

Schriften des Historischen Kollegs

Herausgegeben
von der
Stiftung Historisches Kolleg

Kolloquien
45

R. Oldenbourg Verlag München 2000

Die Begründung des Rechts als historisches Problem

Herausgegeben von
Dietmar Willoweit
unter Mitarbeit von
Elisabeth Müller-Luckner

R. Oldenbourg Verlag München 2000

Schriften des Historischen Kollegs

im Auftrag der

Stiftung Historisches Kolleg im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft

herausgegeben von

Lothar Gall

in Verbindung mit

Manfred Erhardt, Arnold Esch, Etienne François, Klaus Hildebrand, Hilmar Kopper,

Jochen Martin, Heinrich Nöth, Ursula Peters, Winfried Schulze und Michael Stolleis

Geschäftsführung: Georg Kalmer

Redaktion: Elisabeth Müller-Luckner

Organisationsausschuß:

Georg Kalmer, Herbert Kießling, Elisabeth Müller-Luckner, Heinz-Rudi Spiegel

Die Stiftung Historisches Kolleg hat sich für den Bereich der historisch orientierten Wissenschaften die Förderung von Gelehrten, die sich durch herausragende Leistungen in Forschung und Lehre ausgewiesen haben, zur Aufgabe gesetzt. Sie vergibt zu diesem Zweck jährlich bis zu drei Forschungsstipendien und ein Förderstipendium sowie alle drei Jahre den „Preis des Historischen Kollegs“.

Die Forschungsstipendien, deren Verleihung zugleich eine Auszeichnung für die bisherigen Leistungen darstellt, sollen den berufenen Wissenschaftlern während eines Kollegjahres die Möglichkeit bieten, frei von anderen Verpflichtungen eine größere Arbeit abzuschließen. Professor Dr. Dietmar Willoweit (Würzburg) war – zusammen mit Professor Dr. Aharon Oppenheimer (Tel Aviv), Dr. Gerhard Schuck (Frankfurt/Main) und Professor Dr. Stephen A. Schuker (Charlottesville, VA) – Stipendiat des Historischen Kollegs im Kollegjahr 1996/97. Den Obliegenheiten der Stipendiaten gemäß hat Dietmar Willoweit aus seinem Arbeitsbereich ein Kolloquium zum Thema „Die Begründung des Rechts als historisches Problem“ vom 9. bis 12. April 1997 im Historischen Kolleg gehalten. Die Ergebnisse des Kolloquiums werden in diesem Band veröffentlicht.

Die Stiftung Historisches Kolleg wird vom Stiftungsfonds Deutsche Bank zur Förderung der Wissenschaft in Forschung und Lehre und vom Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft getragen.

Die Deutsche Bibliothek – CIP Einheitsaufnahme

Die Begründung des Rechts als historisches Problem / hrsg. von
Dietmar Willoweit unter Mitarbeit von Elisabeth Müller-Luckner. –
München: Oldenbourg, 2000

(Schriften des Historischen Kollegs: Kolloquien; 45)

ISBN 3-486-56482-X

© 2000 Oldenbourg Wissenschaftsverlag GmbH, München

Rosenheimer Straße 145, D-81671 München

Internet: <http://www.oldenbourg-verlag.de>

Das Werk einschließlich aller Abbildungen ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Bearbeitung in elektronischen Systemen.

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier (chlorfrei gebleicht)

Gesamtherstellung: R. Oldenbourg Graphische Betriebe Druckerei GmbH, München

ISBN 3-486-56482-X

Inhalt

<i>Dietmar Willoweit</i> Vorwort	VII
Verzeichnis der Tagungsteilnehmer	VIII
<i>Stefan Breuer</i> Das Legitimitätskonzept Max Webers	1
<i>Okko Behrends</i> Die Gewohnheit des Rechts und das Gewohnheitsrecht. Die geistigen Grundlagen des klassischen römischen Rechts mit einem vergleichenden Blick auf die Gewohnheitsrechtslehre der Historischen Rechtsschule und der Gegenwart	19
<i>Jürgen Weitzel</i> Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkommen	137
<i>Gerhard Dilcher</i> Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation	153
<i>Jürgen Miethke</i> Die Frage der Legitimität rechtlicher Normierung in der politischen Theorie des 14. Jahrhunderts	171
<i>Peter Landau</i> Der biblische Sündenfall und die Legitimität des Rechts	203
<i>Kurt Seelmann</i> Theologische Wurzeln des säkularen Naturrechts. Das Beispiel Salamanca	215
<i>Dietmar Willoweit</i> Der Usus modernus oder die geschichtliche Begründung des Rechts. Zur rechtstheoretischen Bedeutung des Methodenwandels im späten 17. Jahrhundert	229

<i>Hasso Hofmann</i>	
Das Recht des Rechts und das Recht der Herrschaft	247
<i>Wolfgang Kersting</i>	
Neukantianische Rechtsbegründung	269
<i>Dietmar Willoweit</i>	
Rechtsbegründung und Rechtsbegriff. Ein Nachwort	315
<i>Diskussionsbericht</i>	
Christiane Birr, Thomas Brückner, Janine Fehn-Claus, Dagmar Janson ...	323
Register	341
Sach- und Quellenregister	341
Personenregister	344

Vorwort

Die Begründung oder Legitimation des Rechts ist eine Aufgabe, welche die Menschen verschiedener Zeitalter in unterschiedlicher Weise zu lösen versuchten. Max Weber hat dieser Problematik in seiner bahnbrechenden These von der fortschreitenden Rationalisierung des Rechts ein Profil gegeben, das die historischen Wissenschaften bis heute anregt und herausfordert. Er vermochte indessen die Legitimitätseinbußen des positivistischen, an den rationalen Anstaltsstaat gebundenen Rechtsbegriffs noch nicht zu übersehen. Das in diesem Bande dokumentierte wissenschaftliche Kolloquium machte es sich zum Anliegen, die Legitimierung von Recht in ihren geschichtlichen Erscheinungsformen und Entwicklungsstufen nachzuvollziehen. Teilgenommen haben Vertreter der Rechtsgeschichte, Geschichte, Rechtsphilosophie, Philosophie und Soziologie. Leider sahen sich Reinhard Brandt und Rüdiger Bubner nicht in der Lage, ihre in diesem Rahmen vorgebrachten Referate für die vorliegende Publikation zur Verfügung zu stellen. Die damit entstandene Lücke hat der Unterzeichnete durch einen Beitrag zur geschichtlichen Begründung des Rechts und damit zur Genese des modernen Begriffs der Rechtsgeltung zu schließen versucht.

Mein Dank für ein ertragreiches Forschungsjahr und für die wohlgelungene Organisation der hier dokumentierten Veranstaltung gilt dem Historischen Kolleg, besonders seinem langjährigen Kuratoriumsvorsitzenden Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Horst Fuhrmann, meiner hochgeschätzten Mitherausgeberin, ihr auch für die umsichtige Betreuung der Manuskripte, meinen Mitarbeitern, die als Protokollanten und Autoren des Diskussionsberichts eine denkwürdige Begegnung festgehalten haben, und nicht zuletzt meinem Münchner Helfer Herrn cand. phil. Karsten Jedlitschka. Herr Rechtsreferendar Malte Schwertmann hat die Register angefertigt. Auch ihm sei herzlich Dank gesagt.

Würzburg, im September 1999

Dietmar Willoweit

Verzeichnis der Tagungsteilnehmer

Prof. Dr. Okko Behrends, Göttingen
Christiane Birr, Würzburg
Prof. Dr. Reinhard Brandt, Marburg
Prof. Dr. Stefan Breuer, Hamburg
Thomas Brückner, Würzburg
Prof. Dr. Rüdiger Bubner, Heidelberg
Prof. Dr. Gerhard Dilcher, Frankfurt a.M.
Janine Fehn-Claus, Würzburg
Prof. Dr. Hasso Hofmann, Berlin
Dagmar Janson, Würzburg
Prof. Dr. Wolfgang Kersting, Kiel
Prof. Dr. Diethelm Klippel, Bayreuth
Prof. Dr. Peter Landau, München
Prof. Dr. Jürgen Miethke, Heidelberg
Prof. Dr. Hermann Nehlsen, München
Prof. Dr. Dieter Nörr, München
Prof. Dr. Kurt Seelmann, Basel
Prof. Dr. Michael Stolleis, Frankfurt a.M.
Prof. Dr. Jürgen Weitzel, Würzburg
Prof. Dr. Dietmar Willoweit (Stipendiat des Historischen Kollegs 1996/97)

Stefan Breuer

Das Legitimitätskonzept Max Webers

Einleitung

Über Max Webers Legitimitätskonzept zu handeln, heißt zunächst, über die Kluft zu sprechen, die dieses Konzept vom üblichen, unter Juristen und Politikwissenschaftlern verbreiteten Verständnis trennt. Üblicherweise gilt die Legitimitätsidee als das „Urteil über die richtige Staatsform und die gerechte Ausübung von staatlicher Herrschaft“¹. Diskurse über die Legitimität sind von daher Diskurse über die „Bewertung von Staatszwecken“, über Ethik, über die „Wahrheitsfähigkeit praktischer Fragen“².

Max Weber hat solche Diskurse nicht grundsätzlich verworfen. Als er 1904 das künftige Programm des Archivs für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik skizzierte, räumte er der „Darlegung von Idealen“ und der „Aufzeigung und logisch zusammenhängende(n) Entwicklung der ‚Ideen‘, die dem konkreten Zweck zugrunde liegen oder liegen können“, durchaus einen Platz ein (GAWL 157, 151)³. Er bestand jedoch darauf, solche Erörterungen als Sozialpolitik oder Sozialphilosophie zu bezeichnen und sie strikt von der Erfahrungswissenschaft zu trennen. Zwecke und Werte wissenschaftlich zu beurteilen, erschien ihm als Überdehnung dessen, was Wissenschaft leisten könne, systemtheoretisch gesprochen: als unzulässige Übertragung des für die Wissenschaft typischen Codes wahr/falsch auf die für die Welt praktischer Stellungnahmen charakteristische Unterscheidung billigungswürdig/verwerflich. Entsprechend ist seine Soziologie legitimer Ordnungen von wesentlich engerem Zuschnitt. Sie überläßt den Streit über die inhaltliche

¹ *Thomas Würtenberger*, Legitimität, Legalität, in: *Otto Brunner* u. a. (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 3 (Stuttgart 1982) 677–740, 679; vgl. auch *ders.*, *Die Legitimität staatlicher Herrschaft. Eine staatsrechtlich-politische Begriffsgeschichte* (Berlin 1973).

² *Würtenberger*, Legitimität, Legalität 679; *Hasso Hofmann*, Legalität, Legitimität, in: *Joaachim Ritter, Karlfried Gründer* (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 5 (Darmstadt 1980) 161–166; *Jürgen Habermas*, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus* (Frankfurt 1973) 140ff.

³ Die Werke Max Webers werden im Text unter folgenden Abkürzungen zitiert: WG Wirtschaft und Gesellschaft, hrsg. von *Johannes Winckelmann*, Studienausgabe (Tübingen ⁵1976). GAWL Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, hrsg. von *Johannes Winckelmann* (Tübingen ⁴1973).

Dignität der Rechtfertigungsgründe den Politikern und Moralunternehmern (zu denen unter diesem Gesichtspunkt auch die Juristen zählen, soweit sie politisches Recht setzen oder sprechen) und interessiert sich stattdessen allein für die empirischen Beziehungen zwischen Legitimitätsansprüchen und Legitimitätsglauben sowie den daraus folgenden Organisationsformen. Max Weber, so hat es Horst Dreier treffend formuliert, geht es „um die realsoziologisch dechiffrierbaren Motive der ‚Nachachtung‘ einer gegebenen Ordnung, nicht um die Gewinnung guter Gründe für die Schaffung einer zukünftigen“⁴.

Meine Erörterung dieses Konzepts wird sich in vier Etappen vollziehen. Ich werde zunächst versuchen, die Entfaltung des Konzepts in „Wirtschaft und Gesellschaft“ nachzuzeichnen (I), gehe sodann auf die wichtigsten Fehldeutungen in der Literatur ein (II) und skizziere eine mögliche Vertiefung des Konzepts (III). Den Abschluß machen einige Ausführungen über das schwierige, gleichwohl für den Aufbau der Herrschafts- wie der Rechtssoziologie essentielle Verhältnis von Legitimität und Organisation (IV).

I.

Mit der Legitimitätsproblematik hat sich Max Weber im letzten Jahrzehnt seines Lebens beschäftigt (ca. 1910 bis 1920), im Zusammenhang mit seinen Beiträgen zu dem von ihm herausgegebenen „Grundriß der Sozialökonomik“ (GdS). Diese Beschäftigung erfolgte in zwei Phasen. Noch vor dem Weltkrieg entstanden die in der heute verfügbaren, von Johannes Winckelmann edierten fünften Auflage von „Wirtschaft und Gesellschaft“ als ‚Zweiter Teil‘ bezeichneten Manuskripte, deren Hauptmasse von den drei großen Soziologen gebildet wird – der Religions-, Rechts- und Herrschaftssoziologie. Für den Legitimitätsbegriff relevant ist hier natürlich in erster Linie die Herrschaftssoziologie, doch enthält auch das Kapitel I „Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen“ aufschlußreiche Hinweise. – Die Einteilung des GdS von 1914 weist außerdem einen Text über „Die drei Typen der legitimen Herrschaft“ auf, bei dem es sich um den posthum von Marianne Weber veröffentlichten Text ähnlichen Titels handeln könnte, der jetzt in den „Gesammelten Aufsätzen zur Wissenschaftslehre“ nachzulesen ist. In diesen Kontext gehören auch noch der sogenannte Logos-Aufsatz von 1913, der einige Bemerkungen zur Legitimität enthält, sowie die Kurzfassung der Typenlehre in der Einleitung zur „Wirtschaftsethik der Weltreligionen“ (publiziert 1916, aber wohl ebenfalls 1913 entstanden)⁵.

Nach Kriegsende hat sich Weber daran gemacht, seine Manuskripte zu überarbeiten und wesentlich zu verknappen. Daraus ist der noch von ihm selbst publi-

⁴ Horst Dreier, Staatliche Legitimität, Grundgesetz und neue soziale Bewegungen, in: *Joseph Marko, Armin Stolz* (Hrsg.), *Demokratie und Wirtschaft* (Wien etc. 1987) 139–185, 143.

⁵ GAWL 427 ff.; *Max Weber, Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Bd. I, hrsg. von *Johannes Winckelmann* (Tübingen 1972) 267 ff.

zierte ‚Erste Teil‘ von WG entstanden, der in den „Soziologischen Grundbegriffen“ und im Kapitel über „Typen der Herrschaft“ Ausführungen zur Legitimität enthält. Die von Marianne Weber und Johannes Winckelmann vertretene Ansicht, der erste Teil verhalte sich zum zweiten wie die abstrakt-allgemeine zur konkret-substantiellen Soziologie, kann nach den Forschungen von Tenbruck und Schluchter als widerlegt gelten. Die zweite Fassung sollte vielmehr die erste ersetzen, so daß wir in ihr Webers letztes Wort zu sehen haben⁶. Ich werde deshalb von dieser Fassung ausgehen und die älteren Texte nur ergänzend hinzuziehen.

Eine kurze Feststellung vorweg: das Fach, für das die „Soziologischen Grundbegriffe“ gedacht waren, hat sich mit ihnen nie recht anfreunden können. Gemessen an dem in ihnen enthaltenen Anspruch ist die Zahl textnaher Erörterungen bis heute erstaunlich gering. Das mag daran liegen, daß sie von allen Schriften Webers, die ohnehin schon stark zur juristischen Denkweise gravitieren⁷, die größte Nähe zur Jurisprudenz aufweisen, und das heißt zugleich: in maximaler Distanz zu der unter Sozialwissenschaftlern verbreiteten Einstellung stehen, der fließende, proteische Charakter des Erkenntnisobjekts verlange nach einer Entsprechung auf begrifflicher Ebene. Nach den Erinnerungen von Helmuth Plessner, der die Vorlesung zur Soziologischen Kategorienlehre im Sommersemester 1919 besuchte, nahm die Teilnehmerzahl rasch ab, weil nur wenige an dem interessiert waren, was Weber bot: „pure Definitionen und Erläuterungen: Trockenbeerauslese, Kellerabzug“⁸.

