten scheidet würde, deren eine, die einfache, er als Ursache der leichten Vergehen betrachtet; ... [sc. die andere Unwissenheit dagegen] wenn sie von Macht und Stärke begleitet ist, als Ursache der großen und rohen Vergehen ansehen ...“. – 863d kann als Vorläufer einer Bestimmung wie des § 1310 ABGB angesehen werden, die wiederum dem dtBGB (§ 829) als Vorbild gedient hatte. – Nomoi 864c ff behandelt die Unzurechnungsfähigkeit.²⁰¹

Auf die hier angesprochenen Fragen von ἑκόν /hekon – ἑκούσιος /hekusios sowie ἄκων /akon – ἀκούσιος /akousios geht Maschke²⁰² auf interessante Weise ein und führt aus:

„Das gefühlsmäßige Begehren, das Wollen im Affekt ist ἐθέλειν [ethelein], das verstandesmäßige überlegte Wollen ist βούλεσθαι [boulesthai]. Das ἐθέλειν kommt aus dem θυμός [thymos], das βούλεσθαι aus den φρένες.“ – D. h. einerseits aus dem Gemüt/Gefühl und andererseits aus einer überlegten willentlichen Entscheidung. Auf Seite 9 fasst Maschke zusammen: „Die griechische Sprache und also auch das griechische Denken unterscheidet schon in der ältesten für uns erkennbaren Fixierung die Neidtat (κρύπτειν [d. h. geheime, verborgene Tat; κρύπτειν heißt verbergen]) von der offenen, und innerhalb der letzteren die dem Willen entsprechende von der unfreiwilligen. Der Wille ist entweder ein überlegter, vorbedachter (βούλεσθαι) oder ein Ausfluß des θυμός (ἐθέλειν). Schon das ἐθέλειν ist ausgeschlossen durch den Affekt, der zu Taten hinreißt, die man später bereut; das οὐκ ἐθέλειν ist = ἀ[έ]κων, das Gegenteil = ἑκόν.“ – Nach Maschke (aaO 9) wurde in der Frühzeit des ionischen Epos (Homer) der vorsätzliche (Mord) wie der unvorsätzliche Tötung (Totschlag) „gleich behandelt“ und „innerhalb des letzteren Fahrlässigkeit und Zufall überhaupt nicht unterschieden“.²⁰³

²⁰⁰ Vgl. dazu oben die Ausführungen des Aristoteles bei Anm. 187 ff.

²⁰¹ Zur Annahme von (– für die künftige Rechtsentwicklung wichtigen) generellen *Sorgfaltspflichten* bei Platon vgl. Maschke, Die Willenslehre im griechischen Recht 128 ff.

²⁰² Die Willenslehre im griechischen Recht 2 ff. – Maschke verfolgt auch den Sprachgebrauch von ἑκόν und ἄκων von den drakontischen Anfängen weiter zu Aischylos (aaO 54), Sophokles (aaO 54), Herodot (aaO 55), Euripides (aaO 56) und Aristophanes (aaO 57) und fasst aaO 58 ff das Ergebnis zusammen.

²⁰³ Man beachte, dass Maschke hier bereits zwischen ‚Fahrlässigkeit‘ und ‚Zufall‘ unterscheidet, ohne der Frage des ‚Zufalls‘ nachzugehen. – Festzuhalten ist danach, dass auch Maschke den Bereich des ἄκων /akon – ἀκούσιος /akousios inhaltlich aus (den erst später unterschiedenen Elementen) ‚Fahrlässigkeit‘ und ‚Zufall‘ bestehen lässt.

Die offenbar nicht unbedeutende (rechts)historische *Rolle des delphischen Apollon in Bezug auf die Sühnbarkeit* (Totschlag – φόνος ἁκούσιος) und *Unsühnbarkeit* (Mord – φόμος ἑκούσιος) von Bluttaten und damit die Vorbereitung der drakontisch-gesetzlichen Unterscheidung zwischen vorsätzlicher und unvorsätzlicher Tötung sollte näher untersucht werden.

Allein, mit der kurz gehaltenen, aber explizit getroffenen Unterscheidung in der „Rhetorik“ des Aristoteles sind *Vorsatz*, *Fahrlässigkeit* und *Zufall* voneinander konzeptuell-normativ klar geschieden und bereits auch begrifflich-wissenschaftlich fachspezifisch benannt. – Die ausführlichere (spätere) Version dieser Unterscheidung findet sich in der „Nikomachischen Ethik“, wobei – wie wir gesehen haben – schon die früheren Ethiken des Aristoteles („Magna Moralia“ und „Eudemische Ethik“) solche Aussagen enthielten, wenn auch noch unvollständiger. – Wir können aber schon hier sagen, dass die Unterscheidung der genannten Zurechnungskriterien bei Aristoteles das Ergebnis einer eigenen wissenschaftlichen Entwicklung und Auseinandersetzung war, die – wie bei ihm üblich – auf den Meinungen seiner Vorgänger (zu denen auch Antiphon zählte) aufbaute, deren Ansichten aber meist auch – so auch hier – weiterentwickelte.

Nun zur einschlägigen Stelle in der „Nikomachischen Ethik“ (V 10, 1135 b).²⁰⁴

„Das Freiwillige tun wir teils vorsätzlich, teils unvorsätzlich: vorsätzlich, was wir vorher geplant haben, unvorsätzlich, was wir nicht geplant haben.²⁰⁵ Von den drei Arten von Schädigungen, die es im Umgang miteinander gibt, sind die unwissentlichen Verfehlungen jene, wo weder die Person noch der Gegenstand noch das Werkzeug noch das Motiv der Handlung dasjenige ist, das man meinte; man mag etwa gemeint haben, man stoße überhaupt nicht oder nicht mit diesem Werkzeug oder nicht diesen Menschen oder nicht zu diesem Zwecke. So trifft dann etwas ein, was man gar nicht beabsichtigt hatte, man verwundet, anstatt zu ritzen, trifft einen anderen oder mit einem andern Werkzeug, als man wollte. Ist es nun ganz ohne Absicht geschehen, so ist der Schaden ein Un-

²⁰⁴ Zitiert nach Aristoteles, Die Nikomachische Ethik 219 ff: Ausgabe von O. Gigon. – Zu den Tötungen im Affekt vgl. die Ausführungen zu Platons Lösung bei Anm. 211.

²⁰⁵ Dirlmeier, Kommentar zur Nikomachischen Ethik 425 (113, 2) merkt zu dieser Unterscheidung an: „Der Rückgriff auf Platon [*Nomoi* 866e 1 ff] ist ... evident.“

glück, ist es zwar nicht ohne Absicht, aber ohne bösen Willen, so ist es eine Verfehlung (denn eine Verfehlung haben wir dann, wenn die erste Ursache im Handelnden selbst liegt, ein Unglück, wenn sie außerhalb ist). Wenn man mit Absicht handelte, aber ohne vorherige Planung, ist es eine unrechte Tat, etwa was im Zorn oder in andern notwendigen und natürlichen Affekten den Menschen zu tun begegnen kann. (Denn wenn man dann schädigt und sich verfehlt, so tut man zwar Unrecht, und es sind unrechte Taten, aber der Mensch ist darum noch nicht ungerecht oder schlecht. Denn der Schaden wird nicht aus Schlechtigkeit zugefügt.) Wenn man aber aus Willensentscheidung so handelt, ist man ungerecht und schlecht. Darum werden mit Recht die Affekthandlungen nicht als vorsätzliche Handlungen beurteilt. Denn nicht wer im Zorne handelt, ist Ursprung der Handlung, sondern wer den Zorn verursacht hat. ...²⁰⁶

Die in diesen beiden Stellen von Aristoteles getroffene inhaltliche und begriffliche Unterscheidung erscheint bereits vorbildlich: Sie ist jeweils formelhaft kurz gehalten und daher gut merkbar, und doch (messer)scharf und die verwendete Terminologie ist klar und verständlich und konnte daher ihre Bedeutung zum Teil bis heute behalten.

Der Verschuldensbereich bleibt aber hinsichtlich der Fahrlässigkeit (soviel wir bis heute wissen) sowohl in griechischer Zeit als auch noch – nach bislang überwiegender Meinung – in der römischen Klassik ein einheitlicher, ungeschiedener.²⁰⁷ Der Bereich des unvorsätzlichen, aber fahrlässigen Verschuldens wurde wohl erst in nachklassischer Zeit durch Justinian in *culpa lata* und *culpa levis* geteilt.²⁰⁸

²⁰⁶ Diese letzte Aussage erscheint antiphonisch inspiriert und entspricht dessen Ansicht in der *Dritten Tetralogie*. Schon Platon hatte diese Meinung übernommen.

²⁰⁷ Auf Platons Vorarbeiten wurde hingewiesen; sie scheinen aber zunächst weder in der antiken Theorie noch in der antiken Praxis Bedeutung erlangt zu haben. Sie dienten aber als rechtstheoretisch-rechtspolitischer Ideen- oder Lösungsvorrat.

²⁰⁸ Dazu B. Kübler, Der Einfluss der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht insbesondere 68 ff. – Die Frage der Unterscheidung innerhalb des culpa-Begriffs im römischen Recht ist aber bis heute umstritten; vgl. Mayer-Maly, in: Der Kleine Pauly I Spalte 1340, der dazu ausführt: „Nur allmählich setzen sich schematische Abstufungen der c.[ulpa] durch; ... Immerhin werden (entgegen einer lange herrschenden Meinung) nicht alle Texte, die der c. lata eine Sonderstellung zuweisen, unklass. sein.“ – Wie umkämpft diese Fragen waren und offenbar immer noch sind zeigt etwa der Anfang von K. Bindings Aufsatz: Culpa. Culpa lata und culpa levis, in: SZ/ RA 39 (1918) 1, wo darauf hingewiesen wird, das Lenel,

Die römische Klassik war demnach in dieser zentralen Rechtsfrage nicht weiter gekommen als Jahrhunderte zuvor die Griechen; und Platons Vorschlag, an den erinnert werden soll, wurde offenbar auch von der römischen Klassik noch nicht aufgegriffen, sondern erst von Justinian (?). Aber auch die Unterscheidung der römischen Klassik – nachweisbar ab Gaius – in *dolus*, *culpa* und *casus* ist nach Kübler „höchstwahrscheinlich dem Aristoteles entnommen“.²⁰⁹ Dem ist beizupflichten. – Im Bereich des *Vorsatzes* sind die Römer sogar hinter die Griechen zurückgefallen: Während Aristoteles spätestens in der *Nikomachischen Ethik* (III 5 [3] 1113a) den Vorsatz/ ἁδίκημα /*dolus* in zwei Unterabteilungen – nämlich: vorsätzliches, aber unüberlegtes Handeln (ἔιδως μὲν μὴ προβουλεύσας δὲ)²¹⁰ und ein Handeln aus gemeinen Motiven (ἔκ προαιρέσεως) – spaltet, kennen die Römer diese Unterscheidung nicht (mehr).²¹¹ Diese begriffliche Unterscheidung des Aristoteles wurzelt übrigens erneut in Platon, der in den *Nomoi* (IX 866c ff) für Tötungen im Zorn/ Affekttotschlag bereits folgende feine Differenzierung vorschlägt, die sich freilich von der aristotelischen etwas unterscheidet.²¹²

„Wir müssen also, wie es scheint, zwei Arten von Totschlag [Platon verwendet: φόνοϛ] annehmen, die gewöhnlich beide im Zorn erfolgen und die man mit vollem Recht als

Krüger und Kübler alle Digestenstellen in denen von culpa lata gesprochen wird, für interpoliert halten.

²⁰⁹ So B. Kübler, Der Einfluss der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht insbesondere 72.

²¹⁰ Darin liegt eine *Vorstufe des dolus eventualis*.

²¹¹ Vgl. B. Kübler, Der Einfluss der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht 68. – Die aristotelische Lösung wurde eben wiedergegeben.