Ein anderer Grund aber könnte sein, daß Weber sein eigenes Ziel maximaler Transparenz nur teilweise einzulösen vermocht hat. Wie Marianne Weber berichtet, „knetete (er) die schwierigen Begriffe immer aufs neue und arbeitete noch viel in die Korrekturen hinein“⁹, ohne daß er wirklich fertig geworden wäre. Die Gedankenfolge wird immer wieder durch ellenlange, abschreckend kleingedruckte Erläuterungen durchbrochen, der Leser wird mit Typologien bombardiert, deren Verhältnis zueinander nicht recht klar ist, die Überschriften im Inhaltsverzeichnis werden im Text mitunter nicht wieder aufgenommen, kurzum: bei aller Großartigkeit der Anlage hat das Ganze doch einen labyrinthischen Zug, als habe der Architekt bei Baubeginn den Grundriß nur ungefähr im Kopf gehabt und ihn bei laufenden Arbeiten fortwährend verändert.

Die Kategorie der Legitimität, um nun zum Thema zu kommen, wird in dieser Fassung letzter Hand auf zwei Ebenen entfaltet: auf der Ebene der „Soziologischen Grundbegriffe“, und hier speziell der §§ 5–7; und in Kapitel III, das „Die

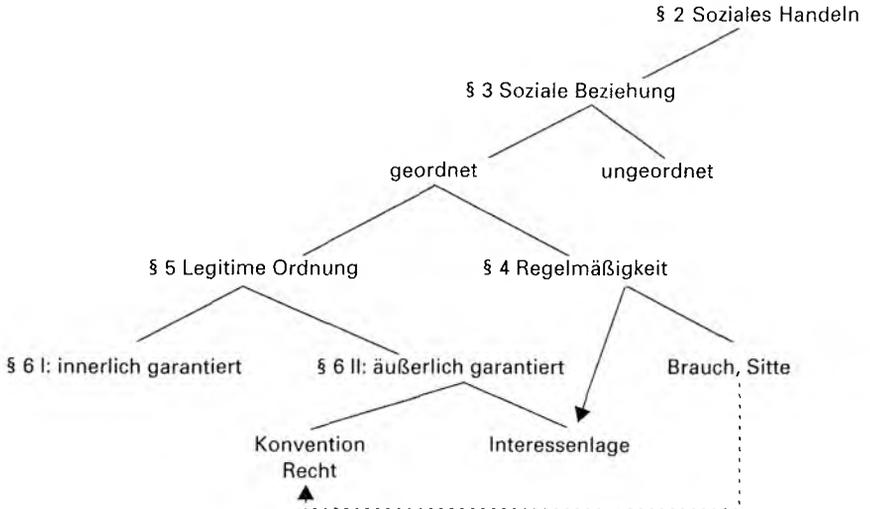
⁶ Friedrich Tenbruck, Abschied von Wirtschaft und Gesellschaft, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 133 (1977) 703–736; Wolfgang Schluchter, Religion und Lebensführung, 2 Bde., Bd. 2 (Frankfurt 1988) 597 ff.

⁷ Siehe dazu Werner Gephart, Gesellschaftstheorie und Recht. Das Recht im soziologischen Diskurs der Moderne (Frankfurt 1993) 419 ff.

⁸ Helmuth Plessner, In Heidelberg 1913, in: René König, Johannes Winckelmann (Hrsg.), Max Weber zum Gedächtnis (Opladen 1963) 30–34, 34. Zum Hintergrund siehe auch M. Rainer Lepsius, Max Weber in München, in: ders., Interessen, Ideen und Institutionen (Opladen 1990) 9–30.

⁹ Marianne Weber, Max Weber. Ein Lebensbild (Heidelberg 1950) 728.

Typen der Herrschaft“ überschrieben ist. Zunächst zu den „Soziologischen Grundbegriffen“ (SozG), deren Aufbau sich nach dem für Weber typischen „sukzessiven Partitionierungsverfahren“ folgendermaßen schematisieren läßt¹⁰:



Stefan Breuer, Max Weber u. das Problem der Legitimität

Der Gedankengang ist, sehr verkürzt, wie folgt. Nach einigen einleitenden Bemerkungen über den Begriff der Soziologie skizziert Weber sein Konzept des sozialen Handelns, das in vier Typen gegliedert wird: das zweckrationale, wertrationale, affektuelle und traditionale Handeln. Da soziales Handeln seinem Sinn nach „auf das Verhalten *anderer*“ bezogen (WG § 1), mithin keineswegs, wie etwa Habermas Weber unterstellt hat, monologisch ist, folgt als nächstes die Kategorie der sozialen Beziehung als des aufeinander gegenseitig eingestellten Sichverhaltens mehrerer (§ 3). Soziale Beziehungen können geordnet oder ungeordnet sein, d. h. sie sind entweder durch faktisch feststellbare Regelmäßigkeiten des Sichverhaltens bestimmt oder nicht. Den letzteren Fall läßt Weber außer acht. Für den ersteren unterscheidet er zwei Möglichkeiten, die in § 4 und 5 erläutert werden. § 4 skizziert solche Ordnungen oder Regelmäßigkeiten, die sich aus einem nicht normativ regulierten Handeln ergeben – Brauch, Sitte, interessengeleitete Beziehungen¹¹. Es

¹⁰ Zu diesem Verfahren ausführlicher: *Klaus Allerbeck*, Zur formalen Struktur einiger Kategorien der verstehenden Soziologie, in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 34 (1982) 665–676.

¹¹ Das Verständnis der Sitte als eines lediglich auf langer Eingelebtheit beruhenden Brauchs, der keine innere Verbindlichkeit oder Normativität impliziert, ist gegenüber älteren Auffas-

folgt in § 5 das normativ regulierte Handeln, das Handeln, das sich an der Vorstellung vom Bestehen einer legitimen Ordnung orientiert. Daß es um normgeleitetes Handeln geht, wird in diesem Abschnitt zwar nicht explizit gesagt, doch lassen die Umschreibungen keinen anderen Schluß zu: Weber spricht von einem Handeln, das sich an einer Ordnung als ‚gelten sollender‘ orientiert, das diese Ordnung als „verbindlich oder vorbildlich“ ansieht, sie mit dem „Prestige der Vorbildlichkeit oder Verbindlichkeit“ ausstattet bzw. ihre „Geltung (als verbindliche Norm)“ unterstellt (WG 16). Wie schon in früheren Texten, insbesondere im Aufsatz über „Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft“, wird die Orientierung an der Legitimität, der „Legitimitäts-Glauben“, von anderen Motiven der Innehaltung der Ordnung abgegrenzt, speziell der Sitte und der Zweckrationalität. Ein kleiner Unterschied liegt lediglich darin, daß affektuelle Motive an dieser Stelle keine Erwähnung finden (WG 17; GAWL 475).

An diese Überlegungen schließen zwei Paragraphen an, deren Verhältnis zueinander und zum Kontext zu bestimmen gewisse Probleme bereitet. § 6 setzt mit den Legitimitäts-Garantien ein und rekurriert dabei neben äußerlichen auch auf innerliche Faktoren, also auf Einstellungen der Handelnden: affektuelle, wertrationale und religiöse Motive. Diese aber tauchen auch in § 7 wieder auf, erweitert um Tradition und Legalität. Worin genau liegt der Unterschied?

Ein Blick auf das Inhaltsverzeichnis, das mit dem Text nur z.T. koordiniert ist, zeigt, worauf es Weber ankam. Danach geht es in § 6 um „Arten der legitimen Ordnung: Konvention und Recht“, womit der Blick über die in I genannten innerlichen Garantien hinweg auf die durch äußerliche Garantien gestifteten Ordnungen gelenkt wird: auf Ordnungen, die durch Interessen, Ordnungen, die durch Mißbilligung, und Ordnungen, die durch physischen oder psychischen Zwang garantiert sind¹². Die beiden letzteren bezeichnet Weber als Konvention und Recht. Im Kleingedruckten weist er außerdem darauf hin, daß es zwischen diesen Typen legitimer Ordnung und den bloßen Regelmäßigkeiten von Brauch und Sitte gleitende Übergänge gibt.

§ 7 ist überschrieben: „Geltungsgründe der legitimen Ordnung: Tradition, Glauben, Satzung“. Hierbei fällt auf, daß die Überschrift nur drei Gründe auflistet, die konkrete Ausführung aber vier – eine Differenz, die sich aus der Unterteilung des Glaubens in die beiden Formen des affektuellen und des wertrationalen Glaubens ergibt. Daß auch in bezug auf die Satzung dann von Glauben gesprochen wird, macht die in der Überschrift getroffene Unterscheidung fraglich.

sungen, wie sie sich bei Jhering und auch noch bei Tönnies finden, eine deutliche Engführung. Siehe dazu *Stephen P. Turner, Regis A. Factor, Max Weber und das Ende der Sitte*, in: *Gerhard Wagner, Heinz Zipprian* (Hrsg.), *Max Webers Wissenschaftslehre* (Frankfurt 1994) 563–601. Allerdings kann ‚Sitte‘ auch normative Bedeutung gewinnen. Sie wird dann ‚Konvention‘ oder ‚Tradition‘ (vgl. unten, Anm. 15).

¹² Nota bene: garantiert sind. Der Rekurs auf die Sanktionsmechanismen ist nicht zugleich eine Aussage über die Geltungsgrundlage, weshalb z.B. die Zuordnung Webers zu einer ‚Zwangstheorie‘ des Rechts fehl geht. Siehe hierzu treffend: *Weyma Lübke, Legitimität kraft Legalität. Sinnverstehen und Institutionenanalyse bei Max Weber und seinen Kritikern* (Tübingen 1991) 63.

Offenbar geht es nicht so sehr um Tradition, *Glauben* und Satzung als dreier heterogener Geltungsgründe als um die Unterscheidung von verschiedenen Formen des Glaubens, die sich auf Tradition, Vorbilder, Werte und Satzungen beziehen. Müssen wir also die Liste von § 7 als inhaltliche Ausfächerung dessen verstehen, was in § 5 unter dem Begriff ‚Legitimitäts-Glauben‘ vorgestellt wird? Und haben wir damit zugleich das Verbindungsglied zur Herrschaftstypologie in Kapitel III vor uns? Wie verhält sich schließlich diese Liste zur Typologie des sozialen Handelns?

Zunächst: Wenn Handelnde einer Ordnung aus bestimmten Gründen legitime Geltung zuschreiben, dann ist dies fraglos ein ‚Legitimitäts-Glauben‘ im Sinne des § 5. Der Begriff hat indes bei Weber einen Doppelsinn. Hier, in den SozG, dominiert der weitere Sinn, der alle normativen Überzeugungen einschließt, kraft deren eine Ordnung als vorbildlich oder verbindlich angesehen wird. Auf der Ebene der Herrschaftssoziologie schiebt sich dagegen ein engeres Verständnis in den Vordergrund. Während in § 7 die Liste der Geltungsgründe Tradition, affektuellen und wertrationalen Glauben und Satzungsorientierung umfaßt, wird in Kap. III § 1 der Legitimitätsglaube nicht nur von Motiven abgegrenzt, die sich aus Sitte und Interessenlage ergeben (was eine Wiederholung der Bestimmungen des § 5 SozG wäre), sondern auch von ‚rein affektuellen oder rein wertrationalen Motiven der Verbundenheit‘:

„Keine Herrschaft begnügt sich, nach aller Erfahrung, freiwillig mit den nur materiellen oder nur affektuellen oder nur wertrationalen Motiven als Chancen ihres Fortbestandes. Jede sucht vielmehr den Glauben an ihre ‚Legitimität‘ zu erwecken und zu pflegen. Je nach der *Art* der beanspruchten Legitimität aber ist auch der Typus des Gehorchens, des zu dessen Garantie bestimmten Verwaltungsstabes und der Charakter der Ausübung der Herrschaft grundverschieden. Damit aber auch ihre Wirkung. Mithin ist es zweckmäßig, die Arten der Herrschaft je nach dem ihnen typischen *Legitimitätsanspruch* zu unterscheiden“ (WG 122).

Der Grund für diese Verengung des Begriffes Legitimitätsglauben liegt auf der Hand. In Kap. III geht es nicht mehr, wie in den §§ 5–7 SozG, um Ordnungen schlechthin, sondern um eine besondere Spezies von Ordnungen – solche, die durch Herrschaftsbeziehungen charakterisiert sind, was bekanntlich nicht bei allen Ordnungen der Fall ist. Die Existenz von Herrschaftsbeziehungen aber bedeutet: Wir haben es nicht mehr nur mit Handelnden schlechthin zu tun, sondern mit zwei deutlich unterschiedenen Gruppen – Befehlenden und Gehorchenden. Befehls- und Gehorsamsverhältnisse aber sind sehr unwahrscheinliche und hochprekäre soziale Beziehungen, wie man etwa den Ausführungen Canettis entnehmen kann, wie dies aber gewiß auch schon Max Weber gewußt hat¹³. Des weiteren geht es nicht um Herrschaft schlechthin, sondern um legitime Herrschaft – eine Beziehung, bei der die Befehlenden ihren Anspruch auf Gehorsam durch Geltungsgründe abstützen, Legitimitätsansprüche; und bei der die Gehorchenden

¹³ *Elias Canetti*, *Masse und Macht*, 2 Bde., Bd. 2 (München 1976) 29ff.

ihrerseits sich zu diesen Ansprüchen verhalten, ‚als ob‘ sie sich diese Gründe oder Ansprüche zu eigen gemacht hätten.

Diese komplexe Situation verbietet es, in den Typen der legitimen Herrschaft eine wie immer geartete Fortsetzung oder Umsetzung der Legitimitätsglaubens-typologie von § 7 SozG zu sehen. Darauf deutet bereits der bloße Umstand, daß wir es im ersten Fall mit einer Dreier-, im zweiten Fall mit einer Vierer-Typologie zu tun haben. Schwerer aber wiegen die sachlichen Gründe. Die Legitimitätslegenden der traditionellen Herrschaft nehmen nicht nur, aber auch wertrationale Legitimitätsgründe in Anspruch, wie etwa das Beispiel der durch den Konfuzianismus oder den Islam legitimierten Herrschaftsordnungen zeigt. Auf wertrationale Grundlagen stützen sich auch die entwickelteren Formen der charismatischen Herrschaft, etwa die ethische Prophetie, die eine bestimmte Lehre verkündet und für die daraus abgeleiteten Postulate Gehorsam erheischt (WG 273). Auch die legal-rationale Herrschaft wird von Weber keineswegs, wie oft behauptet, auf bloße Zweckrationalität reduziert, vielmehr auf die Vorstellung bezogen, „daß beliebiges Recht durch Paktierung oder Oktroyierung rational, zweckrational oder wertrational orientiert (oder: beides) *gesetzt* werden könne“ (WG 125). Das heißt nichts anderes, als daß wertrationale Überzeugungen bei allen drei Herrschaftstypen gehorsamsmotivierend mitwirken. Dasselbe läßt sich für die übrigen der in § 7 skizzierten Legitimitätsgründe geltend machen, wenn auch natürlich in von Fall zu Fall verschiedener Form.

§ 7 stellt also keine Vorwegnahme der Herrschaftstypologie dar, sondern lediglich eine allgemeine Liste von Geltungsgründen, zu denen später, im Falle des Vorliegens von Herrschaftsordnungen, der Legitimitätsglauben hinzutritt, der sich auf spezielle, von den Herrschenden vorgetragene „*Rechtsgründe*“, Gründe ihrer ‚Legitimität‘, bezieht (GAWL 475). Dieser Legitimitätsglauben im engeren Sinne wird von Weber in drei reine Typen gegliedert, die die in § 7 aufgeführten Geltungsgründe in je unterschiedlichen Kombinationen enthalten.

§ 7 ist aber auch nicht, wie oft angenommen wird, eine Fortsetzung oder Umsetzung der Handlungstypologie von § 2¹⁴. Dies schon deshalb nicht, weil § 2 Typen des sozialen Handelns schlechthin skizziert, also auch des bloß faktisch regelmäßigen, nicht normativ regulierten Handelns, während §§ 5 bis 7 sich auf den Legitimitätsglauben beziehen. Traditionales Handeln nach § 2 ist deshalb eher im Sinne der Sitte zu verstehen („eingelebte Gewohnheit“), Tradition nach § 7 im Sinne der Konvention¹⁵; affektuelles Handeln nach § 2 ist vor allem durch „aktuelle Affekte und Gefühlslagen“ bestimmt, affektuellem Glauben dagegen durch die

¹⁴ Siehe etwa *Jürgen Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 Bde., Bd. 1 (Frankfurt 1981) 238; *J. G. Merquior*, *Rousseau and Weber. Two Studies in the Theory of Legitimacy* (London 1980) 99, 101.

¹⁵ Im älteren Textteil von WG ist dies noch deutlich ausgesprochen: „Konventionelle Regeln sind normalerweise der Weg, auf welchem bloß faktische Regelmäßigkeiten des Handelns: bloße ‚Sitte‘ also, in die Form verbindlicher, meist zunächst durch psychischen Zwang garantierter, ‚Normen‘ überführt werden: der *Traditionsbildung*“ (WG 191). Tradition kann im Kontext der Weberschen Soziologie also zweierlei bedeuten: *Brauch/Sitte und Konvention*.

„Geltung des neu Offenbarten oder des Vorbildlichen“, also ebenfalls durch etwas Normatives. Die zuletzt von Weyma Lübke geäußerte These, daß sich die Begriffstypologien im ‚Ersten Teil‘ von WG zwar ähnlich sehen, aber nicht aufeinander abbildbar sind, hat deshalb viel für sich¹⁶.

II.

Die bisher dargestellten Gedankenschritte erlauben es, Webers Legitimitätskonzeption von einigen Mißverständnissen abzugrenzen, die in der einschlägigen Literatur anzutreffen sind. Das erste Mißverständnis wurde bereits erwähnt. Es ergibt sich, wenn man die Typen der Handlung, der Legitimitätsgründe und der legitimen Herrschaft direkt aufeinander bezieht und zur Deckung zu bringen versucht: ein Gedanke, der sich schon bei Winckelmann findet und in der Folge zu unterschiedlichen Lösungen geführt hat, um das Mißverhältnis von Dreier- und Vierertypologie zu bereinigen: sei es durch Erfindung eines weiteren Legitimitätstyps oder durch Reduktion der Handlungstypen¹⁷.

Ein zweites Mißverständnis entsteht, wenn man aus der Einsicht in den normativen Charakter des Legitimitätsglaubens und der Bedeutung wertrationaler Überzeugungen für die Abstützung aller drei Herrschaftstypen den Schluß zieht, bei Weber seien Legitimitätsglauben und Wertorientierung überhaupt identisch. Dieses Mißverständnis findet sich etwa bei Johannes Winckelmann, der in seinem Erläuterungsband zu „Wirtschaft und Gesellschaft“ behauptet, daß es in Webers Legitimitätskonzept für die Beherrschten wie für die Herrschenden „um *norm*-orientiertes Verhalten, mithin um *Wer*thaltungen“ gehe, und daß die drei reinen Typen legitimer Herrschaft „demzufolge unabdingbar *wert*orientierte Kategorien und d.h.: per definitionem entweder wertrationale oder wertaffektuelle oder wertrationale Typen“ darstellten¹⁸. Es findet sich ebenso bei Veit-Michael Bader, demzufolge die empirische Legitimitätsgeltung „ganz und gar abhängig vom Maß der faktischen wertrationalen Bejahung einer bestimmten Ordnung“ ist¹⁹. Und ganz ähnlich bei Rainer Döbert, der in einer sonst überaus scharfsinnigen Studie zu dem Schluß kommt: „Alles Handeln im Rahmen legitimer Herrschaft ist, soweit es aus dem Legitimitätsglauben fließt, wertrationales Handeln, verkörpert also nur einen Handlungstypus.“²⁰

Ich denke, man wird dem Sachverhalt eher gerecht, wenn man, wie Peter Baumann, die Legitimitätsglaubenstypen auf normative Orientierungen bezieht und

¹⁶ Lübke, Legitimität 9.

¹⁷ Siehe ebd. (m.w.N.).

¹⁸ Johannes Winckelmann, in: WG, Ergänzungsband 44.

¹⁹ Veit-Michael Bader, Max Webers Begriff der Legitimität. Versuch einer systematisch-kritischen Rekonstruktion, in: Johannes Weiß (Hrsg.), Max Weber heute (Frankfurt 1989) 296–334, 320.

²⁰ Rainer Döbert, Max Webers Handlungstheorie und die Ebenen des Rationalitätskomplexes, in: Johannes Weiß, (wie Anm. 19) 210–249, 238. (i. O. hervorg.).

darauf beharrt, daß diese mit Wertrationalität nur teildentisch sind²¹. Das widerspricht zwar prima facie der Bestimmung Webers, derzufolge unter Norm eine Regel zu verstehen sei, an welcher „Vorgänge im Sinn eines Werturteils ‚gemessen‘ werden, die generelle Aussage also eines (logischen, ethischen, ästhetischen) *Sollens*“²²; doch bezieht sich diese Definition auf die Sphäre der ideellen Geltung, welche nach Weber scharf von derjenigen der empirischen Geltung geschieden werden muß. Im Bereich der letzteren, in dem, wie alle Soziologie, auch die Herrschaftssoziologie ihren Ort hat, wird alles, was den Handelnden als Richtschnur für ihr Handeln gilt, als „Maxime“ betrachtet, die ein empirisch feststellbares faktisches Verhalten bestimmt; und dazu gehören eben nicht nur die ‚letzten Werte‘ im Sinne des „als absolut gültig Erschlossenen“, sondern auch einfache Rechtsregeln, Spielregeln, selbst technische DIN-Normen²³. Die Legitimität allein auf Wertrationalität zu beziehen, wie dies die oben zitierten Autoren vorschlagen, hätte eine Verengung des Begriffes zur Folge, durch die fast alles ausgeschlossen würde, was Weber unbedingt darunter verstanden wissen wollte: die Vorbildlichkeit eines Charismatikers, z. B. eines exemplarischen Propheten; die Verbindlichkeit einer religiösen Tradition mit z.T. äußerst eigenwilligen Ge- und Verboten; der Verpflichtungscharakter einer Legalordnung, deren Normbestand permanent revidiert wird²⁴.

²¹ Peter Baumann, Die Motive des Gehorsams bei Max Weber: eine Rekonstruktion, in: Zeitschrift für Soziologie 22 (1993) 355–370, 362.

²² GAWL 323. In der Bestimmung der Norm als eines Sollens knüpft Weber an das zeitgenössische Verständnis an, wie es vor allem bei Wundt und Simmel entfaltet ist: vgl. Wilhelm Wundt, Ethik, 2 Bde., Bd. 2 (Leipzig 1903) 167; Georg Simmel, Einleitung in die Moralwissenschaft, 2 Bde., Bd. 1 (Frankfurt 1989) 77; in der Betonung des Allgemeinheitsanspruchs vor allem an Windelband: vgl. Wilhelm Windelband, Präludien, 2 Bde., Bd. II (Tübingen 1924) 73. Vom letzteren – wie auch von Simmel – unterscheidet er sich allerdings durch eine weitaus schärfere Akzentuierung der Differenz zwischen dem Bereich der empirischen Tatsachen und der Sphäre der normativen Geltung.

²³ WG 19; GAWL 337. An anderer Stelle geht Weber soweit, den Normbegriff ganz für die Sphäre der ideellen Geltung zu reservieren. „Wenn das normativ Gültige Objekt *empirischer* Untersuchung wird, so verliert es, als Objekt, den Norm-Charakter: es wird als ‚seiend‘, nicht als ‚gültig‘ behandelt“ (GAWL 531). Ein derart restriktives Verständnis wäre für die Soziologie allerdings ein Verlust. Weber selbst hat sich denn auch nicht daran gehalten, wie die Einführung des Begriffes „Norm-Maxime“ zeigt: GAWL 334, 348 u.ö. Zu Webers Normbegriff siehe Christel Hopf, Normen und Interessen als soziologische Grundbegriffe. Kontroversen über Max Weber, in: Analyse & Kritik 8 (1986) 191–210; *dies.*, Normen in formalen Organisationen, in: Zeitschrift für Soziologie 16 (1987) 239–253.

²⁴ Weyma Lübke sieht in ihrer exzellenten Verteidigung des Weberschen Legitimitätskonzepts gegen Kelsen, Habermas und Luhmann zwar richtig, daß dieses nicht auf Wertrationalität i.S. von § 6 und 7 SozG beruht, weicht dann aber insofern zurück, als sie dem wertrationalen Handeln i.S. der Handlungstypologie eine grundlegende Rolle für die Legitimität zuspricht. Die Handlungstypologie definiert indes wertrationales Handeln nicht als „subjektive Überzeugung von der Verbindlichkeit oder Legitimität einer Ordnung“ (Lübke, Legitimität 107), sondern als bestimmt „durch bewußten Glauben an den (...) unbedingten Eigenwert eines bestimmten Sichverhaltens rein als solchen und unabhängig vom Erfolg“ (WG 12). Die Überzeugung vom Eigenwert der Freiheit oder der Schönheit kann jede Verbindlichkeit ruinieren.

Das dritte Mißverständnis hängt eng mit den beiden anderen zusammen. Es entsteht, indem man Legitimität zu eng an die Wertvorstellungen und Glaubensüberzeugungen der Beherrschten bindet und von dort aus zu dem gelangt, was Volker Heins als ‚starke Legitimationshypothese‘ bezeichnet: zur Ansicht, daß der Legitimitätsglaube politische Herrschaft konstituiert²⁵. Daß Weber jedoch eher eine ‚schwache Legitimitätshypothese‘ vertreten hat, bei der die Legitimität nur zu einer bereits bestehenden Herrschaft hinzutritt (als zusätzliche Stütze), darüber hinaus auch nicht direkt aus den Überzeugungen der Beherrschten ableitbar ist, ergibt sich zum einen aus der Entschiedenheit, mit der er zu Beginn des Herrschaftskapitels die Affekte und Glaubensüberzeugungen der Beherrschten im Hinblick auf die Legitimität relativiert, zum andern aus kontextbezogenen und sachlichen Argumenten. Weber hat nie die Überzeugung aufgegeben, daß nicht Massen, sondern Minoritäten die Geschichte machen, was sich auch in der Legitimität zeigt: Die Aktivität liegt ganz bei den Herrschenden, die ihre Position stabilisieren, indem sie Rechtsgründe, Legitimitätsgründe, Geltungsgründe angeben und dadurch erst die Voraussetzung dafür schaffen, daß etwas geglaubt werden kann: Herrschaftslegenden, Mythen, Selbstrechtfertigungen (WG 549). Es entspricht ganz dieser Überzeugung, wenn Weber im Logos-Aufsatz konstatiert, die „ganz überwältigende Mehrzahl aller Satzungen *sowohl* von Anstalten *wie* von Vereinen“ gehe zurück auf die „faktische Macht der Oktroyierung“, also auf Herrschaft (GAWL 469), zu der, wie es an anderer Stelle heißt, der normative Glaube an die Legitimität nur als ein „Superadditum“ hinzukommt (WG 192).

Darüber hinaus spricht das komparatistisch-historische Interesse der Weberischen Soziologie gegen eine Interpretation des Legitimitäts-Konzepts von den Beherrschten her. Die wirklichen Motive, die den Gehorsam der Beherrschten begründen, befinden sich in der Regel in einer kaum aufschlüsselbaren Gemengelage (WG 190; GAWL 484); und sehr oft, im Rückblick: fast immer, lassen sie sich als solche gar nicht mehr ermitteln. Der historisch arbeitende Soziologe oder der soziologisch arbeitende Historiker kann in den meisten Fällen nur prüfen, ob ein Legitimitätsanspruch der Herrschenden vorliegt oder nicht, ob die Beherrschten Folge leisten und falls nicht, ob sie sich dabei ihrerseits auf letzte Prinzipien oder Vorbilder berufen. Ob dem Legitimitätsanspruch wirklich ein Legitimitätsglaube bei der Mehrzahl der Beherrschten entspricht, läßt sich empirisch nur selten beweisen.

Aus all dem ergibt sich eine enge Fassung des Gegenstandsbereichs der Herrschaftssoziologie. Ihre Aufgabe ist es nicht so sehr, die Genese von Herrschaft zu untersuchen, als vielmehr, bereits bestehende Herrschaftsverhältnisse zu typisieren. Sie kann sich dabei die Tatsache zunutze machen, „daß ‚faktische‘ Befehlsgewalten das Superadditum einer von ‚Rechts wegen‘ bestehenden normativen ‚Ordnung‘ zu präbendieren pflegen“ (WG 545). Sie kann diese normativen Ordnungen systematisieren bzw. auf ‚reine Typen‘ reduzieren. Und sie kann endlich

²⁵ Volker Heins, Strategien der Legitimation. Das Legitimationsparadigma in der politischen Theorie (Münster 1990) 10.

noch verfolgen, wie sich diese in „höchst reale Unterschiede der empirischen Herrschaftsstrukturen“, d.h. vor allem: Verwaltungen, übersetzen (WG 549). Weitergehende Zielsetzungen, wie z. B. die bei Anhängern der starken Legitimationshypothese beliebten Diskurse über den Wahrheitsgehalt der prätendierten Ordnung, hat Weber nicht grundsätzlich ausgeschlossen, aber eher der Sozialphilosophie zugewiesen. Für die empirisch orientierte Herrschaftssoziologie liegen sie jenseits ihrer Kompetenz.

III.

Die voranstehende Kritik richtet sich gegen eine Lektüre, die den Legitimitätsglauben als „Fundament der Herrschaft“ auffaßt²⁶. Nicht beabsichtigt ist jedoch, nun ins entgegengesetzte Extrem zu verfallen und den Legitimitätsglauben entweder für gänzlich irrelevant oder für eine beliebig ‚von oben‘ manipulierbare Ideologie zu erklären. Wie Weyma Lübke, möchte auch ich mich nicht von dem Gedanken abbringen lassen, daß eine Ordnung nur dann stabil ist, wenn sie legitim ist, und daß Legitimität wiederum nur dann als gegeben unterstellt werden kann, wenn die Beherrschten „die Herrschaftsbeziehung als für sich *verbindlich* auch *subjektiv* ansehen“²⁷. Gefragt ist, mit anderen Worten, ein Konzept, das erklärt, weshalb manche Legitimitätsansprüche auf Resonanz bei den Beherrschten stoßen und manche nicht. Oder, in der Terminologie der SozG gefragt: welche ‚innerlichen Garantien‘ müssen gegeben sein, damit eine auch äußerlich garantierte Herrschaftsordnung die Chance hat, legitime Geltung zu erwerben?

In der jüngeren Weber-Literatur gibt es die Tendenz, ein solches Konzept mit Hilfe von Anleihen bei der Entwicklungspsychologie Piagets zu formulieren. Wenngleich ich dabei nicht allen Schritten folgen möchte, die sich bei Habermas und Schluchter finden, scheint mir die Grundidee doch fruchtbar zu sein²⁸. Tatsächlich lassen sich die von Piaget skizzierten Rationalitätsniveaus als Felder auffassen, in denen sich jeweils unterschiedliche Deutungssysteme bilden können, die, wenn sie akzeptiert werden, legitimierende Wirkung entfalten. Die präoperative Rationalität mit ihrer Neigung zur Assimilation an die eigene Aktion (Egozentrismus) begünstigt die Projektion von Allmachts- und Vollkommenheitsphantasien in die Außenwelt und eignet sich damit als Grundlage charismatischer Autoritätsbeziehungen, bei denen sich die Menschen kraft des Glaubens an die „übernatürlichen oder übermenschlichen oder mindestens spezifisch außeralltäglichen, nicht jedem andern zugänglichen Kräfte(n) oder Eigenschaften“ einer Person deren Herrschaft fügen (WG 140). Der für diese Stufe charakteristische

²⁶ J. Heidorn, Legitimität und Regierbarkeit (Berlin 1982) 12.