²¹² Die Wurzel dieser Unterscheidung Platons erscheint wiederum antiphonisch. Für Antiphon war der den Zorn Auslösende der eigentliche Verursacher der aggressiven Folgehandlung, z. B. des Totschlags wie in der *Dritten Tetralogie*. Platon hat diese Lösung übernommen und verfeinert. – E. Ruschenbusch hat bei seinem interessanten Rekonstruktionsversuch aus Platons *Nomoi* ein „altgriechisches Gesetzbuch“ herauszuheben das Gesetz über den Affektvorsatz als legistisch nicht athenischer Herkunft, sondern rein platonischen Ursprungs nicht aufgenommen; vgl. Ruschenbusch, Ein altgriechisches Gesetzbuch 8 (2001). Auch Ruschenbusch ist also diesbezüglich der Meinung, dass Platon die de lege lata Regelung weiterentwickelt hat, was für unsere Fragestellung von Bedeutung ist.

ein Mittelding zwischen einer freiwilligen und einer unfreiwilligen Tat [ἑκούσιου καὶ ἄκούσιου] bezeichnen könnte. Indes zeigen jedoch beide eine Ähnlichkeit mit der einen oder anderen Seite: wer seinen Zorn aufhebt und sich nicht sogleich auf der Stelle, sondern mit Vorbedacht erst zu einem späteren Zeitpunkt rächt, der ähnelt dem freiwilligen Täter; wer dagegen seine Wut nicht aufspart, sondern sie ohne Vorbedacht gleich auf der Stelle verbraucht, der gleicht dem unfreiwilligen; doch ist er kein ganz unfreiwilliger Täter, sondern nur einem unfreiwilligen ähnlich. Darum ist es bei den in Zorn begangenen Tötungen schwer zu entscheiden, ob man sie bei der Gesetzgebung als freiwillige oder manche wie unfreiwillige behandeln soll. Am besten und der Wahrheit am ehesten gemäß wird es allerdings sein, beide nach ihrer Ähnlichkeit einzustufen und sie je nach Vorbedacht oder Fehlen eines Vorbedachts voneinander zu scheiden und für die Täter, die mit Vorbedacht und im Zorn töten, die härteren Strafen, und für die, die es ohne Vorbedacht und auf der Stelle tun [das betrifft die Affekthandlungen], mildere Strafen im Gesetz festzulegen.“ (Hervorhebungen von mir)²¹³



Folie 6: Zurechnung und Haftung nach Aristoteles

- Wie erwähnt kann der *Ursprungsnachweis für die Rechtskategorie ‚Zufall‘* durch Anaximenes von Lampsakos nicht so ein-

²¹³ Übersetzung der Platonausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft.

fach erbracht werden, als noch B. Kübler 1930 dies angenommen hatte.²¹⁴ – Zum einen konnte nämlich gezeigt werden, dass die Abgrenzung von Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall schon in Antiphons *Zweiter Tetralogie* didaktisch-rechtspolitisch angelegt war; zum anderen soll hier nun – darüber hinaus – dem im Raum stehenden *Prioritätsanspruch zwischen Anaximenes und Aristoteles* näher nachgegangen werden, weil Kübler diese Frage offen gelassen hat.²¹⁵ – Küblers angesprochener Artikel war in der Festgabe für Julius Binder 1930 erschienen. Ingemar Dürings grossangelegtes Standardwerk über Aristoteles 36 Jahre später (1966). Eine Korrektur von Küblers Einschätzung ist bisher meines Wissens nicht erfolgt. Dies erscheint aber unumgänglich, denn heute muss von einer Umkehrung der Annahmen Küblers ausgegangen werden und dies aus folgenden Gründen:

Nach P. Wendland²¹⁶ – auf den diese Annahme offenbar zurückgeht – ist das Rhetoriklehrbuch des Anaximenes um das Jahr 340 v. C. anzusetzen²¹⁷, während die „Rhetorik“ des Aristoteles zur Zeit Wendlands und Küblers als später entstanden betrachtet wurde. Wendlands und Küblers Annahmen sind andere Wissenschaftler gefolgt²¹⁸ und wieder andere lassen sowohl die Lebensdaten des Anaximenes, wie die Entstehung seiner „Rhetorik an Alexander“ zeitlich offen, was aufgrund der bestehen-

²¹⁴ Und seither scheint es keine namhafte Auseinandersetzung mit unserer Frage mehr gegeben zu haben. – In Bezug auf den zeitlichen Prioritätsanspruch zwischen Anaximenes und Aristoteles ist aber noch M. Fuhrmann, Das systematische Lehrbuch 11 Fn 1 zu nennen, der ebenfalls noch davon ausgeht, dass die *Téchne rhetoriké* des Anaximenes älter ist, als die „Rhetorik“ des Aristoteles. Das ist meines Erachtens durch Dürings Arbeiten überholt.

²¹⁵ Kübler fragt weder danach, wann das Werk des Anaximenes, noch wann die „Rhetorik“ des Aristoteles entstanden ist u. a. m.

²¹⁶ Anaximenes von Lampsakos (1905).

²¹⁷ Dazu Wendland, aaO 26 mwH; aaO 35 und 36 spricht er von einem „um 340 schreibende[n] Technograph[en]“. Wendland schränkt den Erscheinungszeitraum für die Schrift des Anaximenes auf die Zeit zwischen 341/40 bis zum Tode des Theodektes (= vor 334 v. C.), also auf wenige Jahre ein. – Diese Datierung erscheint seither als herrschende.

²¹⁸ So auch noch (trotz I. Düring: 1966, 1968) M. Kraus, in: O. Schütze (Hg), Lexikon antiker Autoren 42 f (1997).

den historischen Datenlage wohl als zu zögerlich erscheint;²¹⁹ ‚offen‘ gelassen allerdings nur insofern, als deren Entstehung in die ‚zweite Hälfte‘ des 4. Jhs. v. C. oder die ‚letzten Jahrzehnte‘ des 4. Jhs. gesetzt wird.²²⁰

I. Dürings „Aristoteles“ stammt aus dem Jahr 1966 und sein umfangreicher Beitrag „Aristoteles“ in Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft (Supplementband XI Spalte 159 ff) aus dem Jahre 1968. – Dürings Arbeiten konnten es nun sehr wahrscheinlich machen, dass der Kern der aristotelischen „Rhetorik“, nämlich die Bücher I und II (mit Ausnahme von Buch II 23-24 und eines anderen kleinen Nachtrags in Buch II²²¹) früh, nämlich noch in der Akademiezeit des Aristoteles kurz nach 353 v. C. – und zwar wahrscheinlich als Reaktion auf Isokrates – entstanden sind. Dazu Düring (RE aaO Spalte 223 ff):

„... der Kernpunkt ist, dass in dem Streit um das Ziel und die Methode der Beredsamkeit A. als Gegner des Isokrates und seiner Schüler hervortrat und daher von Kephisodoros angegriffen wurde. Nach dem Tode von Grylos, dem Sohn Xenophons, in der Schlacht bei Mantinea 362, veröffentlichte A. eine jetzt verlorene Schrift ... mit dem Titel *Περὶ ῥητορικῆς ἢ Γρύλος* [*Peri rhetorikḗs è Grýlos/ Über Rhetorik oder Grylos*].²²² In den darauf folgenden Jahren verfasste er viele Schriften zur Rhetorik und Literaturgeschichte ... Es ist wahrscheinlich, dass die Rhetorik gegen Ende dieser Periode geschrieben worden ist.“

In RE aaO Spalte 333 präzisiert Düring seine Zeiteinschätzung und weist „die [Entstehung der] Rhetorik I-II (ohne II 23-24)“ der „ersten Hälfte der fünfziger Jahre“ zu und merkt für die Zeit „von etwa 355 bis zu Platons Tod“ (347 v. C.) an: „Rhetorik I-II überarbeitet, Rhet. III *Περὶ λέξεως*“. – Damit scheint zum einen die Priorität der aristotelischen „Rhetorik“ vor jener des Anaximenes gesichert;²²³ zum anderen ist dar-

²¹⁹ So etwa auch H.(ildebrecht) H.(ommel), in: Lexikon der Alten Welt, Spalte 156 f (Anaximenes) sowie derselbe, ebendort (Rhetorik) Spalte 2615 und 2626 f.

²²⁰ So etwa auch der eben erwähnte H. Hommel.

²²¹ Dazu Düring, RE aaO Spalte 222 f. – Diese Teile wurden erst nach 336 v. C. geschrieben.

²²² Der ‚Grylos‘ ist nach Düring, RE aaO Spalte 330 „kurz nach 362“ entstanden.

²²³ Vgl. dazu auch den Hinweis bei Anm. 232: Theodektes.

auf hinzuweisen, dass sich die für unsere Frage entscheidende Stelle der Unterscheidung von Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall im ersten Buch – also dem ältesten Teil – der aristotelischen „Rhetorik“ befindet (I 13, 1374b); Text bei Anm. 194.²²⁴

Meine Annahme, dass Anaximenes, die in seiner „Rhetorik“ verwendete Unterscheidung wahrscheinlich von Aristoteles, vielleicht auch gleichzeitig beeinflusst von Antiphon und Korax (eher nicht dagegen von Thukydides, obwohl er aus dessen Heimat Amphipolis stammte und ebenfalls Historiker war) übernommen hat, wird durch weitere Indizien gestützt: So wissen wir seit den Anaximenes-Studien Paul Wendlands (1905), dass Anaximenes ohne Bedenken fremde Texte als eigene ausgab und eigene Texte unter falschem Namen veröffentlichte. Letzteres gilt sowohl für die hier behandelte „Rhetorik an Alexander“²²⁵, als auch die geschickte Fälschung des „Trikáranos“/ Der Dreiköpfige, eine Polemik gegen Athen, Sparta und Theben, die unter dem Namen seines Gegenspielers Theopompos veröffentlicht wurde.²²⁶ Er imitierte nachweislich auch Texte des Demosthenes – etwa dessen Kranzrede – und paraphrasierte dessen Olynthische Rede.²²⁷ Wendland bemerkt zu Anaximenes aber auch folgendes:²²⁸

²²⁴ Die jüngere „Nikomachische Ethik“ bringt in V 10, 1135b nur eine ausführlichere Umschreibung der knapper gehaltenen Rhetorikstelle und nur im Bereich des Vorsatzes Neues. – Auf die „Eudemische Ethik“ und die „Magna Moralia“ wurde bereits hingewiesen.

²²⁵ Der gefälschte Widmungsbrief, weist sie als Werk des Aristoteles aus; vgl. etwa Wendland, aaO 26. Diese Fälschung wurde schon in der Renaissance von Petrus Victori(n)us (1548) entdeckt. – Für H.(ildebrecht) H.(ommel), in: Lexikon der Alten Welt, Spalte 2615 verkörpert das Werk „für uns am besten die Tradition der sophistischen Schulrhetorik“ und es stehe der Praxis näher als Aristoteles. – Hier ist man bisher der sich daraus ergebenden Frage ausgewichen: Bedeutet das, dass die untersuchte Unterscheidung der Zurechnungselemente bereits zur Zeit des Anaximenes in der Praxis angewandt wurde?

²²⁶ Vgl. M. Kraus, in: O. Schütze (Hg.), Lexikon antiker Autoren 42 f.

²²⁷ Nachweise bei Wendland, Anaximes 11 f.

²²⁸ AaO 12 f unter Hinweis auf Usener, *Questiones Anaximeneae* und weiteren Nachweisen.

„Wie leichtfertig Anaximenes sich fremdes geistiges Eigentum aneignete, zeigt ein interessantes Bruchstück ..., das die Gedanken des Kephalos über das Alter im einleitenden Gespräche von Platos Staat wiedergibt und im Eingange wörtlich mit p. 328 D übereinstimmt“.