²⁷ GAWL 470; Lübke, Legitimität 129, 145.

²⁸ Jürgen Habermas, Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus (Frankfurt 1976) 18 ff. u.ö.; Wolfgang Schluchter, Die Entwicklung des okzidentalischen Rationalismus (Tübingen 1979) 59 ff.

begriffliche Realismus, der die symbolischen Eigenschaften nicht als subjektive geistige Assoziationen auffaßt, sondern als Substanzen oder Kräfte, die in den Dingen selbst liegen²⁹, fördert darüber hinaus die von Weber beschriebene Veralltäglichsung des Charismas, die sich in Erbcharisma, Amtcharisma oder ständischer Ehre ausdrückt und dadurch grundlegende Bedeutung für die Herausbildung von Herrschaftsinstitutionen hat (WG 144). Obwohl privat-individueller Natur, können die präoperativen Symbolsysteme doch kollektiviert und zur Grundlage eines ‚kommunikativen‘ oder ‚sozialen Gedächtnisses‘ werden, auf dessen identitätsstiftende Bedeutung schon früh von Soziologen wie Maurice Halbwachs oder Kunsthistorikern wie Aby Warburg hingewiesen worden ist. Dieses kommunikative Gedächtnis wiederum kann, unter den Bedingungen vertiefterer sozialer Differenzierung, mittels institutionalisierter Mnemotechniken in ein ‚kulturelles Gedächtnis‘ transformiert werden, das sich ebenso in erinnerungsstiftenden Erzählungen (Mythen) wie in Objektivationen nichtsprachlicher Art manifestiert: in Gestalt von Riten, Tänzen, Festen oder Monumenten³⁰. Auf entwickelteren Stufen, insbesondere nach dem Übergang von ‚ritueller‘ zu ‚textueller Kohärenz‘ im Rahmen von Schriftkulturen, tritt der präoperative Symbolismus zurück, ohne aber völlig zu verschwinden. Er bleibt in der Religion, in den Pathosformeln der Kunst oder im mythischen Begriff der Nation wirksam und zeigt sich nicht zuletzt in der anhaltenden Bereitschaft, Personen mit außergewöhnlichen Fähigkeiten ein Charisma zuzuschreiben³¹.

Einen größeren Möglichkeitsspielraum eröffnet die konkret-operative Rationalität, deren Hauptmerkmal die reversible Koordination von Analyse und Synthese zur elemente- oder relationenzentrierten Systematik ist³². Die zunehmende Reversibilität und integrative Systematik hat zur Folge, daß die Kausalwirkung des Überempirischen für die Beschreibung und Erklärung des Empirischen zurücktritt und subjektive und objektive Komponenten deutlicher unterschieden werden. Zugleich wird damit die Möglichkeit eröffnet, einer Person mehrere Handlungsmuster zuzuordnen, was wiederum das Nachdenken über die Einheit des Mannigfaltigen, m.a.W. die Selbstreflexion und Selbstthematisierung begünstigt. Auf dieser Stufe ist deshalb nicht nur mit traditionellen Gesetzesethiken zu rechnen, bei denen „die Verpflichtungen und Werte durch das Gesetz oder die Weisung an sich, unabhängig vom Kontext der Absichten und der Umstände, bestimmt sind“, sondern auch bereits mit Frühformen einer Gesinnungsethik, die auf wie immer noch rudimentären Konzepten des Selbst und der moralischen Lebensführung beruhen. Eine Gliederung der moralischen Normen nach rein moralimmanenten Prinzipien ist allerdings erst auf formal-operativer Stufe möglich, da erst hier moralische Normen deutlich von Rechtsnormen unterschieden

²⁹ Siehe dazu *Christopher R. Hallpike*, Die Grundlagen des primitiven Denkens (Stuttgart 1984) 493.

³⁰ Siehe *Jan Assmann*, Das kulturelle Gedächtnis (München 1992) 52, 59.

³¹ Siehe *Kurt Hübner*, Die Wahrheit des Mythos (München 1985) 349 ff.

³² Siehe dazu *Ulrich Thomas Franz*, Entstehungsbedingungen der pädagogischen Theorie (Diss. Heidelberg 1995) 19.

und Gefühle zu abstrakten Werten verallgemeinert werden können³³. Die Systematisierung der konkret-operativen Ethiken orientiert sich an konkreten Handlungen und Erfahrungen, und zwar vornehmlich solchen, die angesichts zunehmender Differenzierung der Lebensordnungen noch am ehesten ein gewisses Maß an Gemeinsamkeit verbürgen: den Erfahrungen in der Primärsozialisation. Das, was diese im einzelnen sehr verschiedenartigen Ethiken verbindet, ist ihr Oszillieren um die „Kindes- und Diener-Pietät“ (WG 582), die sämtliche Kulturreligionen grundiert. Diese Religionen unterscheiden sich danach, ob sie die Pietätsbeziehung in eine kosmo- oder theozentrische Ordnung einbetten, wie sie auch in den (gesetzes- oder gesinnungs-)ethischen Anforderungen divergieren, die sie an diese Beziehung richten. Der Kern aber ist durchgängig anzutreffen und fungiert als Basis zahlloser religiös begründeter Legitimitätslegenden, in denen der Herrscher als Diener Gottes und als Vater seiner Untertanen dargestellt wird. Georg W. Oesterdiekhoff setzt zwar die Variationsbreite zu gering an, indem er die traditionale Ethik auf die Gesetzesethik und die heteronome Moral reduziert, doch ist ihm zuzustimmen, wenn er die traditionale Legitimität als Erweiterung des familialen Ethos bestimmt³⁴.

Mit der formal-operativen Rationalität setzt sich ein Denkstil durch, der durch die Bildung von Hypothesen und Prognosen, deren kombinatorische Überprüfung und ein Denken über das Denken, d. h. ein Denken zweiter Ordnung charakterisiert ist. In der diesem Denkstil korrespondierenden autonomen Moral löst sich der Absolutismus der Normen auf, der die Regeln bis dahin als heilig, göttlich und unverfügbar erscheinen ließ; die Regeln ‚entnaturalisieren‘ sich und werden als rein menschliche Satzungen konzeptualisiert, die im Prinzip kontingent sind. Infolgedessen werden Legitimitätsansprüche plausibel, die Gehorsam nicht mehr aufgrund der inhaltlichen Dignität einer Norm verlangen, sondern aufgrund des Umstands, daß sie auf formal korrektem Wege gesetzt worden ist. Das schließt eine Orientierung an materialen Normen nicht aus – die Stufe der formalen Rationalität ist, wie gesagt, auch die Stufe der autonomen Moral –, ordnet deren Verwirklichung aber der Anerkennung von Entscheidungsverfahren unter und erlaubt dadurch eine von den Beteiligten als verbindlich respektierte Konfliktlösung auch in solchen Fällen, in denen der Polytheismus der Werte eher eine Polarisierung begünstigt³⁵.

Eine genaue historische Dimensionierung der hier skizzierten Idealtypen der Rationalität und der ihnen entsprechenden Legitimitätskonzepte ist an dieser Stelle nicht möglich. Doch möchte ich wenigstens einige Hinweise geben, wie eine solche Dimensionierung aussehen könnte. Sie hätte zum einen von dem Befund Hallpikes auszugehen, „daß die kollektiven Vorstellungen primitiver Gesellschaften üblicherweise den Kriterien des präoperativen Denkens entsprechen und daß,

³³ Ebd. 40ff.; *Jean Piaget, Bärbel Inhelder, Die Psychologie des Kindes* (München 1987) 124f.

³⁴ *Georg W. Oesterdiekhoff, Traditionales Denken und Modernisierung* (Opladen 1992) 230.

³⁵ *Lübbe, Legitimität* 119.

so weit unsere beschränkten Unterlagen gehen, ein beträchtlicher Prozentsatz der Individuen solcher Gesellschaften die Stufe der konkreten Operationen nicht zu erreichen scheint.“ Das schließt das Auftauchen des konkret-operativen Symbolismus auf dieser Stufe nicht aus, macht aber insgesamt eher eine Prädominanz des präoperativen, essentialistischen Typus wahrscheinlich. Sie hätte zum andern die Erkenntnis Oesterdiekhoffs zu berücksichtigen, daß in Entwicklungsländern, also in Agrargesellschaften unterhalb der Schwelle der Industrialisierung, die konkreten Operationen bereichsspezifisch von immerhin 70–50% der erwachsenen Bevölkerung erreicht werden. Das wiederum schließt das Vorhandensein des präoperativen Typus nicht aus, macht aber eine kulturelle Prädominanz des konkret-operativen Symbolismus wahrscheinlich. Von den primitiven Gesellschaften zu den stärker differenzierten Agrargesellschaften, die nicht selten in Form von patrimonialen und imperialen Staaten organisiert waren, wäre also eine allmähliche Verschiebung der Gewichte vom präoperativen hin zum konkret-operativen Symbolismus anzunehmen. Eine weitere Stufe wird mit den Industriegesellschaften okzidentalens Typs erreicht, die sich durch eine Prädominanz des formal-operativen Symbolismus bei gleichzeitiger Fortexistenz der beiden anderen auszeichnen. Auch dieser Symbolismus ist zwar als universelle Möglichkeit im menschlichen Denken angelegt, doch bedarf es zu seiner Aktualisierung einer besonders nachdrücklichen Stimulierung durch kulturelle Faktoren, insbesondere einer mehrjährigen Schulbildung modernen Typs, einer wissenschaftlich-technischen Infrastruktur wie auch jener Stadt-, Industrie-, Berufs- und Mittelschichtkultur, wie sie allein der Okzident seit der frühen Neuzeit hervorgebracht hat³⁶.

IV.

Wie oben bereits angedeutet, läßt sich Max Webers Legitimitätskonzept nicht auf das Verhältnis von Legitimitätsglauben und Legitimitätsanspruch beschränken. Es zielt darüber hinaus auf eine Differenzierung von Herrschaftstypen, da der jeweiligen Form der Legitimität eine bestimmte Organisationsform der Herrschaft entsprechen soll. Hat Weber dieses Postulat eingelöst?

Sehr deutlich tritt die formprägende Kraft der Legitimität bei der legalen Herrschaft mittels bürokratischen Verwaltungsstabes hervor. Daß Herrschaft auf der Basis einer „legal gesetzten sachlichen *unpersönlichen Ordnung*“ ausgeübt wird (WG 124), hat auch für die Verwaltungsorganisation weitreichende Folgen. Der Verwaltungsaufbau ist nach sachlichen Gesichtspunkten geordnet, worunter vor allem die Existenz einer festen Amtshierarchie, „d.h. die Ordnung fester Kontroll- und Aufsichtsbehörden“, die Leistungsverteilung nach Zuständigkeiten (Kompetenzen), das Laufbahnprinzip und das Vorliegen einer strengen Amtsdiziplin zu verstehen sind. Die Rekrutierung des Personals findet nicht nach per-

³⁶ Hallpike, Grundlagen 52, 44 ff.; Oesterdiekhoff, Traditionales Denken 50, 8 f.

sönlicher Gunst und Gnade statt, sondern nach freier Auslese aufgrund von Fachqualifikation; die Anstellung erfolgt kraft Kontrakts, die Entlohnung in Geld, so daß ein weiteres Prinzip gewahrt bleibt: die völlige Trennung der Amtsinhaber von den Verwaltungsmitteln. Der Freigabe eines relativ beliebigen, allein durch die Verpflichtung auf rationale Systematik eingeschränkten Handelns auf der Ebene der Legitimität entspricht eine Organisationsstruktur, die durch prinzipielle Änderbarkeit der Regeln, der Stellen und des Personals einerseits, durch regelgebundene, präzise, mithin berechenbare Abwicklung von Amtsgeschäften andererseits gekennzeichnet ist³⁷. Jedenfalls im Idealtyp.

Weber selbst hat nun freilich diese Aussage relativiert, indem er sie auf den „reinsten Typus der legalen Herrschaft“ (WG 126) einschränkt. Denkbar sind für ihn auch weniger ‚reine‘ Konstellationen, bei denen Legitimität und Organisation nicht korrespondieren, sei es, weil die Herrschaft im Rahmen des geltenden Legitimitätsprinzips pluralistisch aufgesplittert wird (durch Parlamente, Körperschaften, Kollegialorgane); sei es, weil die Herrschaft mit herrschaftsfremden oder gar antiautoritären Bestrebungen der Beherrschten konfrontiert wird, die auf eine Demokratisierung der Verwaltung („Turnus-, Los- und Wahlbeamtentum“) hinauslaufen (GAWL 477 f.; WG 155 ff.). Die daraus entstehenden Kombinationen können hier nicht ausgeführt werden, doch genügt bereits ihre Erwähnung, um deutlich zu machen, daß die legale Legitimität nicht nur mit einem einzigen Organisationstypus kompatibel ist, auch wenn in diesem Fall mit Spannungen zwischen Legitimität und Organisation zu rechnen ist.

Korrespondenz und Nichtkorrespondenz finden sich auch bei der traditionellen Herrschaft. Die traditionellen Legitimitätsmodelle knüpfen zwar vielfach an die Pietäts- und Loyalitätsbeziehungen der Hausgemeinschaft an, doch weist Weber ausdrücklich darauf hin, daß die Hausherrschaft nicht die einzige auf Traditionsheiligkeit beruhende Autorität ist. Neben ihr steht die Honoratiorenherrschaft, die anstatt auf Kindes- und Diener-Pietät auf sozialer Ehre oder Prestige ruht und eine Verwaltungsstruktur eigener Art begründet: die Honoratiorenverwaltung (WG 582, 170). Und auch innerhalb der auf dem Pietätsprinzip basierenden Herrschaftsordnungen haben wir es nicht bloß mit einem einzigen Organisationstyp zu tun, sondern mit dreien: einer patrimonialen Verwaltung, bei der Herrenwillkür und Traditionsgebundenheit sich in einem wie immer auch prekären Gleichgewicht befinden (was eine gewisse Vetomacht der Stabsmitglieder sowie Dezentralisation impliziert); einer sultanistischen Verwaltung mit starker Bindung des Apparats an den Herrn und entsprechenden Durchgriffs- und Eingriffsrechten des letzteren; und einer ständischen Herrschaft mit weitgehenden Eigenrechten der Stabsmitglieder an den Verwaltungsmitteln (WG 133 f.). Die These, „alle traditionale politische Herrschaft sei patriarchalisch“³⁸, ist deshalb zu steil. Sie gilt auf der Ebene der Legitimitätsvorstellungen nur für die an das Pietätsprinzip an-

³⁷ Hartmann Tyrell, Ist der Webersche Bürokratiestypus ein objektiver Richtigkeitstypus?, in: Zeitschrift für Soziologie 10 (1981) 38–49, 48, 46.

³⁸ Oesterdiekhoff, Traditionales Denken 246.

knüpfenden Modelle (und auch hier nur mit erheblichen Modifikationen), auf der Ebene der Organisation dagegen gar nicht, denn ‚patriarchal‘ steht bei Weber nur für traditionale Herrschaftsformen ohne Verwaltungsstab, also gerade nicht für die patrimoniale, sultanistische oder ständische Struktur (WG 134).

Was schließlich den dritten Legitimitätstypus betrifft, so entfaltet er strukturprägende Kraft nur im Falle des reinen Charismas. Die für diesen Typus charakteristische „außeralltägliche(n) Hingabe an die Heiligkeit oder die Heldenkraft oder die Vorbildlichkeit einer Person“ (WG 124) ist nur gewährleistet, wenn sich die charismatische Bewegung gänzlich in der Sphäre der ‚Antistruktur‘ (Victor Turner) hält: einer Sphäre, in der sich die Individuen nicht sowohl als Rollenträger denn als ganze, konkrete Personen aufeinander beziehen, in Formen, die im Wortsinne ‚ekstatisch‘ sind, nämlich außerhalb der Zustände und Positionen befindlich, die normalerweise das Alltagsleben prägen. Turner spricht von der ‚spontanen Communitas‘ als einer nicht durch Statuspositionen und Hierarchien strukturierten Beziehung³⁹, Max Weber von der ‚Gemeinde‘, deren Mitglieder ihre lokalen, verwandtschaftlichen und beruflichen Bindungen abstreifen, bewußt auf ökonomische Versorgung und soziale Sicherheit verzichten, um als Jünger oder kriegerische Gefolgschaft am Charisma des Herrn zu partizipieren. In derartigen Verbänden gibt es kein Reglement, keine abstrakten Rechtssätze, keine Ämterorganisation, keine Kompetenzgliederung und keine Laufbahnen. Es gibt wohl interne Abstufungen, doch sind diese fließend, durch die wechselnde Nähe oder Ferne zum charismatischen Führer bedingt. Das dominierende Muster ist das von face-to-face-Beziehungen, in denen emotionale und affektuelle Faktoren eine herausragende Rolle spielen⁴⁰.

Das historische Vorbild solcher rein charismatischer Verbände sind die Gemeinden von Propheten und die Gefolgschaften von Kriegshelden. Ihr Auftreten wird von Weber an bestimmte Voraussetzungen geknüpft wie bspw. Not- oder Krisenzeiten, in denen die bisher geltenden Sozialbeziehungen, Gruppenzugehörigkeiten und Sozialmilieus brüchig werden; oder gesellschaftliche Differenzierungsprozesse, in deren Gefolge sich Virtuosenengruppen wie z. B. Kriegerbünde aus dem Dauerverband einer Gebietsgemeinschaft herauslösen und verselbständigen⁴¹. In dieser Hinsicht unterscheidet sich sein Konzept des rein charismatischen Verbandes von Turners Konzept der Antistruktur, das auf regelmäßig wiederkehrende Schwellenzustände im Lebenszyklus von Individuen und Gesellschaften bezogen und von daher räumlich und zeitlich durch die Institutionenstruktur definiert ist⁴². Gleichwohl kennt auch Weber Prozesse, in denen das Charisma der Alltagsordnung angenähert wird. Dabei kann es, wie Wolfgang Schluchter gezeigt hat⁴³, zum Verlust des Charismas kommen, in welchem Fall man von Traditiona-

³⁹ Victor Turner, *Das Ritual. Struktur und Antistruktur* (Frankfurt, New York 1989) 130ff.; *ders.*, *Vom Ritual zum Theater* (Frankfurt, New York 1989) 74 ff.

⁴⁰ WG 141; Winfried Gebhardt, *Charisma als Lebensform* (Berlin 1994) 47 f.

⁴¹ Gebhardt, *Charisma* 40; WG 517 f., 670 f.

⁴² Gebhardt, *Charisma* 186; Zygmunt Bauman, *Postmoderne Ethik* (Hamburg 1995) 175 ff.

⁴³ Schluchter, *Religion* Bd. 2, 549.

lisierung oder Legalisierung sprechen muß. Es können sich aber auch Misch- oder Zwittergebilde etablieren, die die außeralltägliche Form der Legitimität mit alltäglichen Strukturen der Organisation kombinieren. Dazu gehören etwa die auf Erbcharisma beruhenden Ordnungen, die sich auf politischer Ebene in der Strukturform des Geschlechterstaates realisieren (WG 145, 672), ferner die auf Amtscharisma beruhenden Dauergebilde, wie sie Weber nicht nur, aber vor allem in hierokratischen Verbänden gegeben sah. Als Beispiel für eine derartige ‚institutionelle Wendung‘ des Charismas diente ihm dabei die katholische Kirche mit ihrer hochentwickelten Bürokratie (WG 674f.). Auch im Falle der charismatischen Herrschaft bleibt daher festzuhalten, daß die These von der Korrespondenz von Legitimität und Organisation nur begrenzte Gültigkeit hat. Sie gilt für den reinen Typus, nicht aber für die diversen Permutationen und Transformationen, die historisch gesehen von mindestens ebenso großer Bedeutung sind wie der reine Typus.

Okko Behrends

Die Gewohnheit des Rechts und das Gewohnheitsrecht

Die geistigen Grundlagen des klassischen römischen Rechts
mit einem vergleichenden Blick auf die Gewohnheitsrechtslehre der
Historischen Rechtsschule und der Gegenwart

Inhaltsverzeichnis

I.

Grundbegriffe und Quellen der klassischen Rechtslehre

1. Die *consuetudo* und der *mos maiorum*
2. Die Grundlegung der klassischen römischen Rechtslehre in der von der skeptischen Akademie geprägten philosophischen Rhetorik Roms
3. *Aequitas* als Ausdruck des klassischen Gleichheitssatzes
4. Das Vertragsrecht als Paradigma
5. *Consuetudo* und *aequitas*
6. Das klassische *ius humanum* als *ius commune* (naturalistisches *ius naturale* verbunden mit zivilisatorischem *ius gentium*)
7. Beispiele des reinen und des modifizierten *ius commune*
8. Das klassische *imperium* als geordnetes Naturverhältnis
9. Der Eigennutz als Motiv der Rechtsbildung

II.

Die Entstehung der Rechtsordnung:

Die Erweckung der in der Natur des Menschen steckenden Möglichkeiten und der Beginn der Gewohnheit des Rechts

1. Die mythische Überredung der Menschen zur Zivilisation
2. Die Naturanlagen des Menschen zum Recht
3. Recht und Gerechtigkeit
4. Die klassische Rechtsquellenlehre in der philosophischen Rhetorik des Auctor ad Herennium
5. Das *ius commune* beim Auctor ad Herennium
6. Der Kodifikationsversuch des Pompejus und die Grenzen der Gesetzgebung nach klassischem Recht

7. Das Verhältnis der technischen Regelbildung (*mos maiorum*) zur Gewohnheit des Rechts (*consuetudo*) im klassischen Gewohnheitsrecht
8. Die althergebrachte Regelanwendung als formaler Geltungsgrund des *mos maiorum* und die Zwecke der Regeln
9. Die gesetzgleiche Geltungskraft des *mos maiorum*
10. Der *mos maiorum* als Recht der *ratio iuris* ohne Anteil an der universalen *ratio*
11. Der hochklassische *mos maiorum* – ein Erzeugnis des Volkswillens
12. Exkurs: Die Quelle des Isidor

III.

Ius divinum und *religio* in der klassischen *ratio iuris*

1. Das klassische *ius divinum* als *mos maiorum* im Dienste der natürlichen Religion
2. Die natürliche Religion: die Verehrung des Unbegreiflichen jenseits der verstandenen menschlichen Welt
3. Die menschliche Freiheit und das Schicksal
4. Der traditionalistische Professionalismus eines der skeptischen Philosophie anhängenden *pontifex* und das Bekenntnis zum *mos maiorum*

IV.

Das Gewohnheitsrecht der Historischen Rechtsschule, die Behandlung Ciceros durch Puchta und ein Blick auf die moderne „Gewohnheit des Rechts“

1. Das Gewohnheitsrecht bei Savigny
2. Puchtas Cicero-Bild oder „Wie kann man von Cicero trotz seines Philhellenismus etwas über Gewohnheitsrecht lernen?“
3. Das Gewohnheitsrecht im modernen Staat – von Windscheid zur Moderne

I.

Grundbegriffe und Quellen der klassischen Rechtslehre¹1. *Die consuetudo und der mos maiorum*

Die klassische Rechtslehre, die sich in der späten Republik durchsetzte und die mit gewissen Modifikationen das Recht der Kaiserzeit beherrschte, unterscheidet, wo sie in ihren Äußerungen zur vollen Klarheit kommt, die allgemeine „Gewohnheit des Rechts“ (*consuetudo*), die den Menschen des Kulturzustandes insgesamt auszeichnet, von dem beschränkten positiven „Gewohnheitsrecht“ (*mos maiorum*), das in jeder Bürgerschaft verschieden ist. Die „Gewohnheit des Rechts“ ist das bewußte Rechtsleben, das Leben nach dem Recht, etwas, was die Geltung des Rechts insgesamt befestigt. Es umfaßt das Recht als Ganzes, sowohl die Regeln, die nach klassischer Auffassung wegen ihrer klaren Struktur unmittelbar als vernünftig eingesehen werden können und daher dem klassischen *ius gentium* zuge-

¹ Der folgende Beitrag enthält in einer neu konzipierten Fassung die Ergebnisse des auf der Tagung „Die Begründung des Rechts als historisches Problem“ im April 1997 im Historischen Kolleg gehaltenen Vortrages. Im Interesse der Klarheit steht in der Darstellung jetzt die spezifisch klassische, in der späten Republik zur Herrschaft gelangende Rechtslehre im Vordergrund. Das vorklassische Recht, die Folie des klassischen Rechts, tritt nur gelegentlich hervor. – Die Untersuchung ist ein weiterer wichtiger Schritt in der Revision der herrschenden, spätromantischen Deutung des römischen Rechts, die in diesem Recht wesentlich ein atheoretisches, aus dem Leben selbst stammendes Phänomen sieht. Für die Anregung, ihn zu tun, bin ich dem Veranstalter der Tagung, Herrn Kollegen Willoweit, sehr dankbar. – Ich gebe eine kleine, ausgewählte Bibliographie meiner bisherigen diesbezüglichen Arbeiten, auf die ich im folgenden verweisen kann. Zum Methodischen: Die Grundbegriffe der Romanistik. Zugleich eine Warnung vor dem *l'art pour l'art*, in: Index. Quaderni camerti di studi romanistici (1996) 1–69, sowie soeben die wissenschaftsgeschichtlichen Klarstellungen, welche die Herausgabe der (bisher unveröffentlichten) Wiener Antrittsvorlesung R. v. Jherings, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? (Göttingen 1998), begleiten. Zum Inhaltlichen: Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex, Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen Phil.-hist. Kl. 1. Nr. 7 (1976) 265–304; Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht, in: SZ Rom. Abt. 95 (1978) 187–231; Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni, Index (1983–1984) 189–225; Les „veteres“ et la nouvelle jurisprudence à la fin de la République, in: Revue historique de droit français et étranger 55 (1977) 7–33; Tiberius Gracchus und die Juristen seiner Zeit – die römische Jurisprudenz gegenüber der Staatskrise des Jahres 133 v. Chr., in: *Luig, Liebs* (Hrsg.), Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition (1980) 25–121; Die Frau legis. Zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinngeltung in der römischen Gesetzesinterpretation (1982); Anthropologie juridique de la jurisprudence classique romaine, in: Revue historique de droit français et étranger 68 (1990) 337–362; Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie, in: *Behrends, Sellert*, Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens, 135–249; Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz, in: SZ Rom. Abt. 112 (1995) 195–238; Iusta causa traditionis. La trasmissione della proprietà secondo il „ius gentium“ del diritto classico, in: *Labruna* (Hrsg.), Tradere ed altri (1998) 27–78; Die Person oder die Sache?, in: *Labeo* 44 (1998); Der römische Weg zur Subjektivität: Vom Siedlungsgenossen zu Person und Persönlichkeit, in: *Fetz, Hagenbüchel*, Geschichte und Vorgeschichte der modernen Subjektivität (1998) Bd. 1, 204–254.

rechnet werden, als auch diejenigen, bei denen das nicht möglich ist und die deswegen als *mos maiorum* eingeordnet werden. Das Wort *consuetudo* ist kraft dieser allgemeinen Bedeutungsmöglichkeit auch geeignet, eine gegebene positive Rechtsordnung insgesamt zu bezeichnen, um sie von anderen abzuheben².

Diese *consuetudo*, die mit dem Übertritt von dem Naturzustand in den Rechtszustand beginnt, hat ihre letzten Voraussetzungen in der nach klassischer Auffassung dem Menschen von Natur aus keimhaft innewohnenden Fähigkeit, die Regeln des Rechts zu formulieren und zu begreifen, die sie tragenden Prinzipien zu fühlen und auf diese Weise die Gebote des Rechts als verbindlich zu erfahren. Das „Gewohnheitsrecht“ (*mos maiorum*) ist ein Teilausschnitt des Rechts. Es ist dadurch gekennzeichnet, daß seine Regeln, wie schon angedeutet, nach klassischer Auffassung nicht als unmittelbar einleuchtend dargetan werden können. Für die Regeln des *mos maiorum* wird vielmehr ausdrücklich betont, daß sie eine solche Probe, die sie als rational nachzuweisen versuchte, nicht bestehen würden, sie aber auch nicht zu bestehen brauchen (vgl. u. S. 93). Sie gelten, wie das bekannteste Paradigma, das strenge Schenkungsverbot unter Ehegatten, weil die Vorfahren in der konkreten Rechtsordnung diese Regeln durch Praktizierung in Kraft gesetzt haben³. Man kann gute Zweckmäßigkeitsgründe für diese Regeln anführen, aber nicht von ihnen behaupten, daß sie in ihrer konkreten Ausprägung so wie die Regeln des *ius gentium* von allen Menschen als von selbst einleuchtend erkannt werden und daher von ihnen allgemein angenommen werden sollten.

Die Gewohnheitsrechtslehre der Historischen Rechtsschule hat diese ganze Lehre des klassischen Rechts mit ihren Gegensätzen nicht wahrgenommen und von ihren Prämissen aus auch nicht wahrnehmen können und mitsamt der skeptisch-anthropologischen Rechtstheorie, die ihr zugrundeliegt, von ihrem letztlich geschichtsgläubigen Standpunkt aus auch gar nicht wahrnehmen wollen können. Und da sich die moderne Romanistik in der Rechtsquellen- und Rechtsgeltungslehre bisher noch nicht aus dem Bannkreis der Historischen Schule befreien konnte, ist sie bis heute unbekannt geblieben. In der bisherigen Literatur gibt es den hier dargestellten Gegenstand gar nicht; die Beiträge haben sich – zunehmend

² Cicero, de inventione II 19, 57: in nostra quidem consuetudine multis de causis fit, ut rarius incidant translationes (In unserer Rechtsordnung ergibt es sich aus vielen Gründen, daß es seltener [vor dem erkennenden Gericht] zu dem Streitstand der Unzuständigkeit kommt.) Zur Begründung weist der junge Cicero zutreffend auf die Praxis der prätorischen Exzeptionen und auf die altzivilen Prozeßgefahr hin, die den, der falsch klagt, sachfällig macht.