Es würde danach nicht überraschen, wenn Anaximenes auch Anleihen bei Aristoteles (und Korax) gemacht hätte, wobei dies – wie wir sehen werden, keine unmittelbaren gewesen müssen. Dafür, dass dies so war, spricht ferner die Feststellung von H.(ildebrecht) H.(ommel)²²⁹, wonach sich die Rhetorik des Anaximenes „in vielem mit der echten aristotelischen Rh. berührt“ und der „Aufbau des Werks ... ähnlich wie bei diesem [sei]“²³⁰, doch verwendete der Verfasser vielfach eine „andere ‚voraristotelische‘ Terminologie“²³¹, so dass man seine Rh. für älter als die des Aristoteles hat halten wollen.“ – Erwägenswert erscheint aber auch der folgende Hinweis Wendlands:²³²

„Wenn der Technograph [sc. gemeint ist Anaximenes] um 340 geschrieben hat ..., so erscheint die Verwerthung der theodektischen Rhetorik sehr wahrscheinlich. Nach der ansprechenden Vermuthung von Diels hat Theodektes [der vor 334 v. C. gestorben ist], als Aristoteles 347 Athen verliess, dessen Vorlesungen über Rhetorik nach Aristoteles' Lehrbuch fortgesetzt. Die aristotelisch-theodektische Kunst, die damals auch schriftlich oder durch den Buchhandel verbreitet wurde, muss, wie das bekannte Bruchstück des

²²⁹ In: Lexikon der Alten Welt: Rhetorik Spalte 2615.

²³⁰ Dazu merkt etwa M. Kraus, aaO 43 zusätzlich an: „Auch kennt es [sc. das Rhetorik-lehrbuch des Anaximenes] sieben Redegenera, von denen sechs ungefähr mit den drei aristotelischen kongruieren, wogegen das siebente (die prüfende Rede) singularär da steht.“

²³¹ Damit wird der Einfluss von Korax und Tisias angesprochen, den Gründervätern der Rhetorik. Zu diesen Einflüssen auf Anaximenes eingehend auch P. Wendland, Anaximenes 30 ff. Wendland erkennt hier aaO 32 bei und in Fn 1 sowie 34 einen Einfluss des Korax auf die *Dritte Tetralogie* und führt offenbar auch den Wahrscheinlichkeitsbeweis vornehmlich auf ihn zurück. Wieweit die Ausführungen des Anaximenes zum Wahrscheinlichkeitsbeweis auf Korax zurückgehen, lasse sich aber – so Wendland – „nicht mehr ausmachen“. Bemerkenswert sei jedoch, dass „Aristoteles [in den Analytika priora/ Erste Analytik II 27] ganz wie Anaximenes auf die Definition des εἰκόζ Beispiele folgen lässt und zwar ähnliche“. – Hier gilt es wohl auch an Antiphon zu erinnern.

²³² Anaximenes 35 ff.

Antiphanes zeigt, Aufsehen gemacht und zu manchen Schulstreitigkeiten Anlass gegeben haben.²³³

Zu Anaximenes ist noch nachzutragen: Anaximenes war auch Historiker (!), nicht nur Rhetor. Ob er als Historiker das Werk des Thukydides gekannt hat, kann aber nicht als gesichert gelten, zumal die Rezeption des thukydideischen Werks selbst für Isokrates, Platon und Aristoteles ungewiss und umstritten ist. Die Wirkung des thukydideischen Werks scheint zunächst nur gering gewesen zu sein; so etwa H. R. Breitenbach²³⁴, der auch darauf hinwies, dass sich „Zeitgeist und philos. Intentionen ... gewandelt“ hatten. – Wahrscheinlicher ist es dagegen, dass Anaximenes (ob nun über Aristoteles oder unabhängig von ihm) Antiphons Werk kannte, mochte sich auch der rhetorische Geschmack mittlerweile geändert haben. Diese Unsicherheiten legen es zusätzlich nahe, die oben vertretene Abhängigkeit von Aristoteles (allenfalls auch Theodektes, die ihrerseits auf Platon und Antiphon aufbauen) als wahrscheinlich anzunehmen. – Dafür spricht vor allem auch, dass des Anaximenes Unterscheidung unserer drei Begriffe mehr referierend, als begründend vorgetragen wird und zudem keinerlei eigene theoretische Überlegungen angestellt werden, während sich Aristoteles noch in der Akademie über viele Jahre grundlegend mit diesen Fragen befasst hatte.

Anaximenes v. L. gilt als Schüler des Sophisten und Homerkritikers Zoilos aus Amphipolis (Thukydides?) und des Kynikers Diogenes von Sinope. Ob er auch Lehrer und Begleiter Alexanders des Großen war, ist nicht mit Sicherheit geklärt. – Seit der Renaissance wird er als Autor der unter dem Namen des Aristoteles überlieferten „Rhetorik an Alexander“ angesehen.

²³³ Wendland merkt dazu (in einer Fußnote) unter anderem an: „Auf Theodektes' Vorlesungen und den daran anknüpfenden Streit bezieht sich vielleicht auch Isokrates' *Panath.[enaikos]* 16. 21.“

²³⁴ In: *Der Kleine Pauly* V Spalte 798; ähnlich Kai Brodersen, in: O. Schütze (Hg), *Lexikon antiker Autoren* 719.

6. Antiphon, Thukydides und Albin Lesky – Zum Corpus Hippocraticum

Damit sind die rechtshistorischen Entwicklungsschritte des Ausdifferenzierens von ‚Kausalität‘, ‚Fahrlässigkeit‘ und ‚Zufall‘ noch nicht vollständig wiedergegeben. – Sehen wir also weiter: Dass Interdisziplinarität nicht nur ein Schlagwort bleiben muss, selbst wenn sie in der bescheidenen Form eines Einzelunternehmens erfolgt, offenbart die auch juristisch gewinnbringende Lektüre großer Meister der Alten Geschichte, der griechischen Literaturgeschichte und der klassischen Philologie. – Dazu werden in der Folge Beispiele aus dem Corpus Hippocraticum und *Albin Leskys* „Geschichte der griechischen Literatur“ (540) angeführt.

Das Bewältigen der rechtlich-abstrakten²³⁵ Kategorie ‚Zufall‘, griechisch zunächst als *Tyche/ τύχη* – dann in Richtung einer eigenen juristischen Begriffsbildung mit *ᾠτύχημα* und *ᾠτυχία* bezeichnet, als des für Handelnde grundsätzlich Unvorhersehbaren, Unberechenbaren und daher Unsteuerbaren, gelang juristisch nicht auf Anhieb. Die rechtliche Entwicklung verlief auch nicht isoliert, sondern in etwa zeitgleich mit der Medizin und zeitlich um einige Jahrzehnte versetzt zur Naturphilosophie. Nach der Mitte des 5. Jhs. v. C. förderte die Sophistik Fragen wie diese in den in Entstehung begriffenen Disziplinen (wie Medizin und Rhetorik sowie deren juristischem Zweig, dem Logographentum).²³⁶ Die wissenschaftliche Geschichtsschreibung (insbesondere Thukydides) folgte als weitere Disziplin, die sich mit Fragen des ‚Zufalls‘ befasste.²³⁷ Über die Vermittlung Antiphons²³⁸ und wohl auch des Corpus Hippocraticum gelangte ein neues (weder religiös, noch schicksalhaft gefärbtes) Verständnis des ‚Zufalls‘ in die

²³⁵ A. Lesky, *Geschichte der griechischen Literatur* 542 erwähnt als „Merkmal der Sprache des Thukydides“, das mit seinen Denkformen in engstem Zusammenhang stehe, die „Neigung zu abstrakter Ausdrucksweise“. – Diese sprachliche Entwicklung war für die Philosophie und auch für die Jurisprudenz von Bedeutung. Diese Entwicklung setzte im juristischen Bereich offenbar mit Antiphon ein, der auch den Anfang der juristischen Begriffsbildung repräsentiert.

²³⁶ Ich gehe darauf noch ein.

²³⁷ Die hier geschilderte Entwicklung spricht jedenfalls nicht gegen die Annahme des umstrittenen Lehrer-Schüler-Verhältnisses oder eines intellektuellen Nahverhältnisses zwischen Antiphon und Thukydides. – Auf Person und Werk Antiphons gehe ich im Buch näher ein.

²³⁸ Antiphons Schüler haben wohl dieses neue Verständnis verbreitet, zumal damit auch forensische Erfolge winkten. – In diesem Kontext könnte das Aufgreifen dieser Ideen durch Anaximenes v. L. stehen.

forensische Rhetorik und wohl auch schon in die Gerichtspraxis des 4. Jhs. v. C. (Anaximenes von Lampsakos)²³⁹ und schließlich in die Philosophie (Platon, Aristoteles, Theophrast, Demetrios von Phaleron), wo es weiter bearbeitet und bleibend aufbereitet wurde.²⁴⁰ – Das Thema ‚Zufall‘ war danach (allgemein)wissenschaftlich und rechtlich an die 150 Jahre lang ein Thema verschiedener wissenschaftlicher oder doch protowissenschaftlicher Disziplinen/ Technai.

Nicht auszuschließen ist es, dass das Rechtsdenken (Antiphon) und das historische Denken (Thukydides)²⁴¹ hinsichtlich des ‚Zufalls‘ unabhängig voneinander aus dem Bereich des medizinischen Corpus Hippocraticum²⁴² und dem Denken der ionischen Naturphilosophie beeinflusst und angeregt wurden, mag das bislang auch nicht erwiesen sein. Aber auch in diesem Falle musste das Rechtsdenken im Hinblick auf sein (Funktions)Verständnis des ‚Zufalls‘ – ab einem gewissen Punkt – eigene Wege gehen, orientiert an eigenen rechtlich-funktionalen Aufgaben. Das lehren uns auch die im Anschluss erwähnten Ausführungen von Otta Wenskus zum Corpus Hippocraticum. – Wichtig erscheint mir dabei die frühe disziplinäre Verflochtenheit der hier angesprochenen theoretischen Fragen.

- O. Wenskus und die bei ihr angeführte Literatur²⁴³ haben für den Bereich der Medizin deutlich gemacht, dass die Frage der ‚Tyche‘/ des ‚Zufalls‘²⁴⁴ in den letzten Jahrzehnten des 5. Jhs. v. C. ein aktuelles ‚Thema‘

²³⁹ Die bisherige Annahme, Anaximenes von Lampsakos sei der Schöpfer der Rechtskategorie ‚Zufall‘, muss demnach verneint werden.

²⁴⁰ Demetrios von Phaleron hat sich nach Diogenes Laertios (V 80: „Über Zufall I“) ebenfalls mit dem Thema ‚Zufall‘ befasst.

²⁴¹ Dazu etwa H. Herter, Thukydides und Demokrit über Tyche (1976) sowie K. Bartels, Der Begriff Techne bei Aristoteles, in: Synusia. FG für W. Schadewaldt 275 ff (Pfullingen, 1965). – Maschke, Die Willenslehre im griechischen Recht 56 (1926) erwähnt, dass auch Herodot *ἕκ προνοίας* und *κατὰ τύχην* bereits als Gegensatzpaar verwendete; eine Unterscheidung im Sinne unserer Trias kann darin aber nicht erblickt werden.

²⁴² Dabei handelt es sich um einen Sammelbegriff, der sowohl Schriften des Hippokrates, als auch solche aus seiner Schule (von Kos) umfasste und sich keineswegs auf das 5. Jh. v. C. beschränkte, sondern sich auf mehrere Jahrhunderte erstreckte.

²⁴³ Die Rolle des Zufalls bei der Gewinnung neuer Ergebnisse. *De vetere medicina* 12 gegen *De affectionibus* 45, in: Hippokratische Medizin und antike Philosophie 413 ff. Verhandlungen des VIII. Internationalen Hippokrates-Kolloquiums in Kloster Banz/Staffelstein vom 23. bis 28. September 1993, hg. von R. Wittern und P. Pellegrin (1996).

²⁴⁴ O. Wenskus geht in ihrem Beitrag auch auf die Etymologie von *τύχη* und *τύχάνειν* ein.

war, und sich die Auseinandersetzung mit diesem Begriff also keineswegs auf den *Rechtsbereich* (Antiphon) und in der Folge die *Geschichtsschreibung* (Thukydides) beschränkte. – Für die *Medizin*, die *Naturphilosophie* und die *Sophistik* war dieses Thema offenbar von Interesse.

- Wenskus betont, was für das Verständnis der Rechtsentwicklung von Bedeutung ist, dass τύχη /Tyche im Corpus Hippocraticum nicht nur als „*Kategorie des Handelns*“, sondern als „*Kategorie des Erkennens*“ eine Rolle spielte. Dazu kam, dass τύχη auch im Rahmen der vornehmlich medizinisch geführten τύχη-τεχνή-Debatte von Bedeutung war. – Anders als beim Zufall im rechtlichen Sinne bestand die „*Kausalreihe*“ im Rahmen der medizinischen Erörterung im Corpus Hippocraticum aus: „Notlage – Suchen nach Abhilfe – eher zufälliges Finden des Richtigen – Erkenntnisgewinn“ (im Einzelfall). Im *Rechtsbereich* dagegen ging es damals – wie noch heute – um ein (nachträgliches) Bewerten einer Handlung oder Unterlassung im Rahmen eines bereits eingetretenen Erfolgs oder einer Ereignung im Hinblick auf die ein solches Ereignis herbeiführenden Faktoren; sei es nun ein menschliches Verhalten oder ein Naturereignis.²⁴⁵

Im rechtlichen Bereich ging es dabei vornehmlich um ein Beurteilen von Kausalfaktoren (eines Verhaltens oder eines Erfolgs), mitunter auch von Verschuldensfragen (in der Zweiten Tetralogie um beides), zumal Kausalitäts- und Verschuldensfragen immer wieder vermengt wurden. Rechtlich ging es also vornehmlich um das Bewerten einer Handlungs- und Ereigniskausalität ex post durch einen (neutralen) Beurteiler/ Richter. Die Kausalbezüge und Prämissen im Rahmen des Rechtsdenkens sind demnach vorwiegend andere als in der Medizin (und in der frühen Naturphilosophie): Haben wir es in der Medizin mit einer gesundheitlichen Notlage zu tun, aus der Abhilfe geschaffen werden sollte, beschränkte sich die rechtliche Frage des ‚Zufalls‘ auf das erwähnte Bewerten eines menschlichen Verhaltens oder eines sonstigen Ereignisses in Bezug auf einen eingetretenen Erfolg; etwa den Tod eines Menschen oder einen (Vermögens)Schaden. Gefragt wird dabei etwa danach, ob der Handelnde/ Täter/ Schädiger in rechtlich zurechenbarer Weise einen kausalen oder als Schuld anzusehenden Beitrag zum Erfolgseintritt geleistet hat. – Der rechtliche und der medizinische ‚Zufall‘ sind demnach, vom Begriff einmal abgesehen, inhaltlich und funktional nicht identisch. Dazu im Anschluss mehr. – Und in der Geschichtsschreibung kommt dem ‚Zufall‘ erneut eine andere Bedeutung zu; hier ging es insbesondere um die politische Vorhersehbarkeit

²⁴⁵ Darauf gehe ich noch ein.

historisch relevanter Ereignisse (etwa durch Staatsmänner) und die Fähigkeit dieser Personen damit und überhaupt mit unerwarteten Ereignissen politisch umzugehen.

Es ist daher erneut festzuhalten, dass es in der zweiten Hälfte des 5. Jhs. v. C. in auffallender Weise zur Befassung verschiedener Disziplinen/ Technai (!) mit dem Phänomen ‚Zufall‘ kam, wobei der ‚Zufall‘ in diesen Bereichen von unterschiedlicher Bedeutung war. Das Gemeinsame all‘ dieses Fragens nach dem ‚Zufall‘ lag aber darin, dass Zufälle als etwas Unvorhergesehenes, ja Unvorhersehbares – diese Grenzziehung wird wohl insgesamt noch nicht klar gezogen (häufig aber auch in Übersetzungen nicht beachtet) – angesehen wurden. Es oblag vielmehr jeder der genannten Disziplinen durch geistige Anstrengung, neben der gemeinsamen Problemwurzel, das für sie Relevante zu erkennen und herauszustellen. – Erkennbar betroffen von einer solchen Fragestellung nach der Bedeutung von ‚Zufall‘ waren die Naturphilosophie/ frühe Naturwissenschaft, die Medizin, das Recht, mittelbar auch Religion und Kultus sowie schließlich auch Geschichtsschreibung, Rhetorik, und Philosophie, wobei offenbar für alle diese Disziplinen – wenn auch mit zeitlichen Unterschieden – gilt, dass erst der abnehmende Einfluss der Religion (bezüglich bestimmter Fragestellungen) den Blick für ein profane(re)s Verständnis des ‚Zufalls‘ freigab. Aber das fachspezifische Denken hat – wie uns das Corpus Hippocraticum und das Denken Antiphons zeigen – zum Zurückdrängen der Religion im jeweiligen Bereich beigetragen.

Zu erwähnen ist noch, dass das disziplinäre und bereits wissenschaftliche Niveau der erwähnten medizinischen Schriften bereits beachtlich war. Als Beispiel einer solchen Schrift sei die hippokratische Schrift „De morbis I“ (περὶ νοῦσων I/ peri nouson I/ Über Krankheiten) erwähnt, zumal diese Schrift von Renate Wittern²⁴⁶ vorbildlich aufbereitet wurde. Dieses im letzten Drittel des 5. Jhs. v. C. (also zwischen ~ 430-400 v. C.) entstandene esoterische – also für einen geschlossenen inneren Kreis, wahrscheinlich als Lehrbuch für einen bestimmten Ärztekreis, bestimmte – Werk²⁴⁷, kannte nicht nur be-

²⁴⁶ Die hippokratische Schrift De morbis I. Ausgabe, Übersetzung und Erläuterungen (1974).

²⁴⁷ Ob sie dem Hippokrates selbst zuzuschreiben ist oder eher nur einem Arzt der koi-schen Schule der Medizin (dafür Wittern CVIII) ist umstritten. Der Ausdruck ‚koi-sche Schule‘ wird heute überwiegend nicht mehr gebraucht. – Der glückliche Zufall heißt in De morbis I ἑπιτυχίη (Kapitel 1, 11), der unglückliche Zufall ἄτυχίη (Kapitel 8, 10). Der Zufall steht in dieser Schrift stets im Zusammenhang mit dem ärztlichen Handeln,

reits, wie moderne Lehrbücher, einen allgemeinen und einen besonderen Teil, sondern auch Gliederung und Inhalt sind nach Wittern (LXXI ff) bereits wissenschaftlich zu nennen. – Das ist für unsere Fragestellung von Bedeutung. Denn man wird durchaus auf ein vergleichbares Niveau bei rhetorisch-logographischen Werken dieser Zeit schließen dürfen, zumal beide Bereiche sophistisch beeinflusst sind; das gilt für Antiphon, wie den Autor bzw. die Autoren von *De morbis I*. Für *De morbis I* stellte R. Wittern (CI f) fest, dass Stil und Sprache „deutliche Züge der sophistischen Rhetorik“ tragen, und zwar „vor allem im ersten, theoretischen Teil“. Darauf deuteten auch das Verwenden seltener Wörter und von Wortschöpfungen hin. Wittern spricht von einer „von der Sophistik beeinflussten Fachprosa“. ²⁴⁸ Und für Antiphon erscheint der sophistische Einfluss unbestritten.

Beruhten die medizinischen Schriften auf ärztlicher Erfahrung, schöpften die rhetorisch-logographisch-juristischen Werke aus forensischer und politischer Praxis. Das ist für unsere Fragestellung von Bedeutung, zumal auch Antiphon, wie wir wissen, ein mehrbändiges – leider nicht auf uns gekommenes – Lehrbuch der Rhetorik verfasst hatte. ²⁴⁹ Für rhetorisch-logographische Fragestellungen erscheinen – neben der erwähnten ‚modernen‘ Lehrbuchanlage von *De morbis I* – vor allem auch folgende medizinische Themen von Interesse: - Berufs- und standesspezifische Überlegungen konnten auch für die Rhetorik/ Logographik von Bedeutung sein (etwa Argumente zur Verteidigung der eigenen *Techne* oder ihr Vergleich mit anderen *Technai* oder gegenüber konkurrierenden Schulen); - das gezielte und fachspezifische Eingehen auf Sachfragen und ihre thesenhafte Darstellung erschien ebenso vorbildlich wie das Eingehen auf konkrete ‚Fälle‘; und dies sowohl für die Praxis, als auch den didaktischen Bereich. Sowohl der allgemeine wie der besondere Teil des Lehrbuchs folgten der gleichen einheitlichen (wissenschaftlichen) Zielsetzung, nämlich dem Festlegen der Lehre nach allgemeinen

meint also einerseits was Ärzte durch glücklichen Zufall bei der Behandlung (positiv) zustande bringen oder was sie andererseits (negativ) durch einen „unglücklichen Zufall bewirken“. – Die medizinische Verwendung von *ἄτυχίης* für den *unglücklichen Zufall* könnte für Antiphon als Vorbild seines juristischen Zufallsverständnisses gedient haben! Gerade in der *Zweiten Tetralogie*, wo der terminologische Einsatz eines rechtlichen Verständnisses von ‚Zufall‘ erstmals nachweisbar ist, haben wir es mit einem derartigen Verständnis von ‚Zufall‘ zu tun. Der Speerwurf erwies sich als unglücklicher ‚Zufall‘. Dieser mit hohem Rechtsempfinden formulierte juristische Sachverhalt lehrte aber, ja zwang in Abkehr vom medizinischen Verständnis dazu, zwischen Handlungs- und Erfolgskausalität sowie Handlungs- und Erfolgsschuld zu unterscheiden. Darin liegt Antiphons rechtswissenschaftliche Leistung.

²⁴⁸ Auf Seite CI wird in Fn 1 die Sprache von *De morbis I* unter Hinweis auf Gomperz unter anderem mit jener Herodots und Antiphons verglichen.

²⁴⁹ Dazu Fuhrmann, *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike* 125 (1960).

Gesichtspunkten; - Prognosemöglichkeiten werden bereits „sorgfältig abgestuft“, wobei Notwendigkeit (ἀνάγκη /ananke) im Sinne von Vorhersagbarkeit und nicht vorhersehbare Krankheiten unterschieden und Voraussagen über Tod oder Überleben gemacht werden. Dabei werden nicht nur Pauschalurteile abgegeben, sondern auch differenzierende, die Individualität des Kranken berücksichtigende Aussagen gemacht. Daneben wurden auch bereits diagnostische und therapeutische Maßnahmen und Methoden reflektiert. Zwischen den einzelnen überlieferten medizinischen Werken des Corpus bestand zudem offenbar auch schon eine Verbindung, sodass bereits von einem Ansatz in Richtung eines Fachdiskurses gesprochen werden kann; vgl. Wittern XCII ff. – Auch das wird im Bereich von Rhetorik und Logographik kaum anders gewesen sein, zumal auch hier Konkurrenz existierte und zudem die Praxis immer wieder herausfordernd wirkte. – Anzuführen ist auch noch, dass in der für unsere Frage wichtigen Zeit von manchen bereits medizinische Schulbildungen behauptet werden; also bspw koisch/Kos, knidisch/ Knidos, sizilisch etc. Diese Meinung ist aber stark umstritten.²⁵⁰

- Doch zurück zu Antiphon, Thukydides und Albin Lesky. – Die erwähnte freiere Entwicklung in den einzelnen Fachdisziplinen wird – wie uns A. Lesky für Thukydides und die Geschichtswissenschaft gezeigt hat – durch das von der Sophistik, aber auch das vom verheerenden Peloponnesischen Krieg (und dem damit einhergehenden Moral- und Sittenverfall) geförderte *Zurückdrängen der Religion* möglich. Eine Profanisierung von Politik, Wissenschaft und Recht etc waren die Folge. Auch bei Thukydides wird dies sichtbar. Die medizinische Entwicklung des Corpus Hippocraticum wurde aber vom Peloponnesischen Krieg kaum berührt und verlief autonom.