³ Vgl. die Quellen u. S. 85. Die ihnen widersprechende Behauptung, daß dieser Satz der augusteischen Ehegesetzgebung entstammt, konnte sich nur in einer Romanistik bilden, die von ihren spätrömischen Prämissen her rechtstechnischen Kategorien keinerlei Wert beimaß. Repräsentativ insofern Max Kaser, Mores maiorum und Gewohnheitsrecht, in: SZ Rom. Abt. 59 (1939) 89f., welcher der Einordnung *moribus apud nos receptum* nur die Aussage zuschreiben will, es handele sich um eine „römische Eigentümlichkeit“ und daher jener (nicht nur quellenlosen, sondern quellenwidrigen) Hypothese zustimmt (vgl. auch S. 72f.). Methodisch war ein solches Verfahren kalte Interpolationist. Rechtsquellen-theoretische Kategorien, die man nicht für interpoliert erklären konnte, wurden durch Interpretation aus-geschieden. Vgl. zum Thema neuestens Henrike Schlei, Schenkungen unter Ehegatten (1993) 13 ff.

vor dem Hintergrund der langsam zurückgehenden interpolationistischen Methode, die angeblich „Unrömisches“ für unecht und eingefälscht zu erklären erlaubte – in der Hauptsache, so viel man auch im einzelnen aus ihnen lernen kann, in der Frage erschöpft, ob „die Römer“ ein Gewohnheitsrecht gekannt haben. Nachdem diese Frage anfänglich entschieden verneint wurde⁴, läßt man in der neuesten Zeit Quellen meist eher widerstrebend gelten⁵. Eine zureichende Erfassung der theoretischen Bedeutung der beiden Zentralkategorien *mos maiorum* und *ius gentium* steht immer noch aus und wird hier erstmals vorgelegt⁶. Die for-

⁴ Man war mit erstaunlicher Entschiedenheit dagegen. Die Hauptstelle der Digesten Julian 84 dig D 1,3,32,1, die – für die hochklassische Zeit – ein ausformuliertes, ebenso rechtserzeugend wie derogatorisch wirkendes *mos maiorum* bezeugt, wurde für nachklassisch erklärt, die diese Lehre vorbereitende, gleich näher zu betrachtende Rechtslehre der philosophischen Rhetorik für unverwertbar erklärt. Repräsentativ wiederum der schon zitierte Artikel von Max Kaser, *Mos maiorum* und Gewohnheitsrecht (oben Anm. 3) 53 f., 95 f. Man kann sich heute nur noch wundern, wie man damals ernsthaft glauben konnte, daß die Lehre von der derogierenden Kraft des Gewohnheitsrechts im engeren Sinn ausgerechnet im Dominat aufgekommen sei. Diese Verfassung stand dem autoritären Führerstaat, den Kaser (S. 65, wie Anm. 2) als Beweis dafür aufruft, daß das Gewohnheitsrecht mit Gesetzeskraft „unvorstellbar“ sei, doch jedenfalls viel näher als der Prinzipat. Eine Zusammenfassung der Ergebnisse der textkritischen Methode bietet Burkhard Schmiedel, *Consuetudo* im klassischen und nachklassischen Recht (1966), eine späte bedeutende (insbesondere auch gegen Dieter Nörrs Arbeiten gerichtete [zu ihnen die folgende Anm.] Verteidigung Werner Flume, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht* (1975) 33, der mit richtiger Einsicht in die eigentlichen Ursprünge der neuzeitlichen Ablehnung eines spezifischen *mos maiorum* (S. 37) auf Savigny, *System I* S. 76 verweist, der in der Tat das, was im entwickelten römischen Recht noch „als freies Gewohnheitsrecht“ übrig war, als „wissenschaftliches Recht“ ansah. Vgl. dazu den Schlußabschnitt dieses Beitrags.

⁵ Vgl. die Feststellung bei Kaser, *Röm. Privatrecht I*² § 48 III 1, daß die derogierende Kraft des Gewohnheitsrechts „bereits dem Julian zuzuschreiben“ sein werde. – Die ältere Literatur hatte übrigens ein interessantes historisches Argument für ihre Ansicht angeführt, nämlich den bekannten Vorfall des Jahres 89 v. Chr., in dem ein Prätor ein Gesetz aus dem Jahre 342 v. Chr. ausgegraben hatte, das das Zinsnehmen verbot, und darauf von den Gläubigern erschlagen worden war (vgl. meinen Zwölfafelprozeß [1974] 210). Das deutet in der Tat auf das Fehlen einer technischen Lehre der *desuetudo*. Vgl. Pernice, *Zum römischen Gewohnheitsrecht*, in: *SZ Rom. Abt.* 20 (1899) 150; Flume, (oben Anm. 4) 8. Dazu ist zu sagen, daß damals noch die vorklassische Rechtslehre herrschte, die den Gedanken einer derogatorischen Kraft nicht einmal für das spätere Gesetz kannte. Der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* ist genauso spezifisch klassisch wie seine Anwendung auf derogatorisches *mos maiorum*. Vgl. dazu meinen Beitrag „Gesetz und Sprache“ (oben Anm. 1) 155 ff.

⁶ Dies gilt insbesondere auch für die Arbeiten von Dieter Nörr. In dem seinerzeit bahnbrechenden Aufsatz „Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie“, *Festschrift Felgentraeger* (1969) 353–366 hat D. Nörr zur Rehabilitierung der Julianstelle zutreffend, wenn auch nur unter anderem, auf die rhetorische Tradition aufmerksam gemacht. Auf die insofern bestehenden Zusammenhänge hat er auch in seiner späteren Schrift „*Divisio* und *Partitio*, Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie“ (1972) hingewiesen, dort aber in der Hauptsache hochklassische Rechtsquellenkataloge interpretiert, in denen das Gewohnheitsrecht gerade fehlte. D. Nörr hat dieses Fehlen aus der methodischen Eigenart der *partitio* gegenüber infiniten Gegenständen erklärt und damit dem antiken wie dem heutigen Leser der Stellen das Recht vindiziert, sich die entsprechenden Einteilungen jedenfalls um das Gewohnheitsrecht zu ergänzen. Diese überaus gekünstelte Argumentation, die eine Aufzählung für infinit erklärt, die ihre Begrenzungsfunktion wegen

schungsgeschichtlichen Zusammenhänge, die diesen überraschenden Forschungsstand erklären, werden deutlicher werden, wenn ich am Ende dieser Abhandlung auf die Art und Weise eingehe, in der G. W. Puchta, der Hauptautor der Gewohnheitsrechtslehre der Historischen Schule, argumentiert hat.

2. Die Grundlegung der klassischen römischen Rechtstheorie in der von der skeptischen Akademie geprägten philosophischen Rhetorik Roms

Wir finden diese Lehre, die in die Regeln der „Rechtsgewohnheit“ oder der „Gewohnheit des Rechts“ den Gegensatz hineinträgt zwischen solchen Regeln, die evident begründbar sind und solchen, die von ihrer Gebotsstruktur her nicht unmittelbar einleuchtend gemacht werden können, in den Quellen der Kaiserzeit vorausgesetzt, in ihrer ersten und klarsten Fassung aber in den rechtsquellentheoretischen Äußerungen in den Schriften der philosophischen Rhetorik der späten Republik, in der Rhetorik des Auctor ad Herennium und insbesondere in dem mit der Schrift *de inventione* zeitgleich mit dem Auctor beginnenden, ausgedehnten Werk Ciceros.

Diese Überlieferungslage, deretwegen wir uns im folgenden vor allem mit Quellen der späten Republik beschäftigen müssen, hat ihren Grund. Denn aus dieser philosophischen, von der skeptischen Akademie geprägten Rhetorik – die von ihr ausgehende Prägung ist für Cicero vielfach bezeugt⁷ und für den Auctor

natürlich finit sein will und dies angesichts der systematischen, nicht empirischen Natur des Gegenstandes auch ohne größere Schwierigkeiten erreichen kann, ist mit Recht auf Kritik gestoßen. Die Kataloge Gaius I 1 und Papinian 2 *definitionum* D 1,1,7 beschränken sich in Wahrheit auf schriftliche, staatlich-verfassungsrechtliche Rechtsquellen, und zwar einschließlich der Responsen. Vgl. Mayer-Maly, *Gnomon* 41 (1969) 383 ff. und Inst. I 2, §§ 3–8 und § 9. Die weitere Stelle, Pomponius lb sg *enchoridii* D 1,2,2,12 steht mit seiner Gleichsetzung von *interpretatio* und *ius non scriptum* in der vorklassischen Tradition. Vgl. Gesetz und Sprache (oben Anm. 1) 139 ff.; *Fraus legis* (oben Anm. 1) 8, Anm. 15. Den Schlüssel des Themas, die „Gewohnheit des Rechts“ als umfassende, den Menschen zivilisierende *consuetudo*, in der alle Rechtsquellen, auch das spezifische Gewohnheitsrecht des *mos maiorum*, ihren Platz haben, hat übrigens Nörr am Ende des ersten Beitrags kurz in die Hand genommen, ihn aber gleich wieder fallen lassen, glücklich, wie er bekundet, sich den Eintritt „in die dunklen Gebiete zwischen Theologie und Anthropologie“ und die (in der Tat, auch bei Beschränkung auf die Geschichte des klassischen römischen Rechts, beträchtlichen) Mühen ihrer „Erhellung“ ersparen zu dürfen (S. 365 f.).

⁷ Cicero hat sich in seinem literarischen Erstling *de inventione* mit Entschiedenheit zur geistigen Haltung der akademischen Skepsis bekannt und versprochen, ihr sein Leben lang (*in omni vita*) die Treue zu halten. Seine Richtpunkte sind seitdem das *verisimillimum*, die Suche nach dem höchstmöglichen Grad der Wahrscheinlichkeit in Fragen des menschlichen Urteils (*de inv.* I 3,4), und die Überzeugung, daß es menschlich eine Schande (*turpe*) ist, etwas unbedacht und anmaßend (*temere atque arroganter*), also aufgrund ungeprüfter subjektiver Bevorzugung, für wahr zu halten (*de inv.* II 3,9). Cicero hat dieses Versprechen in seinen Werken bis zuletzt gehalten. Vgl. nur das treffende Urteil von Philippon, in: RE (1939) s.v. Tullius Sp. 1104 f. und Goedeckemeyer, *Geschichte des griechischen Skeptizismus* (1905; Nachdruck 1968) 130 ff. (201), der in Cicero den bedeutendsten Vertreter der akademischen Skepsis seiner Zeit überhaupt sieht. Cicero fand die Dominanz der skeptischen Akademie in der philosophischen Rhetorik, bei der er lernte, bereits vor (vgl. dazu den folgenden Text), wurde

ad Herennium zuverlässig erschließbar⁸ – stammt die für die Kaiserzeit maßgebende Erneuerung des römischen Rechts, die sich mit dem Namen des Cicero-Freundes und Mitschülers Servius Sulpicius Rufus verbindet.

Servius, der diese in der philosophischen Rhetorik gelernten Lehren über Edikt und Ediktcommentar in die römische Rechtspraxis einführte – dieser Vermittlungsweg hatte sich in der Rechtstheorie der Rhetorik vorbereitet –, begann wie Cicero, mit dem er von Anfang an zusammen studiert hatte⁹, als Redner philoso-

aber durch den damaligen Leiter dieser Schule, Philon von Larissa, der im Jahre 88 nach Rom kam und dort lehrte, auch persönlich „für die Lehre der neuen Akademie“ gewonnenen, Vgl. Zeller, Philosophie der Griechen III 1 (51923, Nachdruck 1990) 610. Die Ansicht Wolfgang Waldsteins, Cicero, Servius und die „Neue Jurisprudenz“, in: IVRA 44 (1993) 85–147, 135ff., daß die Akademie, als deren Zögling sich Cicero immer wieder bezeichnet hat, jedenfalls später nicht mehr die des Enkelschülers des Carneades Philon von Larissa war, sondern eine, die sich durch den Eklektizismus des Antiochos von Askalon wieder der alten dogmatischen Akademie genähert habe, widerspricht nicht nur der ganz herrschenden Meinung der Philosophiegeschichte, sondern auch allen Quellen. Auch dort, wo Cicero später in seinen Staatsschriften stoische Argumentationen übernimmt, unterläßt er es nie, salvatorische Klauseln einzuflechten.

⁸ Vgl. jetzt die mit einer wertvollen Einleitung und Kommentierung versehene Ausgabe von *Gualtiero Calboli*, *Rhetorica ad C. Herennium* (21993). Der Auctor schreibt nicht nur gleich einleitend von sich, daß er seine freie Zeit der Philosophie zuzuwenden pflegt (*id ipsum, quod datur otii, libentius in philosophia consumere consuevimus*), sondern macht auch einen scharfen Ausfall gegen die „kindischen, leicht widerleglichen“ Stoiker (II 11,16: *dum metuent* [sc. die *dialectici* im üblichen Sinne der stoischen Logiker] *in dicendo, ne quid ambiguum dicant, nomen suum pronuntiare non possunt. verum horum pueriles opiniones rectissimis rationibus, cum voles, refellemus. In praesentiarum hoc intercedere non alienum fuit, ut huius infantiae garrulam disciplinam contemneremus*). Dies und noch mehr die Rechtsquellenlehre und die sie tragende Theorie, die mit derjenigen in Ciceros Schrift *de inventione* übereinstimmt, weisen ihn der skeptischen Akademie zu. Im Ergebnis übereinstimmend spricht *Calboli*, 34 von „la possibilità che l'interesse filosofico indicato nella *Rhet.* Her. riguardi la filosofia neoaccademica per certe connessioni fra questa scuola filosofica e la retorica del tempo“. Die große Vorsicht in der Ausdrucksweise erklärt sich, wenn man bedenkt, daß *Calboli*, der kein Jurist ist, bei aller Sachkenntnis hinsichtlich der „gewissen Verbindungen zwischen Akademie und Rhetorik“ nur anhand der spezifisch rhetorischen Lehren urteilt und die Bedeutung der Rechtstheorie, welche den Auctor, Cicero und die klassische Jurisprudenz seit Servius verbinden und die ohne skeptische Akademie nicht konzipiert worden wäre, nicht zu ermessen vermag. Hinsichtlich der Datierungsfrage hält *Calboli*, 17 den früheren Ansatz 88/86–82 für wahrscheinlicher als den ebenfalls möglichen späteren 86–75/70. Angesichts der Tatsache, daß die Schrift des Auctor und Cicero *de inventione* nicht voneinander abhängen, sondern parallel gearbeitet sind und von einer gemeinsamen Quelle abhängen (*Calboli*, 26 ff.), ist eine Datierung vor 80 das Wahrscheinlichste. Für die Schrift *de inventione* kommt nach *Kroll*, in: RE (1939) s.v. *Tullius Sp.* 1093 die Zeit vor 80 oder wohl eher noch vor 81, dem Jahr schon der ersten öffentlichen Gerichtsrede (*Gelzer*, in: RE [1939] s.v. *Tullius Sp.* 832), in Betracht.

⁹ *Cicero*, *Brutus* 41, 151: in isdem exercitationibus ineunte aetate fuimus et postea una Rhodum ille (sc. Servius) etiam profectus est, quo melior esset et doctior (*Wir haben denselben Studien seit Beginn des dafür erforderlichen Alters* [vgl. dazu unten Anm. 11] *oblegen und danach ist Servius mit mir nach Rhodos gereist, um es in Redefertigkeit und Bildung noch weiter zu bringen*.) Der Ausdruck ‚*ineunte aetate*‘ weist auf das Alter hin, in dem methodisches Lernen beginnen kann und damit auf einen Zeitraum, der weit früher liegt als der ausdrücklich durch ein ‚später‘ abgesetzte Aufenthalt in Rhodos, der den Kern einer in die Zeit

phisch-skeptischer Observanz, hinterließ Reden, die noch von dem kaiserzeitlichen Rhetoriklehrer und Ciceronianer Quintilian als musterhaft genannt werden¹⁰, wandte sich aber noch in jugendlichem Alter ausschließlich dem Recht zu und wurde kraft dieser gründlichen philosophischen Vorbildung, an die Cicero den Freund im Altersrückblick in einem persönlichen Brief noch einmal erinnert und die Servius in persönlichen und literarischen Gegensatz zu der bisher herrschenden Rechtswissenschaft brachte¹¹, zum epochemachenden, die klassische Rechtswissenschaft Roms begründenden Juristen.

Die Schrift des Auctor ad Herennium, der nach neueren Forschungen wohl mit einem Rhetor namens Cornificius zu identifizieren ist¹² und dessen Darstellung der gleichen, mit einer eigenen, auf die römischen Verhältnisse zugeschnittenen Rechtstheorie aufwartenden, philosophisch anspruchsvollen Rhetorik folgt, ist für uns zusätzlich wertvoll, weil sie einen Blick auf die Rhetorikschule erlaubt, in der dieser Redner ebenso wie Cicero und Servius gelernt hat. Gleich zu Anfang spricht er in bezug auf das von ihm Wiedergegebene von seinem Lehrer (I 11,18:

von 79–77 fallenden Reise Ciceros nach dem Osten bildet. Vgl. *Gelzer*, in: RE (1939) s.v. Tullius Sp. 839. Als Philon von Larissa im Jahre 88 in Rom erschien und Cicero bei ihm hörte (vgl. oben Anm. 7), hatte die rhetorische Ausbildung, die primär auf griechisch erfolgte, bei Cicero offenbar schon die ersten Grundlagen gelegt und ihn befähigt, den griechischen Vorlesungen des Philosophen aus Athen mit Gewinn zu folgen. Sie waren gewiß nicht einfach und galten, wie Cicero, der sich ihm mit großer Hingabe anschloß (Brutus 89, 306 *totum ei me tradidi*), uns erzählt, am Vormittag der Philosophie, am Nachmittag der Rhetorik (Tusc. disp. II 3,9). Tatsächlich erfahren wir, daß die rhetorische Ausbildung des am 3. Januar 106 geborenen Cicero als Knabe, als *puer*, begonnen hatte (vgl. unten Anm. 15). Nach dem Jahr 90, in dem Cicero die *toga virilis* anlegte, begann bereits seine Ausbildung bei den Juristen, erst bei Mucius augur, dann bei Mucius pontifex. Vgl. *Gelzer*, Sp. 827 ff., 829. Auch insofern dürfte der Ausbildungsgang seines Freundes Servius nicht anders verlaufen sein. Vgl. unten Anm. 11.