Thukydides hat aber wohl – ob von seinem Lehrer Antiphon (?) oder aus anderen Bereichen stammend sei dahingestellt – vorbereitete, philosophisch-sophistisch-rhetorische Einsichten übernommen und für seine historiographische Tätigkeit verwertet. So erwähnt *Origenes* (IV 25)²⁵¹ in

²⁵⁰ Vgl Wesley D. Smith, Galen on Coans versus Cnidians, in: Bull. Hist. Med. 47 (1973).

²⁵¹ Hinweis bei: Schirren/ Zinsmaier (Hg), Die Sophisten 189 (2003) und schon H. Gomperz, Sophistik und Rhetorik. Das Bildungsideal des EY ΛΕΓΕΙΝ in seinem Verhältnis zur Philosophie des V. Jahrhunderts 67 (1965; reprographischer Nachdruck der Ausgabe 1912) unter Hinweis auf Diels/ Kranz II 340. Gomperz fügt dem hinzu: „... so wird man wohl auch dies am einfachsten darauf beziehen, dass er [sc. Antiphon] wie Empedokles [Fragment 134 D.] die anthropomorphen Vorstellungen von der Gottheit bekämpft, und somit etwa ihr spezielles Eingreifen in die menschlichen Schicksale ...“.

einer als Fragment erhaltenen Bemerkung zur Schrift Antiphons „Über die Wahrheit“/ Περὶ ἀλήθειας – was hier von wissenschaftlichem Interesse ist, dass dieser darin „die Vorsehung beseitigt“ habe – „Ἀντιφῶν [...] τὴν πρόνοιαν ἀναιρῶν ἐν τοῖς ἐπιγεγραμμένοις Περὶ ἀληθείας [...]“. Damit wird von Origenes, wie immer die Einflüsse auf Thukydides erfolgt sein mögen, angesprochen und bestätigt, was wir bei Thukydides und zuvor schon bei Antiphon in ihren jeweiligen Disziplinen vorfinden. Im Gegensatz zu Herodot fehlte nämlich bei Thukydides bereits der „metaphysische Faktor zur Erklärung dessen, was da [historisch] geschieht“. Dazu A. Lesky.²⁵²

„Darüber, was er selbst von den Göttern dachte, sind uns nur Vermutungen erlaubt. ... Dass des Thukydides eigene Einstellung auf dieser [sc. des Anaxagoras] Linie lag, darf man wohl vermuten. [Er galt] ... als Schüler des Anaxagoras²⁵³ und als ἄθεος ἥρῆμα [d. h. als ein ungläubig Bedächtiger]. Andererseits ist er kein Kämpfer gegen den Glauben der Tradition gewesen.“

Antiphon ging offenbar konsequent den Weg der geistigen Aufklärung und der Wissenschaft – ohne gleichzeitig offen als Gegner der alten Religion aufzutreten. Er hat sich aber auch schon für philosophische Bezüge dieser Fragen interessiert. – Im Gegensatz zu manch’ erhobenem Zweifel spricht meines Erachtens das Thematisieren von ‚Wahrheit‘ in der eben erwähnten philosophisch orientierten Schrift Antiphons („Über die Wahrheit“) eher für, als gegen die Identität des Sophisten, Rhetors und Politikers mit dem Autor der philosophischen Schriften. Hier besteht durchaus ein innerer geistig-thematischer Zusammenhang.

Es lässt sich aber sagen, dass uns mit dem ‚Zufall‘ in den letzten Jahrzehnten des 5. Jhs. v. C. eine *Kategorie der rechtlich (be)wertenden Zurechnung* begegnet, die uns klarmacht, dass sie im Zusammenhang mit anderen gesellschaftlichen Wertsystemen – in der Frühzeit insbesondere der Religion und dem Altem Herkommen, also vornehmlich Sitte und Brauch (M. Webers nomologischem Wissen), aber wohl auch mit der

²⁵² A. Lesky, Geschichte der griechischen Literatur 538 (1993³).

²⁵³ Aber auch des Antiphon und des Prodikos von Keos. – Der diesbezügliche Einfluss kann daher von diesen beiden oder weiteren Denkern dieser Zeit (etwa Protagoras) stammen.

hippokratischen Medizin und der ionischen Naturphilosophie, gedacht und angewandt wurde.²⁵⁴

Der rechtliche Begriff ‚Zurechnung‘ enthält nämlich stets einen Hinweis und eine innere Verbindung mit und auf die Werte einer konkreten Gesellschaft, schließt diese gleichsam ein, und ist daher kein ‚rein‘ oder isoliert rechtlicher Begriff; kann es nicht sein, weil sich die Werte einer Gesellschaft nicht künstlich trennen oder auf Dauer ‚einfrieren‘ oder konservieren, überhaupt sich statisch nicht einfangen lassen.

- Die zweite Hälfte des 5. Jhs. v. C., die in Griechenland mit der Rhetorik, der Sophistik, der sokratischen – und damit erstmals einer namhaft gesellschaftlich-ethisch orientierten – Philosophie²⁵⁵ sowie mit Perikles, Anaxagoras, Sokrates, Protagoras, der griechischen Tragödie und anderen Strömungen und Entwicklungen in Verbindung gebracht wird, war eine Zeit der aufbrechenden Rationalität und damit einer Entwicklung, die wir heute Aufklärung nennen. Solche gesellschaftlich-geistigen Strömungen sind immer auch mit Wertnovationen verbunden, die – wie wir insbesondere aus dem 18. und 19. Jh. der Moderne wissen – wiederum beachtliche gesellschaftliche Irritationen zur Folge haben können. Das Licht des menschlichen Verstandes begann auch damals bis in die historischen Niederungen der Zeit hinein – und diese waren zuletzt besorgniserregend, zu leuchten; ich erinnere zunächst an die Perserkriege und dann an die Auseinandersetzung zwischen Sparta und Athen – den Peloponnesischen Krieg, die Pest in Athen, die – wie wir noch sehen werden – auch für die Reflexion des Zufalls durch Thukydides Bedeutung erlangte, den Bürgerkrieg und die Revolutionen in Athen u. a. m. Die aufklärerische Vernunft stellte dabei auch Fragen, die bisher nicht oder doch nicht so radikal gestellt worden waren und untergrub dadurch manch’ bisher scheinbar fest gefügte gesellschaftliche und religiöse Position. Solche Fragen(bereiche), die auch für das Recht Bedeutung gewannen, waren unter anderem die nach dem *Verhältnis von Wahrheit und*

²⁵⁴ Auf die interessanten, aber kaum wirklich erforschten gemeinsamen Wurzeln von Recht und Religion gehe ich im Buch u. a. in Kapitel VIII ein.

²⁵⁵ In Platons *Phaidros* (230d) findet sich die berühmte Stelle, wo Sokrates an Phaidros gewendet feststellt: „Ich bin eben lernbegierig, und Felder und Bäume wollen mich nichts lehren, wohl aber die Menschen in der Stadt.“ (Übersetzung der zweisprachigen Platonausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft)

Wahrscheinlichkeit – ἀλήθεια /aletheia und τὰ εἰκότα /ta eikota, aber auch jene nach *Zufall oder Notwendigkeit* – τύχη /tyche oder ἀνάγκη /ananke. Das Interessante an diesen Fragestellungen scheint mir auch ihre fächer- und disziplinenübergreifende Natur zu sein. Letztere Fragestellungen betrafen bspw. primär die Philosophie, daneben aber auch die Politik, die Rhetorik, die Geschichtsschreibung, die Dichtung und die frühe Naturwissenschaft samt der Medizin und nicht zuletzt auch die Rechtspraxis und das Rechtsdenken.²⁵⁶

Wir müssen also – um eine Summe zu ziehen, bedenken, dass der Wandel im Rechtsdenken in den angesprochenen Fragen von ‚Zufall‘ und ‚Wahrscheinlichkeit‘ kein Zufall war, sondern als Folge des hier skizzierten größeren gesellschaftlichen (Werte)Wandels und des damit einhergehenden disziplinären Wissensaustauschs und einer noch nie da gewesenen Wissensverbreitung im Sinne von Bildung verstanden werden muss.

- Die Entwicklung der Rechtskategorie ‚Zufall‘ besitzt aber noch eine weitere Facette, die wegen ihrer entwicklungsgeschichtlichen Bedeutung für das Rechtsdenken erwähnt werden soll. Dieser Entwicklungsstrang weist zudem eine enge Verwandtschaft mit dem frühen naturphilosophischen und medizinischen Denken auf:

Eine juristisch als ‚Zufall‘ zu wertende Ereignung²⁵⁷ kann nämlich unterschiedlicher Art sein. Sie kann eine menschliche Handlung betreffen, die – kausal betrachtet – schädigt, die aber nicht (mehr) als schuldhaft gesetzt anzusehen ist; so der Speerwurf in Antiphons Zweiter Tetralogie (und vielleicht auch der Sachverhalt des Choreutenfalls). Eine zufällige schadenstiftende Ereignung kann aber auch auf ein von menschlichem Verhalten unabhängiges Naturereignis zurückzuführen sein, wie Hagelschlag, Erdbeben, Epidemien oder einen schweren Gewittersturm, der Schiffe sinken lässt. – Antiphon behan-

²⁵⁶ Wissenschaftspositivistische Ansätze haben sich solcher Einsichten selber beraubt. Das Sich-Beschränken auf das eigene Fach (und auch hier auf den engen Kreis des normativ Gesetzten) verhindert/e ein Ertrag bringendes fines transire. Es geht entschieden zu weit, wenn Vertreter dieser Position ihren Weg als den wissenschaftlich einzig zulässigen betrachten. – Für ein realistisches rechtswissenschaftliches Methodenverständnis vgl. B.-Ch. Funk, Rechtspositivismus und Wirklichkeit des Rechts, in: *juridicum* 1/ 2003, 4 f.

²⁵⁷ Zu diesem Begriff F. Gschnitzer, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* 127 f (1966).

delt das *Rechtsphänomen* ‚Zufall‘ ausschließlich *in Bezug auf menschliches Verhalten/ Handlungen* – was seit Drakon vorprogrammiert war und worauf schon eingegangen wurde. Die *zweite Erscheinungsform* des – wie ich es nennen möchte – *natürlichen Zufalls* spielte im Rechtsdenken zunächst insofern keine Rolle, als ein solches Wirken der Natur zum Beispiel nicht der drakontisch-solonischen Gesetzgebung unterlag, weil diese menschliches Verhalten/ Handeln voraussetzte. Der Bereich des natürlichen Zufalls hatte seine Heimat wohl in der Naturphilosophie und der Medizin – und in der Folge auch der Geschichtswissenschaft, also wissenschaftlich regen und früh entwickelten Bereichen.

Aber auch die Rechtspraxis wurde wohl früh mit diesen Naturphänomenen konfrontiert. Durch Einwirkungen der Natur entstandene Schäden trug wohl seit jeher derjenige, den der Schaden getroffen hatte, so dass sich diese Einsicht wohl auch hier schon (früh) entwickelt hatte, ehe sie in der anderen (Zufalls)Kategorie eine Rolle zu spielen begann. – Der Grundsatz des *casum sentit dominus* scheint daher von hier aus auf den anderen Bereich menschlichen Verhaltens übertragen worden zu sein. Die Vereinheitlichung der Rechtsfolgen war wohl nur die Konsequenz der Einsicht, dass beide Phänomene gleich zu behandeln, weil identer (rechtlicher) Natur waren.

Rechtlich gewinnt der Gedanke des ‚Zufalls‘ aber schon in griechischer Zeit früh über den Bereich der Haftung (im Straf- und Zivilrecht) hinaus auch anderweitige rechtliche Anwendung: Nämlich bei den Gefahrtragsregeln, die insbesondere (aber nicht nur) bei Seegeschäften – etwa dem Seedarlehen – eine Rolle spielten. Auch hier setzt sich der Gedanke einer juristisch wertenden und daher flexiblen Gestaltung der (Schadens)Zurechnung und Schadensverteilung durch; man denke nur an die *lex Rhodia de iactu*²⁵⁸, deren entwicklungsgeschichtliche Bedeutung darin liegt, dass – offenbar erstmals (in der Menschheitsgeschichte) – die Schadensfolgen des natürlichen ‚Zufalls‘ normativ-wertend anders, nämlich (gerechter) verteilt wurden, als nach dem sonst für natürliche Zufälle bereits geltenden Grundsatz des *casum sentit dominus*.²⁵⁹ – Der ‚Zufall‘ spielte aber auch – und dies wohl nicht erst in römischer Zeit – bei einfachen Verkehrsgeschäften wie Kauf und Werkvertrag im Rahmen der Leistungsverteilung und Leistungsstörung eine Rolle.

Thukydides ist im Hinblick auf seine historiographischen Interessen vornehmlich an der zweiten, natürlichen Erscheinungsform des ‚Zufalls‘ interessiert: den unvorhersehbaren

²⁵⁸ Auf die Rechtsgeschichte der *lex Rhodia de iactu* gehe ich im Buch mehrfach ein.

²⁵⁹ Durch das menschliche Eingreifen (z. B. das Überbordwerfen von Frachtgut) lag aber nicht mehr nur eine natürliche Zufallsschadensfolge vor, sondern bereits auch ein – wenn auch durch den natürlichen Zufall bedingtes – menschliches Handeln. Das erleichterte wohl den Übergang von der einen zur anderen Zufallskategorie.

Natur- und Gesellschaftsereignissen²⁶⁰, auf die gute Staatsmänner aber dennoch reagieren mussten. Und das von ihm in Bezug auf Perikles erwähnte Beispiel des Ausbruchs der Pest in Athen während der Anfangsjahre des Peloponnesischen Krieges, ist ein solches Beispiel, das in diese zweite Kategorie gehörte. – Ich erwähne dies auch deshalb, um zu zeigen, dass die Griechen bereits beide Formen der noch heute rechtlich als ‚Zufall‘ angesehenen Ereignissen gekannt und reflektiert haben, was nicht selbstverständlich ist. Mag auch haftungsrechtlich bei ihnen zunächst vornehmlich die erste Form des ‚Zufalls‘ von Bedeutung gewesen sein. – Das lehrt uns zweierlei: Nämlich zunächst, dass an der juristischen Entwicklung des ‚Zufalls‘ auch andere Disziplinen (nämlich die Geschichtsschreibung und die Medizin samt Naturphilosophie, Sophistik, Rhetorik und Philosophie) mitgewirkt haben; und andererseits der Entwicklungsweg offenbar vom älteren natürlichen Zufall zu jenem durch menschliches Verhalten veranlassten führte.

- Blicken wir zurück: Entwicklungsgeschichtlich werden zunächst (bis Drakon sakral-gewohnheitsrechtlich bestimmt) auch Handlungen zugeordnet (und sind daher vom Handelnden auch zu vertreten), selbst wenn diese vom Handelnden in Bezug auf den eingetretenen Erfolg nicht gewollt (und daher auch nicht verschuldet) waren. Der eingetretene Erfolg wurde dann, wenn nicht anders möglich (über die erkennbaren Fälle böser Absicht hinaus) als göttliche Fügung oder schicksalhaft verstanden²⁶¹, was nicht ganz dasselbe ist. Das änderte sich mit zunehmender Rationalität und dem allmählichen damit einhergehenden Bedeutungsverlust der Religion: An die Stelle der bislang menschlich-rational nicht immer nachvollziehbaren ‚Schuld‘ der Erfolgshaftung – deren Bedeutungsgehalt zwischen bloßer Verursachung und unserem Verständnis von Verschulden oszillierte; *aitía/ αἰτία* bedeutet beides – tritt immer mehr ein gesellschaftlich zunächst bloß objektiv (~ Rechtswidrigkeit/ ~ iniuria) und später auch handlungs-subjektiv (im Sinne von persönlich zurechenbarem Verschulden) bewertetes, also ein als objektiv-rechtswidrig und subjektiv-schuldhaft bewertetes Verhalten. – Dieser Entwicklungsprozess macht den Weg frei für das Entstehen der (neben der Verursachung) anderen großen, aber jüngeren Zurechnungskategorie: das Verschulden (im

²⁶⁰ Gesellschaftliche Ereignisse bildeten eine Art Zwischenglied zwischen den beiden Zufallsgruppen: dem *natürlichen* und dem *Verhaltenszufall*.

²⁶¹ Vgl. etwa B. Manuwald, Oidipus und Adrastos. Bemerkungen zur neueren Diskussion um die Schuldfrage in Sophokles' ‚König Oidipus‘, in: *Rheinisches Museum für Philologie* 135/ 1 (1992) 1 ff.

modernen subjektiven Sinne). Das gelingt zunächst nur grobschlüchtig: Nämlich durch Drakons (bereits im Thesmos situierte) Unterscheidung von vorsätzlich und unvorsätzlich, der im Zwölftafelgesetz (175 Jahre später) in etwa die Formulierung entspricht: „*Si telum manu fugit magis quam iecit ...*“. Schon dieser *erste Schritt* beinhaltet ein Zurückdrängen göttlich-religiös-kultischer Vorstellungen (Delphi) und bedeutete gleichzeitig ein Vorankommen menschlich-normativer und insbesondere auch rechtlich-staatlicher Rationalität.

Erst der nächste Schritt betraf den hier näher untersuchten ‚Zufall‘. Auch dieser Schritt bedeutete ein Vorankommen menschlich-normativ-zurechnender Rationalität und ein Zurückdrängen irrational-göttlicher oder letztlich rational nicht nachvollziehbarer vermeintlich schicksalhafter Einflüsse. – Dieser *zweite Entwicklungsschritt* erfolgte in Teilschritten und beginnt insbesondere mit den von Drakon geschaffenen ‚Ausnahmebestimmungen‘, die, *cum grano salis*, Sanktionserleichterungen für bestimmte Fallgruppen innerhalb des – sonst noch undifferenzierten – Bereichs unvorsätzlichen Handelns schufen und dabei schon tatsächliche Fallkonstellationen erfassten, die dem erst später erkannten Bereich des ‚Zufalls‘ angehörten.

Der *dritte Schritt* lag – parallel zum Weiterentwickeln des unvorsätzlichen Handelns in Richtung Fahrlässigkeit – im generell-normativen Abtrennen der Kategorie ‚Zufall‘ (seit Antiphon) vom bislang einheitlich gedachten Bereich des unvorsätzlichen Handelns. – Und der *vierte Schritt* kann darin erblickt werden, dass innerhalb des im Wesentlichen von Antiphon geschaffenen unvorsätzlich-fahrlässigen Verschuldensbereichs zwischen verschiedenen Verschuldensgraden unterschieden wurde; insbesondere zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit. Es war Platon, der damit einen gedanklichen Anfang setzte; mag dieser auch noch unvollkommen gewesen sein. Die rechtspolitisch-legistische Entwicklungsrichtung war damit aber aufgezeigt. Legistisch-praktisch umgesetzt wird diese Unterscheidung spätestens durch Justinian, vielleicht auch schon durch die römische Klassik.

Der *fünfte Schritt* lag schliesslich im Ausdifferenzieren des ‚Zufallsbereichs‘ in einen ‚einfachen‘ oder ‚schlichten Zufall‘ (Zufall ieS/ später: casus simplex) und einen ‚höheren Zufall‘, den wir heute ‚höhere Gewalt‘/ vis maior bezeichnen, was ebenfalls schon in griechischer Zeit begann (Lysias, Aristoteles).²⁶² – Als *sechster Schritt* kann – nach schweren Rückschlägen und langer Stagnation im Bereich des normativen Zurechnungsdenkens – die in der Moderne mit der Industriellen Revolution einsetzende Reflexion neuer gefährdungshaftungsrechtlicher Zusammenhänge angesehen werden, worauf hier aber nicht mehr einzugehen ist.²⁶³

- Doch nun endlich zu den für uns interessanten, weil einfühlsamen und gescheiterten *Überlegungen Albin Leskys*, die bei den erforderlichen Fähigkeiten eines Staatsmannes ansetzen und dabei ein Zusammenspiel von „[Erb]Anlage und geistige(r) Schulung“ konstatieren. Aber auch dem guten Staatsmann, wie Perikles einer war, bleibe – so Lesky in Bezug auf

²⁶² Man beachte dabei die sprachliche Bezeichnung „höhere“ (!) Gewalt. Welche? – Natur, Religion? Steckt hierin ein letzter Rest der ursprünglichen Ableitung aus dem göttlichen Bereich? Oder nur noch die Einsicht in die Ausgeliefertheit des Menschen an die Natur? – Der Begriff der höheren Gewalt/ vis maior/ force majeure scheint bereits eine aristotelische Wurzel zu haben; vgl. I. Düring, Aristoteles 439 im Hinblick auf die Magna Moralia. Vgl. auch den Hinweis Maschkes (Die Willenslehre im griechischen Recht 130 unter Hinweis auf Beauchet) auf Lysias 32, 29 (Rede gegen Diogeiton), wo bereits ein Fall von höherer Gewalt behandelt wird.

Nach Maschke, Die Willenslehre im griechischen Recht 156 hat sich die höhere Form des Zufalls (vis maior) vor dem einfachen Zufall (casus simplex) entwickelt. Das wäre insofern einleuchtend, weil es wohl leichter einzusehen war, drastische Folgen dieser höheren Spielart des ‚Zufalls‘ nicht zurechnen zu müssen. – In Kapitel VIII 3 des Buches gehe ich darauf kurz ein, dass unter Umständen das griechische Privatrecht (!) die strafrechtliche Entwicklung des ‚Zufalls‘ gefördert haben könnte und nicht – wie in der Regel angenommen – umgekehrt die strafrechtliche Entwicklung auf die zivilrechtliche übertragen wurde.

²⁶³ Dazu meine Habilitationsschrift „Kausalität im Sozialrecht“ (1983) und die diesbezüglichen Ausführungen im Lehrbuch, Zivilrecht II 634 ff (2004²). – Erst im 19. Jh. und in den ersten Jahrzehnten des 20. Jhs. kommt es zur Ausformung der bis heute angewandten Kausalitätskonzepte der Äquivalenz und Adäquanz. Von ‚Theorien‘ zu sprechen sollte besser vermieden werden.

Thukydides räsonierend – eine Dimension entzogen, mit der er dennoch umgehen können müsse – die des Unvorhergesehenen und Zufälligen.²⁶⁴

„Hat der verantwortlich Handelnde auch alle seiner Vernunft zugänglichen Faktoren richtig berechnet, so bleibt ihm noch immer ein Restbereich entzogen, aus dem seinem Plane Hemmnis, wenn nicht gar Vernichtung droht. [zB die Pest in Athen] Dies Unerrechenbare heißt Tyche, aber Thukydides meint damit keine göttliche Potenz und Irrationales nicht im Sinne einer metaphysischen Wesenheit, sondern nur in dem äußerst schlichten, dass menschliches Planen für die Zukunft seine Grenzen hat, außerhalb deren das Unvorhergesehene liegt. Thukydides kennt die Bedeutung des Zufalls²⁶⁵, schränkt aber dessen Rolle in seiner Geschichtsbetrachtung zugunsten rationaler Kalkulation ein.“²⁶⁶ (Hervorhebungen von mir)

Die Ausführungen des Thukydides in „Der Peloponnesische Krieg“ VIII 68, 1²⁶⁷ über Antiphon stehen im Zusammenhang mit dem Umsturz in Athen durch die sogenannten „Vierhundert“. Sie lauten:

Antiphon war „ein Mann, der unter den Athenern keinem an persönlicher Tüchtigkeit nachstand; er entfaltete größte Kraft sowohl in seinen Überlegungen, als auch im Ausdruck dessen, was er dachte; und vor dem Volk trat er nicht auf, auch sonst nicht mit Absicht bei einem Gerichtsverfahren, sondern er war der Volksmenge unheimlich wegen des Rufes, in dem die Gewalt seiner Rede stand. Wenn freilich Leute vor Gericht oder in der Volksversammlung eine Streitsache zu vertreten hatten, war er der Einzige, der jedem nützen konnte, wer sich auch immer von ihm in einer Sache einen Rat geben ließ.“

- Aber wir müssen auch sehen wie sehr sich, wenn wir uns der Ausführungen zur Entstehung der Verschuldens- aus der Erfolgshaftung erinnern, das Phänomen ‚Zufall‘ verändert hat! Wurde der spätere Bereich

²⁶⁴ A. Lesky, Geschichte der griechischen Literatur 540.