¹⁰ Quintilian X 1,116: *Servius Sulpicius insignem non inmerito famam tribus orationibus meruit.*

¹¹ Cicero schreibt (ad familiares IV, 3,3, November 46): *te (sc. Servius) autem ab initio aetatis (von frühester Jugend an) memoria teneo summe omnium doctrinarum studiosum fuisse omniaque quae a sapientissimis (!) ad bene vivendum (d.h. zur richtigen, von Ethik und Recht geleiteten Lebensführung) tradita essent, summo studio curaue didicisse* und rät ihm mit ehrenden Worten, zu dem Studium der Philosophie zurückzukehren: *te tali vel scientia vel natura praeditum hortabor, ut ad eas te referas artis, quibus a primis temporis aetatis (von Kindesbeinen an) studium tuum dedisti.* Die Konfrontation zwischen Servius und Mucius wird uns anekdotisch als eine Art Auftritt überliefert (*Pomponius* lb sg enchiridii D 12,2,43): Der berühmte Jurist habe den jungen Redner wegen seiner mangelnden Fähigkeit, das geltende Recht zu verstehen, nachdrücklich gescholten und ihn damit zum Studium des praktischen Rechts angespornt. Sein grundsätzlicher Hintergrund wird literarisch in den von Servius gegen Mucius verfaßten *Reprehensa* [oder: *Notata*] *Capita Quint Mucii* (*Widerlegte* [oder: *Getadelte*] *Grundsätze des Mucius*) greifbar; vgl. *Krüger*, Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts (21912) 67. Diese Schrift, die geistige Herkunft des Servius und seine Lebensleistung zeigen, daß die Verständnisschwierigkeiten, die Mucius an Servius rügte (falls dem Zusammenstoß zwischen Mucius und Servius, wie gut möglich, ein historischer Kern zukommt), nicht auf intellektuellen Mängeln des Jüngeren, sondern auf einer abweichenden geistigen Vorprägung beruhte.

¹² Dafür *Calboli*, (oben Anm. 8) 3 ff.

noster doctor)¹³ und bringt in dem Zusammenhang zugleich, nachdem er seine Liebe zur Philosophie bekundet hat, die er für das Lehrbuch unterbrechen müsse, eine nachdrückliche Nichtachtung der griechischen Rhetoriklehrbücher zum Ausdruck, die so viel Unpraktisches enthielten¹⁴. Hieraus kann man schließen, daß jener Lehrer des Auctor kein Hellene, sondern ein rhetorisch gebildeter, aber an der römischen Praxis interessierter Römer und Rhetor war, der als solcher eine Schule repräsentierte, in der die Aufgabe bewältigt worden ist, die in den beiden Rhetoriken und in dem gesamten rhetorischen Werk Ciceros als gelöst vorliegt, nämlich die in den Schriften enthaltenen Lehren der skeptischen Akademie des Carneades und seines die Lehren des Meisters schriftlich festhaltenden Eckermanns Kleitomachos in der Rhetorik und vor allem im Recht terminologisch und sachlich auf die römischen Verhältnisse zu übertragen.

Nun wissen wir allerdings, daß Cicero als Knabe zu dem auf Latein unterrichtenden Rhetor Plotius, so gern er gewollt hätte, nicht gehen durfte, weil die für seine Erziehung verantwortlichen Ratgeber es grundsätzlich für besser hielten, daß die rhetorischen Übungen auf griechisch stattfanden¹⁵. Und wir wissen auch, daß im Jahre 92, zu dessen Beginn (am 3. Januar) Cicero 14 Jahre alt geworden war, alle sogenannten *Rhetores latini* durch ein censorisches Edikt, an dem der berühmte Redner Licinius Crassus als einer der beiden Censoren beteiligt war, aus Rom verwiesen wurden¹⁶. Aber der hier scheinbar auftretende Widerspruch löst sich auf.

¹³ *Calboli*, (oben Anm. 8) 219 nennt den vom Auctor zitierten *doctor* eine „fonte assente in Cicerone“. Das ist richtig für das unmittelbare Thema, zu dem er vom Auctor zitiert wird und zu dem er eine originelle Meinung hatte. Aber im übrigen ist ein solcher Lehrer zwar nicht notwendig persönlich, aber doch durch die Schule, für die er steht, eine sehr bedeutende allgemeine Quelle. Und in diesem abstrakteren Sinne repräsentiert er auch die Quelle Ciceros, die mit derjenigen des Auctor übereinstimmt. Vgl. unten Anm. 26.

¹⁴ *Auctor ad Herennium* I 1,1: *illa, quae Graeci scriptores inanis adrogantiae causa sibi adsumpserunt, reliquimus. Nam illi, ne parum multa scisse viderentur, ea conquisierunt, quae nihil adtinebant, ut ars difficilior cognitu putaretur, nos autem ea, quae videbantur ad rationem dicendi pertinere, sumpsimus.* Vgl. auch schon Anm. 8.

¹⁵ So Cicero selbst bei *Sueton*, de rhetoribus 2: *Equidem memoria teneo, pueris nobis primum Latine docere coepisse Plotium quendam. Ad quem cum fieret concursus, quod studiosissimus quisque apud eum exeret, dolebam mihi idem non licere. Continebar autem doctissimorum hominum auctoritate, qui existimabant Graecis exercitationibus alii melius ingenia posse.*

¹⁶ *Gellius*, Noct. Att. 15,11,2 und *Sueton*, gramm. 25 (de rhetoribus 1) geben den Wortlaut des Ausweisungsedikts. Zur Motivation dieser Maßnahme vgl. *N. Häpke*, in: RE (1926) Licinius (Crassus) Nr. 55 Sp. 260: *Diese Neueren waren Römer und unterrichteten in lateinischer Sprache. Der wesentliche Unterschied war, daß sie nur eine formale Bildung gewährten, die tiefere Geistesbildung der Griechen ‚humanitate dignam scientiam‘ aber für überflüssig erklärten (de or. III 93). Da der Lehrer L. Plotius Gallus ein Freund des Marius war, spielten vielleicht politische Gründe mit. Der „wesentliche Unterschied“ ist zutreffend erfaßt. Daher konnte der von Licinius Crassus anerkannte, weil in seinem Geist erteilte Rhetorikunterricht selbstverständlich auch von einem zweisprachigen Römer erteilt werden. Die politischen Gründe sind so nachgeordnet, daß die Sympathien, die der philosophisch interessierte Auctor ad Herennium für die populären Bestrebungen erkennen läßt (*Calboli*, 34 ff.) und vermutlich zum Teil seinen Lehrern verdankt, der Verbreitung seiner Niederschrift offenbar nicht geschadet haben.*

Licinius Crassus, eben der Censor des Jahres 92, hat die Ausbildung des jungen, aus der Landstadt Arpinum nach Rom gekommenen Cicero nicht nur von Anfang an mit Ratschlägen begleitet, sondern für ihn auch Lehrer (*doctores*) der Rhetorik empfohlen¹⁷. Von diesen Lehrern können wir, gerade weil Crassus sie empfahl, voraussetzen, daß sie genau wie der *doctor* des Auctor überzeugt waren, daß bei aller Notwendigkeit, die Rhetorik von ihren griechischen Quellen her zu unterrichten, Ziel der Ausbildung ein römischer Redner sein müsse, d.h. ein Redner, der sich, wie Licinius Crassus selbst es glanzvoll gezeigt hatte, in den eigenen politischen und rechtlichen Verhältnissen und in der eigenen Sprache bewähren könne. Zu diesem Zweck war es aber erforderlich, es nicht bei den die Grundlage des Unterrichts bildenden *exercitationes Graecae* bewenden zu lassen, sondern die rhetorischen Lehren mitsamt den ihnen enthaltenen Rechtslehren in einem nächsten Schritt überall den römischen Verhältnissen anzupassen und in die lateinische Sprache zu übersetzen. Es ist das gleiche Verfahren, das noch der alte Cicero in den *Partitiones oratoriae* mit seinem Sohn praktiziert, wenn er mit ihm dieselben philosophischen Lehren der Rhetorik einschließlich der Rechtstheorie auf lateinisch repetiert, die er ihm zuvor auf griechisch vermittelt hatte¹⁸. Daß zur Zeit des Auctor und des jungen Cicero das Verfahren im Prinzip nichts anders war, wird durch die Tatsache bewiesen, daß diese Rechtstheorie, welche die des klassischen Rechts werden sollte und noch in den *Partitiones oratoriae* von Cicero gegenüber dem eigenen Sohn als frisch aus dem Griechischen übersetzt behandelt wird, in den beiden parallelen Rhetoriken, in der des Auctor und in Ciceros *de inventione*, schon dieselbe war.

Licinius Crassus ist für diese Zusammenhänge zusätzlich noch dadurch bedeutsam, daß er, wie Cicero berichtet, das Programm, die Rechtslehre der philosophischen Rhetorik auf das positive römische Recht zu übertragen, schon als Redner formuliert und in seinen Umrissen entworfen hatte, dasselbe Programm also, das der zum Juristen gewordene Servius dann verwirklicht hat¹⁹. Als Hörer eines bedeutenden Vertreters der skeptischen Akademie in Athen war Crassus dafür auch bestens gerüstet²⁰. Aber die philosophische Vorbildung allein hätte kaum gereicht,

¹⁷ Vgl. *Matthias Gelzer*, in: RE M. Tullius Cicero (1939) Sp. 827 mit weiteren Nachweisen und überzeugendem Hinweis auf Cicero, *de oratore* II 1,2: *et ea disceremus, quae Crasso placerent, et ab eis doctoribus, quibus ille uteretur, erudimur* (daß wir [der junge Cicero und seine damaligen Gefährten] das lernen sollten, was Crassus richtig fände, und wir von den Lehrern erzogen würden, mit denen er selbst Umgang hatte.)

¹⁸ Cicero, *Partitiones oratoriae* 1,1: *Studeo, mi pater, Latine, ex te audire ea quae mihi tu de ratione dicendi Graece tradidisti* (Ich bin begierig, von dir auf Latein zu hören, was du mir über die Lehre von der Rede auf griechisch vermittelt hast). Die *ratio iuris* (37, 129f.) ist Teil dieser Lehre, und alles stammt, wie Cicero am Ende betont (40, 139), *ex media illa nostra Academia*.

¹⁹ Vgl. Cicero, *de oratore* I 42, 187–190; II 19, 83 und *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte (1988) 628f.

²⁰ Vgl. näher zu Crassus, dem rechtskundigsten der Redner seiner Zeit (*Cicero*, *Brutus* 39, 145: *eloquentium iuris peritissimus*) N. Häpke, oben Anm. 16, Sp. 267: „Er gehörte der akademischen Richtung an.“ und (zu seiner zwischen 112 und 109 v. Chr. fallenden Quästur in der Provinz Asia) Sp. 256: „Er benutzte die Zeit, um seine Kenntnisse zu ergänzen. Vor allem hörte er die Akademiker, so in Asien Metrodorus aus Skepsis in Mysien, und auf seiner

einen solch großen Plan auch nur zu fassen. Die umfassende Umformulierung eines ganzen positiven Rechts in eine grundsätzlich neue Sprache ist ohne eine Schule, die diese Aufgabe kontinuierlich und nach allen Richtungen hin verfolgt und vorbereitet, praktisch kaum zu verwirklichen.

Es ist nun zwar nicht mehr möglich, genauer festzustellen, wann sich die von den beiden ersten lateinischen Rhetorikern vorausgesetzte, im Geist der skeptischen Akademie unterrichtende Redeschule gebildet hat. Es mag sein, daß sie sich erst im Schatten des Erfolges des Licinius Crassus konstituierte. Aber so sehr sie von seinem Erfolg gefördert sein wird, ist es wohl doch wahrscheinlicher, daß sie in ihren Anfängen schon auf eine etwas ältere Zeit zurückgeht. Die Zeiträume, die zur Verfügung stehen, sind groß. Die skeptische Akademie hatte schon durch das öffentliche Auftreten ihres Gründers und Schulhauptes Karneades im Rom des Jahres 156 das Prestige erworben, die hohe Schule brillanter Redekunst zu sein²¹. Die Tatsache, daß die griechische Rhetorik nach den Feststellungen Franz Wieackers seit der zweiten Hälfte des 2. Jahrhunderts in Rom Fuß faßt, kann von diesem Ereignis nicht getrennt werden²². Durch den fleißigen, etwa um 110 gestorbenen Karneadesschüler Kleitomachos, der seinerseits Lehrer des Philon von Larissa war, den Cicero hörte, hatte die Schule des Karneades auch eine hinreichend umfangreiche Literatur erhalten, um einen an philosophischer und rechtlicher Grundlegung interessierten Schulbetrieb der Rhetorik entsprechend ausstatten zu können. Der literarisch ausgeführten, skeptischen Dialektik, in der alle Erkenntnis zurückgeführt wird auf eine Beobachtung, die an den Gegenständen der Wirklichkeit in höchstmöglicher Annäherung Formen und Qualitäten feststellt, und in der die auf diese Weise bis zur höchsten Stufe emporgetriebene Wahrscheinlichkeit die Stelle der dem Menschen unerreichbaren Wahrheit einnimmt, verdankt es Kleitomachos, daß er trotz seiner notorischen Abhängigkeit von Karneades in der antiken Philosophiegeschichte als Begründer der ethisch-dialektischen Schule erscheint, das heißt einer Schule, welche das Ziel der Ethik, dem Menschen die Bedingungen der richtigen Lebensführung zu formulieren, durch die möglichst genaue begriffliche Klärung aller für das menschliche Leben erheblichen Formen und Qualitäten der Gegenstände der Welt erreichen will²³. Durch den Leitbegriff

Rückreise über Makedonien in Athen die leitenden Philosophen; als seinen Lehrer nennt er dort nur Charmadas, der auch für die philosophische Bildung der Redner eingetreten sei.“

²¹ Vgl. nur Cicero, de oratore II 38, 161: *Carneadi vero vis incredibilis illa dicendi et varietas perquam esset optanda nobis, qui nullam umquam in illis suis disputationibus rem defendit quam non probavit, nullam oppugnavit quam non everteret.*

²² Römische Rechtsgeschichte I (1988) 664.

²³ Vgl. Diogenes Laertes, Leben und Meinungen berühmter Philosophen (in der Übersetzung von Otto Apelt, 1967) I 18 *Der ethischen Sekten gibt es zehn...*[als siebte] *die dialektische. ... Vorsteher ... der dialektischen (war) Kleitomachos aus Karthago.* Der Doxograph läßt hier die neuere Akademie als Schöpfung des wenig bekannten Lakydes erscheinen und mit ihr enden. Lakydes soll nach einer Anekdote von dem exzessiven Skeptizismus der mittleren Akademie durch einen Sklaven befreit worden sein, der seine Speisekammer, die er auf das sorgfältigste verschlossen hatte, auszuplündern gewußt hat. Vgl. Capelle, s.v. Lakydes, in: RE (1924) Sp. 530–534. Mit etwas weniger scharfer Zäsur spricht der gleiche Doxograph von

der Dialektik ist Kleitomachos mit der Tat des Rhetorikschülers Servius Sulpicius, der verwirklichte, was Licinius Crassus plante, unmittelbar verbunden. Denn es ist die die Begriffe klärende Dialektik, die nach Cicero das Kennzeichen der neuen Methode war, die Servius in das Recht hineingetragen hat²⁴.