²⁶⁵ Dabei ist noch einmal daran zu erinnern, dass wir nicht wissen, woher dieser Einfluss stammt. Es kann aber mit einiger Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass Thukydides einschlägige Überlegungen von seinen Lehrern übernommen hat. Ihr sophistisch-aufklärerischer Inhalt legt dies nahe. – Möglich ist es aber auch, dass nicht nur Thukydides, sondern auch Antiphon Nehmender war: Als Gebende kommen die Naturphilosophie, vor allem aber die Medizin (Corpus Hippocraticum) und ganz allgemein die Sophistik in Betracht.

²⁶⁶ Und eben dies geschah zuvor schon im Rechtsdenken Antiphons.

²⁶⁷ Zitiert nach Vretska/ Rinner, Der Peloponnesische Krieg.

‚Zufall‘ noch bis um die Mitte des 5. Jhs. v. C. überwiegend als schicksalhaft-göttlicher Einfluss gedeutet, der vom Handelnden daher grundsätzlich, wenn auch seit Drakon und Solon bereits rechtlich abgeschwächt, zu vertreten war, wird der ‚Zufall‘ nunmehr rechtlich als eine *neutrale Sphäre* verstanden, die sich menschlicher Planung – und damit auch menschlicher und rechtlicher Verantwortlichkeit – entzieht. Damit war die rechtliche Grundlage und Legitimation verloren gegangen, jemanden straf- oder überhaupt haftungsrechtlich zur Verantwortung zu ziehen und damit auch einen eingetretenen Schaden zu überwälzen. Der Schaden oder das Unglück verblieb daher normativ dort, wo er eingetreten war. Das war die logische Folge dieses neuen Verständnisses von ‚Zufall‘. Der ursprünglich schicksalhaft-göttlich gedachte (Kausal)Einfluss ist in diesem Denken (weitgehend) verschwunden. – Die Rhetorik agierte aber noch geraume Zeit insofern widersprüchlich, weil sie immer noch die Angst der Richter (im alten Sinne) vor dem Walten der Götter und des Schicksals für ihre Zwecke auszunützen versuchte und daher in Reden wohl bewusst zweischneidig argumentierte; vgl. auch noch die *Erste* und *Zweite Tetralogie*.

Von hier aus brauchte es nur noch Konsequenz, um den Bereich des ‚Zufalls‘ – als Sphäre des Unvorhersehbaren und Unkalkulierbaren – generell zu einer vom Menschen rechtlich nicht mehr verantwortbaren Sphäre zu machen und den Beginn des ‚Zufalls‘ (auf der gedachten Zurechnungsskala) endgültig als Haftungsausschlussgrenze zu verstehen. – Damit wird neben die rechtlichen Verantwortungsbereiche des vorsätzlichen und unvorsätzlichen Handelns, der ‚Zufall‘ als Grenzpfahl rechtlicher Haftung und Zurechnung aufgerichtet. Die Kategorie ‚Zufall‘ wird durch diesen Entwicklungsschritt aus dem bislang unspezifischen und rational noch nicht hinreichend durchdrungenen Bereich des unvorsätzlichen Handelns herausgelöst und konsequent auf der Zurechnungsskala nach dem noch länger einheitlich gedachten Bereich der Fahrlässigkeit, die ebenfalls eine antiphonische Erfindung darstellt, angesiedelt; vgl. dazu die oben dargestellten „Skizzen“ antik-rechtlicher Zurechnungsskalen.

Damit wird in der menschlichen Rechtsgeschichte erstmals – wenn auch nur in groben Zügen – das endgültige rechtliche Zurechnungsspektrum abgesteckt.²⁶⁸ Die Eckpunkte und Umriss des rechtlichen Zurechnungs-

²⁶⁸ E. Carawan, *Rhetoric and the Law of Draco* (1998) vernachlässigt, wegen zu großer Detailverliebtheit (trotz größter Gelehrtheit), die große (Entwicklungs)Linie der Haftungsentwicklung.

inventars sind geschaffen und späterer Entwicklung verbleibt nur noch das Verfeinern des Fahrlässigkeitsmaßstabs auf der einen und das weitere Ausdifferenzieren des Zufallsbereichs in Richtung höhere Gewalt/ vis maior auf der anderen Seite. Den ersten rechtlich entschlossenen und den künftigen Wegweisenden Schritt in diese Richtung tat – soweit das heute feststellbar ist – Antiphon als praktisch denkender Rhetor, Logograph, Sophist, Politiker und Aufklärer, der zugleich bereits als nicht nur praktisch, sondern auch schon theoretisch und systematisch-wissenschaftlich denkender Jurist anzusehen ist, der sogar an philosophischen Fragestellungen interessiert war. – Thukydides vollzog diesen Schritt für den Bereich des Geschichtsdenkens entweder nach oder gelangte beeinflusst von anderen Quellen zu identen Ergebnissen. Eine disziplinär autonome Entwicklung für ihn ist wohl eher auszuschließen. – Zu verdanken ist dieser rechtlich epochale Entwicklungsschritt vielleicht letztlich der religiös-kritischen Philosophie des Anaxagoras²⁶⁹ und der ebenso ausgerichteten Haltung der Sophistik. Erstmals fachspezifisch erkannt wurde die Bedeutung der Rechtskategorie ‚Zufall‘ aber von Antiphon.

Das griechische Rechtsdenken hat danach, mag das bisher auch unbeachtet geblieben sein, bereits in den letzten Jahrzehnten des 5. Jhs. v. C. neben der Medizin und der Naturphilosophie wichtige wissenschaft(sgeschichte)liche Schrittmacherdienste – zunächst für die Geschichtswissenschaft und in der Folge auch für die Weiterentwicklung der Philosophie des 4. Jhs. v. C. – geleistet.

Es erstaunt, dass diese wissenschaftsgeschichtlich so interessanten und bedeutenden Entwicklungen und Zusammenhänge von der Wissenschafts- und Rechtsgeschichte bisher so stiefmütterlich behandelt wurden. Spielte doch das Rechtsdenken, wie wir sehen konnten, im Rahmen

²⁶⁹ Er wurde angeblich als Atheist angeklagt und musste Athen 432 v. C. verlassen. – Zu diesbezüglichen Zweifeln aber K. Raaflaub, Den Olympier herausfordern? Prozesse im Umkreis des Perikles, in: Burckhardt/ Ungern-Sternberg (Hg), Grosse Prozesse im antiken Athen 96 ff (2000). – Schon Xenophanes hatte aber in diese Richtung vorgearbeitet. Ebenso in der Folge Protagoras und Gorgias. – Das von Plutarch erwähnte Treffen des Protagoras mit Perikles, um aus gegebenem Anlass anstehende Rechtsfragen zu besprechen, die auch den ‚Zufall‘ berührt haben mochten, würde jedenfalls gut in diesen historischen Kontext passen.

der allgemeinen Wissenschaftsentwicklung zusammen mit anderen Technai eine bedeutende Rolle. – Zu erinnern ist dabei daran, dass schon die hier zutage geförderten *juristischen Fragen* rund um den ‚Zufall‘ mit den ebenfalls auf dieses Phänomen gerichteten *naturphilosophischen und medizinischen Fragen* und *Antworten* schon in der Antike keineswegs völlig übereinstimmten, was bis heute so geblieben ist. Vergleichbar erscheint diese Beziehung dabei jener der Kausalzurechnung, bei der das Rechtsdenken in seiner Geschichte ebenfalls über die Naturwissenschaften und die Philosophie hinaus – wenngleich darauf aufbauend – autonome Zielsetzungen verfolgte, verfolgen musste, wollte es seine gesellschaftliche Funktion erfüllen.²⁷⁰ – Ein solches Verständnis offenbart danach, dass das juristische Denken – trotz wahrscheinlicher Einwirkungen und Anregungen von außen – schon früh eine eigenständige Haltung im Beurteilen der rationalen Phänomene von ‚Kausalität‘, ‚Verschulden‘ und ‚Zufall‘ eingenommen hatte. Die darin enthaltene rechtliche Wertungsproblematik hat Antiphon wohl als erster (griechischer) Jurist in ihrer Bedeutung erkannt, was ihm allerdings bis heute manches Unverständnis eingetragen hat.²⁷¹

7. Schlussbetrachtung

Damit ist es wahrscheinlicher geworden, dass die rechtliche Zurechnungs(ausschluss)kategorie ‚Zufall‘ nicht erst durch Aristoteles oder Anaximenes von Lampsakos um die Mitte des 4. Jhs. v. C. theoretisch erkannt worden ist, sondern schon etwa 80 Jahre früher durch Antiphon.

²⁷⁰ Dazu mehr in meinem: Zivilrecht II 590 ff (2004²) und schon in „Kausalität im Sozialrecht“ (1983).

²⁷¹ Ich gehe im Buch detaillierter auf diese Fragen ein. – Nicht auszuschließen ist ferner, dass Antiphons *Zweite Tetralogie* auch eine *methodisch-hermeneutische Dimension* in der Hinsicht besaß, dass, wie E. Carawan²⁷¹ meint, Drakons Sonderregel für Wettkampfunfälle nur auf „death in athletic competition – not, as our author has construed the case, in training“ anwendbar gewesen sei. – Ich halte Carawans Deutung aber für nicht überzeugend, gehe aber im Buch auf diese Frage ein.

Ich denke nicht, dass die Interpretation der Fragen rund um die Entstehung der Rechtskategorie ‚Zufall‘ (samt dessen Einbettung in das gesamte straf- und zivilrechtliche Haftungssystem) wie mancher griechische Mythos ganz unterschiedlich und geradezu konträr interpretiert werden kann.²⁷² Die rationalen Wurzeln der hier untersuchten Fragen sind deutlich stärker ausgeprägt und damit wird der Interpretationsspielraum schmaler. Nicht zu übersehen ist dabei, dass das Entstehen der untersuchten Rechtskategorie nicht isoliert erfolgte, sondern in einen relativ breiten rationalen Aufbruch eingebettet erscheint, den die Sophistik ausgelöst hatte. Gerade dieser Umstand ist bislang zu wenig beachtet worden. Die griechische Philosophie hat diese (Rechts)Entwicklung zwar nicht begonnen, wohl aber wesentlich gefördert.

- Antiphons Tetralogien lehren uns auch, dass diese griechischen ‚Schulfälle‘ neben der üblichen rechtsdidaktischen, durchaus auch eine rechtspolitische und unter Umständen bereits auch eine rechtstheoretisch-systematische Dimension besitzen konnten, zumal auch auf diesem Feld rhetorisch-juristische, politische und schulische Erfolge möglich schienen. – Carawans Bedenken²⁷³ erscheinen mir deutlich zu eng, wenn er meint:

„The Tetralogies are not an inventive or innovative work, in the sense of an exercise exploring theoretical possibilities that had not been previously demonstrated.“

Diese Behauptungen überzeugen nicht, denn zu vieles erscheint herkömmlichem Verständnis verpflichtet, während neue Ansätze unbeachtet bleiben und seine Aussagen sind obendrein wie gezeigt werden konnte zu restriktiv gedacht. – Wir haben es hier vielmehr erneut mit einer typisch griechischen Entstehungsgeschichte eines Kulturprodukts – hier einer neuen Rechtskategorie – zu tun: Typisch insofern, als auch hier nicht nur *eine* wissenschaftliche Disziplin/ Techné zur Entstehung eines bedeutenden wissenschaftlichen Produkts beitrug, sondern mehrere Technai des damals bereits entwickelten oder sich eben entwickelnden griechischen Denkens – nämlich Philosophie und Politik, Rhetorik und Sophistik, Medizin, Geschichtswissenschaft und Rechtspraxis einen Beitrag geleistet

²⁷² Das gilt etwa für den Adonismythos, der von M. Detienne und W. Burkert ganz unterschiedlich interpretiert wurde; dazu J. Griffin, Greek Myth and Hesiod, in: Boardman/ Griffin/ Murray (Ed.), The Oxford History of Greece and the Hellenistic World 95 f (Oxford/ New York, 1986/ 2001).

²⁷³ Rhetoric and the Law of Draco 209 f.

haben. – Das ändert aber nichts daran, dass es sich hier um einen rechtstheoretischen, ja bereits rechts-wissenschaftlichen Fortschritt handelte; mögen die damit verbundenen philosophischen, medizinischen und geschichtswissenschaftlichen Einsichten auch mitursächlich gewesen sein. – Diese Art von kumulativ-wissenschaftlichem Fortschritt erscheint auch wissenschaftsgeschichtlich von Interesse.

- Der über die drakontisch-solonische Lösung hinausweisende Fortschritt war aber auch insofern beachtlich, als die drakontische Regelung – wie ausgeführt – rechtlich noch ganz inkohärente Tatbestandsgruppen unter das gemeinsame Dach des Gesetzes/ Thesmos gezwängt hatte: Standen doch neben den beiden ‚Zufalls‘-Tatbeständen – den ‚Wettkampfunfällen‘ und der ‚versehentlichen Tötung eigener Mitkämpfer im Kriege‘, bei denen in der Regel nicht einmal ein Fahrlässigkeitsvorwurf erhoben werden konnte – auch ein Fall der gesellschaftlich tolerierten vorsätzlichen Tötung (nämlich der des moichos/ Ehebrechers) und daneben vielleicht – bei aller Unsicherheit, welche hier noch besteht – ein Fall fahrlässiger, affektbetonter Tötung bei (Straßen)Raufereien.²⁷⁴

Es bestanden also durchaus hinreichende rechtspolitische, rechtstheoretische und wohl auch rechtsdidaktische Gründe, um an die Stelle der alten drakontisch-solonischen, eine neue Regelung oder doch ein neues Auslegungsverständnis dieser Regelungen treten zu lassen. Denn das zu Antiphons Zeit seit etwa 200 Jahren bestehende normative ‚Gemisch‘ hatte, wie wir aus dem Perikles-Protogoras-Diskurs²⁷⁵ wissen, bereits für Unbehagen und Rechtsunsicherheit gesorgt.

- Rom hatte dieser – mit Aristoteles vorerst abgeschlossenen – griechischen Rechtsentwicklung nichts Gleichwertiges entgegenzusetzen und übernahm daher sehr wahrscheinlich diesen hohen Entwicklungsstand.²⁷⁶

²⁷⁴ Einen derartigen Fall behandelt Antiphons *Dritte Tetralogie*; dazu kurz bei Anm. 120. – Zu Platons Lösungsvorschlägen bei Affekttötungen vgl. die Ausführungen bei Anm. 211.

²⁷⁵ Zu dessen Umfeld E. Carawan, *Rhetoric and the Law of Draco* 180 ff (1998).

²⁷⁶ Die griechischen Wurzeln der *römischen Zufallslehre* tauchen in den *Speerwurfbeispielen* (dazu bei Anm. 139) und in modifizierten anderen Fällen (wie dem Barbierfall – dazu bei Anm. 144) in den *Digesten* auf, wobei die weitgehende Übereinstimmung der

– Damit erweist sich die bis heute bestehende *zentrale straf- und zivilrechtliche Haftungs- und Zurechnungsachse* von Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall als eine *autonome griechische Entwicklung*, die spätestens in der Mitte des 4. Jhs. v. C. abgeschlossen war. Der zu diesem hohen Entwicklungsstand schrittweise hinführende rechtliche Weg, lässt sich rechtshistorisch anschaulich nachvollziehen. Er beginnt – historisch noch fasslich – mit den Sühneregeln des delphischen Apollon und Drakons gesetzlicher Umsetzung (und wohl bereits vorgenommenen Erweiterungen) dieser Regeln, womit der Wandel von der Erfolgs-, zur Verschuldenshaftung bereits im alten Griechenland vollzogen war.

Die griechische Anerkennung des rechtlichen ‚Zufalls‘ hatte – über das Strafrecht hinaus – die Einsicht zur Folge, dass der eingetretene Nachteil oder Schaden dort verblieb, wo er eingetreten war, also rechtlich nicht überbürdet werden konnte. Der zufällig Schädigende hatte zwar den Schaden oder das Unglück kausal herbeigeführt, dabei aber kein schuldhaft vorwerfbares Verhalten gesetzt, weshalb ihm der Schaden nicht mehr zugerechnet werden sollte; weder straf-, noch zivilrechtlich. Das lehrt uns unter anderem die *Zweite Tetralogie*. (Der Schritt über das Strafrecht hinaus dürfte nicht schwer gefallen sein.) Bei der wohl älteren Fallgruppe der naturbedingten Zufallsschäden – auf die ebenfalls eingegangen wurde, war die Rechtsfolge von der ‚Natur der Sache‘ her vorgegeben und besaß offenbar für die andere Gruppe der Handlungs-Zufälle Vorbildwirkung. – Der zufällig eingetretene Erfolg/ Schaden war daher schließlich in beiden Zufallsgruppen einheitlich von dem zu tragen, in dessen Person oder Vermögen er eingetreten war; so noch heute die Diktion des § 1311 Satz 1 ABGB. – Das darin zum Ausdruck gelangende *casum sentit dominus* bleibt deshalb immer noch eine treffend-knappe römische Formulierung; aber ihr normativer Gehalt stammt nicht aus Rom, sondern aus dem alten Griechenland.

Sachverhalte kaum als ‚Zufall‘ (im Sinne einer Parallelentwicklung) gedeutet werden kann. Wirklich reflektiert wird der juristische ‚Zufall‘ von den römischen Vertretern der Klassik nicht. – Allein diese greifbaren Zusammenhänge blieben bisher (rechts)historisch auffallend verwaschen und vage.

Bislang nicht mit Sicherheit feststellbar ist der genaue Weg, auf welchem die Weitergabe des ‚Zufalls‘ an Rom erfolgte, zumal diese Übernahme offenbar erst relativ spät ins römische Rechtsdenken gelangt ist: Ob schon im Rahmen der Übernahme des subjektiven Verschuldens durch Quintus Mucius *Scaevola*²⁷⁷ oder erst durch *Gaius* sei dahingestellt. *Gaius* kannte jedenfalls in seinen ‚Institutionen‘ den ‚Zufall‘ bereits.²⁷⁸ – Als *Vorbilder* kommen dabei in Frage: Vor allem *Aristoteles*, aber vielleicht auch *Anaximenes* von Lampsakos und *Antiphon*. Am wahrscheinlichsten erscheint aber eine Vermittlung an Rom durch zentrale Werke des *Aristoteles*, insbesondere dessen „Rhetorik“ und „Nikomachische Ethik“ (vielleicht auch die anderen Ethiken), zumal die Werke des *Aristoteles* im Laufe des 1. Jhs. v. C. wieder umfassend zugänglich geworden waren. *Ulpian* könnte der späte Rezipient von *Antiphons* Speerwurfbeispiel gewesen sein.²⁷⁹

Allein das hier näher untersuchte – freilich zentrale – Rechtsinstitut lehrt uns, von welcher Bedeutung das griechische Recht und sein bereits zu *Antiphons* Zeit – wenn auch noch nicht sehr breites, aber doch bereits wissenschaftlich zu nennendes Rechtsdenken für die römische Rechtsentwicklung und damit für uns waren. Erstaunlich dabei ist erneut die enorme Zeitdifferenz zwischen der griechischen Entdeckung durch *Antiphon* um 420 v. C. und ihrer bereits vollständigen rechtstheoretischen Aufbereitung um 350 v. C. durch *Aristoteles* und der späten römischen Rezeption, die – je nachdem, welches Rezeptionsdatum sich herauskristallisiert wird, zwischen 250 bis 500 Jahre betragen hat. – Erkennbar reflektiert wurde diese Entwicklung – so viel wir bisher wissen – weder im antiken Rom, noch von der modernen Rechtsgeschichte. B. Küblers

²⁷⁷ *Scaevolae* genaue Lebensdaten sind nicht bekannt und müssen erschlossen werden; etwa ~ 150-80 v. C.

²⁷⁸ Dazu bei Anm. 147. – Es erscheint mir aber nicht unwahrscheinlich, dass erst *Gaius* diesen weiteren Rezeptionsschritt gesetzt hat. Vgl. dazu auch die Hinweise auf *Cicero* bei Anm. 149.

²⁷⁹ Unwahrscheinlich erscheint dagegen ein Umweg der römischen ‚Zufalls-Rezeption‘ über *Thukydides* oder das *Corpus Hippocraticum*, zumal darin nicht der schwierigere und juristisch im Vordergrund stehende Handlungs-Zufall, sondern das unvorhersehbare Walten der Natur oder im Kontext von politischen Entscheidungen im Vordergrund stand.

Meinung blieb vereinzelt.²⁸⁰ – Wir haben es erneut mit einem für das Verhältnis zwischen Griechenland und Rom typischen rechtlichen Rezeptionsvorgang zu tun, der nach außen hin kaum als solcher wahrnehmbar ist. Auf der anderen Seite hat auch das akademische Rechts- und Geschichtsdenken diese historischen Abläufe – man muss in Bezug auf die griechisch-römischen Beziehungen sagen: wie so oft – nicht wahrgenommen oder vielleicht auch nicht wahrnehmen wollen. Womit nicht gesagt sein soll, dass nicht vielleicht auch die griechische Entwicklung wiederum auf orientalische Vorbilder zurückzuführen ist, was künftige Forschung erweisen wird. – Nach dem bislang zur Verfügung stehenden Quellenmaterial scheint es sich aber in unserem Fall um eine *genuin griechische Rechtsentwicklung* gehandelt zu haben.

Antiphons Großtat hat darin bestanden, dass er als erster Grieche dazu gelangt war, die „Kategorie der *Fahrlässigkeit* aus der Masse alles Nichtvorsätzlichen als etwas Besonderes herauszuheben und mit Rechtsfolgen zu umgeben“; denn die Fahrlässigkeit des Verletzten wird (in der *Zweiten Tetralogie* bspw. des getöteten Jungen) von Antiphon dazu benutzt, um die Kausalität und damit auch die Zurechnung des den Erfolg zwar kausal Herbeiführenden (Angeklagten) verneinen zu können.²⁸¹ – Gleichsam als Nebenprodukt seiner grundlegenden Einsichten in das diffizile normative Zusammenspiel von Fahrlässigkeit und Kausalität hat Antiphon den ‚Zufall‘ als Rechtsphänomen entdeckt. Er hat damit im zentralen Bereich der rechtlichen Zurechnung und Haftung jene Grundlagen gelegt, von denen wir noch heute zehren und er hat in seinen Ge-

²⁸⁰ Dazu mehr bei Anm. 160 ff und 178 ff.

²⁸¹ Vgl. Maschke, Die Willenslehre im griechischen Recht insbesondere 71, der sinngemäß und insgesamt ebenfalls zu der hier gezogenen Schlussfolgerung bezüglich Antiphon gelangt.

rechtsreden und Tetralogien ein Feuerwerk von Ideen entfacht, dessen Formenreichtum und Farbigkeit wir noch heute bewundern können. Er ist daher als der erste Rechtswissenschaftler Griechenlands – und damit Europas – zu betrachten, zumal er das Recht nicht nur als Rhetor und Logograph angewandt, sondern es auch bereits gelehrt hat und darüber hinaus bestrebt war, das Recht seiner Zeit auch theoretisch fortzubilden.