Ob nun aber der große Redner Licinius Crassus, Konsul von 95, Gründer oder Förderer dieser Schule oder selbst schon ihr Zögling war und ihr die Fähigkeit verdankt, Fragen des geltenden römischen Rechts von einer ganz neuen geistigen Konzeption her zu denken und sogar gegenüber einem Q. Mucius, seinem Mitkonsul von 95, erfolgreich zu vertreten²⁵ – jedenfalls löst sich durch die Existenz einer Rhetorikschule, welche bei aller Betonung der Bedeutung der griechischen Quellen ihrer Kultur Redner für die römische Welt ausbildete, das Problem, wie sich die großen Übereinstimmungen zwischen der Schrift des Auctor und Ciceros *de inventione* erklärt, die in zahlreichen Passagen und insbesondere auch in der Rechtstheorie bis hin zu nahezu identischem Wortlaut reicht. Die gemeinsame Vorlage, die schon oft und mit vollem Recht angesetzt wurde²⁶, entstammt einer Schultradition, in der sich in den Jahrzehnten nach Karneades unter dem Einfluß der von ihm angeregten Schriften des Kleitomachos eine spezifisch philosophische und insbesondere auch an einer neuen Grundlegung des Rechts interessierte Rhetorik-Schule gebildet und die Förderung einflußreicher Personen der römischen Führungsschicht gefunden hatte.

Diese Schule wird sich daher auch schon eine nicht unerhebliche Zeit vor dem Auftreten des Philon von Larissa, des Enkelschülers des Karneades, im Jahre 88 etabliert haben, und vermutlich auch zu einem guten Teil die Voraussetzungen des durchschlagenden Erfolges dieses Aufenthaltes erklären. Seine Vorträge gewannen mit Cicero und Servius Rhetorikschüler, die schon vorher von ihrer Schule und durch das Vorbild des Cicero-Mentors Licinius Crassus mit dem weltoffenen, kritischen und zivilisationsfreundlichen Geist der akademischen Skepsis bekannt gemacht worden waren und keine Schwierigkeit hatten, die nun aus unmittelbar-

einem (I 14): *Lakydes, der die neuere Akademie ins Leben rief; ihm folgte Karneades und diesem Kleitomachos. So bildete denn Kleitomachos den Schluß dieser Reihe* (sc. der von Sokrates ausgehenden ethischen Schulen). Zu der auf Vorstellung von Gegenständen bezogenen Wahrscheinlichkeitslehre des Karneades Zeller, *Die Philosophie der Griechen in ihrem geschichtlichen Zusammenhang* III,1 (51923) 534. Die Rolle des Kleitomachos (S. 541) *ist durch die schriftliche Darstellung der Lehren bekannt, welche Karneades aufgestellt hatte*. Philon übernahm von seinem Lehrer Kleitomachos die Lehren und den erkenntnistheoretischen Standpunkt des Karneades (aaO. 611, 614 Anm. 1).

²⁴ Cicero, *Brutus* 41, 153 *Hic* (sc. *Servius*) *enim adtulit hanc artem omnium artium maximam quasi lucem* ... 42, 153 *Dialecticam mihi videris dicere, inquit (Brutus). Recte, inquam* (sc. *Cicero*), *intellegis*. Cicero, *Part. orator.* 40, 139 f. gibt eine Beschreibung dieser begriffsklärenden Dialektik *e media illa nostra Academia* mit fast übereinstimmenden Worten. Es ist die skeptisch gewordene Dialektik Platons. Von der Schlußlehre der stoischen Aussagenlogik, die gewöhnlich mit dem Namen *dialectica* bezeichnet wird, ist diese Dialektik, die Erkenntnis aus skeptischer Prüfung der Vorstellungen gewinnt, deutlich geschieden.

²⁵ Vgl. zur causa Curiana Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* I (1988) 581, 588 f.

²⁶ Vgl. *Calboli*, 25 ff., treffend 28: *la fonte comune deve essere latina e scritta*.

ster philosophischer Zuständigkeit auf sie eindringenden griechischen Lehren auf römische Verhältnisse zu übertragen.

Cicero und Servius stehen für den kulturellen Erfolg der akademischen Skepsis, der eine in der Redekunst, der andere im Recht. In Ciceros biographisch und wissenschaftsgeschichtlich durchaus sachhaltiger Selbstinszenierung bilden er und Servius ein Paar, in welchem sich das Paar L. Crassus und Q. Mucius, die Konsuln von 95, wiederholt, nur mit dem bedeutenden Unterschied, daß das, was bei jenen noch ein Antagonismus verschiebener kultureller Traditionen war und zu Auseinandersetzungen geführt hatte, im Verhältnis von Cicero und Servius Sulpicius eine arbeitsteilige Gemeinschaft bildete²⁷. Sie stehen beide für das schließlich auf der ganzen Linie erfolgreiche Ziel ein, dem römischen Recht statt der von Karneades erschütterten Grundprinzipien der vorklassischen Jurisprudenz eine neue, menschlich überzeugendere Grundlage zu geben. Wenn in der Person des Licinius Crassus der Rhetor gegen den Juristen und sein Programm gegen eine Jurisprudenz stand, die sich aus der Sicht der neuen Lehre als eine „gähnende und schläfrige Wissenschaft“ ausnahm²⁸, so war Servius Sulpicius der Jurist, der von seinem rhetorischen Pendant vollen Beifall und volle geistige Unterstützung erhielt.

So erklärt es sich auch, daß sich die bedeutendste Skizze der klassischen Rechtstheorie, die den mit Servius beginnenden Ediktcommentaren zugrundeliegt, in Ciceros Schrift *Partitiones oratoriae* 37, 129–131 findet, und zwar mit dem Herkunftsvermerk (vgl. ebenda. 40, 139): *e media nostra Academia*. In ihr finden sich auch die Leitbegriffe unseres näheren Themas, der *mos maiorum* im engeren Sinne und das *ius gentium*. Angesichts der Herkunft der skeptischen Akademie²⁹ – sie ist unter dem Eindruck der immer empirischer werdenden aristotelischen Schule zu der wissenschaftlichen Haltung gekommen, daß es in der Welt und daher auch in der Rechtswelt keine idealen Gewißheiten gibt, wohl aber beschreibbare körperliche Gegenstände, Strukturen und Eigenschaften der Gegenstände, denen die methodische Beobachtung einen hohen (und angesichts der grundsätzlichen Begrenzung menschlichen Wissens für die Ordnung der menschlichen Verhältnisse genügenden) Grad an Wahrscheinlichkeit verleihen kann³⁰ – ist es auch nicht überraschend, daß die Theorie der umfassenden „Gewohnheit des Rechts“ offenbar eine Verallgemeinerung eines Gedankens des Aristoteles darstellt, der für die

²⁷ Vgl. die kunstvolle Vergleichung der beiden Paare bei Cicero, *Brutus* 38, 143–42, 153. Sie mündet darin, daß der Jurist neben Cicero über den Juristen neben Licinius Crassus gestellt wird.

²⁸ *Istam oscitantem et dormitantem sapientiam Scaevolarum*, nennt der Redner Antonius in einem von Cicero komponierten Dialog die alte Jurisprudenz gegenüber Crassus, der das Wort der *oscitans sapientia* lächelnd und mit einem freundlich-nachsichtigen Wort für die Jurisprudenz seines Konsulatskollegen von 95 v. Chr. aufgreift; Cicero, *de oratore* I 33, 144 f.

²⁹ Grundlegend zu diesen Zusammenhängen A. Weische, *Cicero und die neue Akademie*, Untersuchung zur Entstehung und Geschichte des antiken Skeptizismus (1975) 28 ff.

³⁰ Zu den drei Erkenntnisstufen „wahrscheinlich“, „unwidersprochen“, „allseitig geprüft“, die nach skeptischer Auffassung eine wissenschaftliche Weltorientierung ermöglichen, Zeller, *Die Philosophie der Griechen* III, 1 (1923) 534 und Zeller, *Nestle*, *Grundriß der Geschichte der griechischen Philosophie* (1920) 296.

Gesetze bemerkt hat, daß sie wirkliche, in der Realität beobachtbare Geltung erst durch die Gewohnheit erlangen³¹.

Von dem Standpunkt des Gewohnheitsrechts ist es nun das erste Mal möglich, die klassische Rechtslehre in zusammenhängender Weise aus ihren spätrepublikanischen Quellen zu entwickeln und die von ihr gemeinte rechtliche Zivilisation des Menschen nach ihrem Gründungsmythos und ihren Grundelementen darzustellen, den empirisch gegebenen Körpern, ihren Eigenschaften und den zwischen ihnen möglichen, rechtserheblichen Strukturen und unter den Körpern insbesondere das Lebewesen Mensch mit seinen ihn zum Recht befähigenden Eigenschaften.

3. *Aequitas als Ausdruck des klassischen Gleichheitssatzes*

Der Jurist, der diese Leistung vor allem verwirklicht hat, war Servius Sulpicius Rufus. Cicero, der mit ihm stets freundschaftlich verbunden blieb und öfter von ihm sprach, bringt seine Leistung auf eine klare Formel. Er habe als erster begriffliche Methode in das Recht gebracht, und es so durch die Technik der fortschreitenden Begriffsunterscheidung und Begriffsklärung erreicht, daß Rechtsanwendung Regelanwendung wurde. An die Stelle der Argumentationen der vorklassischen Juristen, deren materiale Prinzipien scharfe kategoriale Unterscheidungen nicht kennen und daher von Cicero *confuse* „überall hin durchströmend, überall geltend“ genannt werden³², tritt mit Servius Sulpicius ein Recht, das nach der „all or nothing fashion“ angewendet werden kann: Entweder gibt es eine Rechtsregel oder es gibt keine. Und entweder paßt der konkrete Fall unter die Rechtsregel oder nicht³³.

³¹ Vgl. *Aristoteles*, *Politeia* 1269a 22: ὁ γὰρ νόμος ἰσχύει οὐδεμίαν ἔχει πρὸς τὸ πείθεσθαι πλὴν παρὰ τὸ ἔθος, τοῦτο δ' οὐ γίνεται εἰ μὴ διὰ χρόνου πλῆθος (*legis enim vis nulla est ad persuadendos animos sine consuetudine; sed ea [firma opinio ex persuasione] nisi longo tempore peracto non nascitur*). (*Denn das Gesetz hat ohne gewohnheitsmäßige Befolgung keine Überzeugungskraft; zu ihr kommt es aber nicht ohne lange Übung*).

³² Vgl. die Stelle *Cicero*, *Brutus* 40, 152 (Text in der folgenden Anmerkung) und als älteren Beleg für den Gegensatz von „wohlgeordneten und bestimmten Vorschriften“ und „allgemein geltenden, überall einfließenden Prinzipien“ *Cicero*, *de inventione* I 24,34: *huius partis (sc. confirmationis) certa sunt praecepta, quae in singula causarum genera dividuntur. verumtamen non incommodum videtur quandam silvam atque materiam universam ante permixte et confuse (!) exponere omnium argumentationum, post autem tradere, quemadmodum unum quodque causae genus hinc omnibus argumentandi rationibus tractis confirmari oporteat. (Für den Redeabschnitt der „abschließenden Bekräftigung“ gibt es festbestimmte Vorschriften, welche nach den verschiedenen Arten der Reden unterschieden werden. Es ist jedoch ersichtlich nicht unpraktisch, einen gewissen Stoff und allgemeinen Inhalt vorweg vermischt und verfließend (!) für alle Argumentationen darzustellen, und danach, nachdem von dort alle Argumentationsprinzipien bezogen worden sind, mitzuteilen, wie bei einer jeden Redeart abschließend bekräftigt wird.)* Es handelt sich um „vor die Klammer gezogene“, für den Gegenstand insgesamt geltende Prinzipien.

³³ *Cicero*, *Brutus* 40, 151 (über Servius' späte Entscheidung zur Jurisprudenz): ... *videtur mihi [sc. ipsi Ciceroni] in secunda arte [sc. in iurisprudencia] primus esse maluisse quam in prima [sc. rhetorica] secundus. Atque haud scio an par principibus [sc. rhetoricae] esse potuis-*

Der Leitbegriff dieses neuen Rechtsdenkens war die *aequitas*, die Gleichheit der Regel³⁴. Die Rechtsordnung ist für dieses Denken eine von der Gleichheit der Regel getragene Verfassung³⁵. Die *aequitas* gewährleistet die Gleichheit der Menschen vor dem Recht und gewährleistet damit zugleich, da die Regeln kraft ihrer formalen Geltungsweise die natürlichen Ungleichheiten der Menschen nicht antasten, deren Freiheit³⁶. Daher rühmt Cicero an Servius insbesondere die *aequitas*, das Engagement für ein vom Gleichheitssatz getragenes Recht. Dadurch sei Servius zu einem alle seine Vorgänger weit übertreffenden Juristen geworden³⁷.

set; sed fortasse maluit, id quod est adeptus, longe omnium non eiusdem modo aetatis, sed eorum etiam, qui fuissent, in iure civili esse princeps. 152. Hic Brutus: Ain tu? inquit. Etiamne, Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? Sic enim, inquam, Brute, existumo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partem, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia. Hic enim adtulit hanc artem omnium artium maxumam quasi lucem ad ea, quae confuse (!) ab aliis aut respondebantur aut agebantur. Dialecticam mihi videris dicere, inquit. Recte, inquam, intellegis. Die hier genannte Dialektik ist die skeptische, d. h. anthropologisch-empirisch beobachtend gewordene Dialektik Platons (vgl. oben Anm. 23). Sie ist das Schulkennzeichen der akademischen Skepsis, der Lehrmeisterin der philosophischen Rhetorik, bei der die Freunde Cicero und Servius gemeinsam gelernt haben. Vgl. Cicero, Brutus 41, 151 und 89, 306 sowie Ciceros Partitiones Oratoriae, wo Cicero die dort (nicht nur auf die Redekunst, sondern auch auf die Jurisprudenz [37, 129 ff.]) angewendete Methode noch einmal beschreibt und von ihr sagt (40, 139): quae quidem e media illa nostra Academia effloruerunt, neque sine ea aut inveniri aut intellegi aut tractari possunt.

³⁴ Cicero, Topica 4, 23: *Valeat aequitas quae paribus in causis paria iura desiderat.* Die Festlegung der *aequitas* auf den Gedanken der Gleichheit vor dem Recht (vgl. auch die folgende Anm.) ist eine der zahllosen Begriffsprägungen, mit denen die klassische Rechtslehre sich gegenüber ihrer Vorgängerin durchgesetzt hat.

³⁵ Cicero, Topica 2, 8: *Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas.* Die klassischen Konzepte des *ius gentium* und der *naturalis aequitas*, die das klassische Recht zu einem *ius humanum* macht, erweitern dieses Verfassungsideal auf alle freien Menschen des Territoriums.

³⁶ Cicero, de re publica I 32, 49: *cum lex sit civilis societatis vinculum, ius autem legis aequale, quo iure societas civium teneri potest, cum par non sit condicio civium? si enim pecunias aequari non placet, si ingenia omnium paria esse non possunt, iura certe paria debent esse eorum inter se qui sunt cives in eadem re publica. quid est enim civitas nisi iuris societas civium? I 34, 53 aequabilitas ... iuris, quam amplexantur liberi populi ...* Das Ergebnis des *aequari* ist das *par* oder die *aequitas*, die Gleichheit vor dem Recht. Das rhetorische Rechtssystem hat das *par* in den älteren Entwürfen an Stelle der *aequitas* verwendet. Vgl. u. S. 62.

³⁷ So in der Senatsrede aus dem Jahre 43 v. Chr., in der Cicero mit Erfolg ein Denkmal für den in einer politischen Mission umgekommenen Freund beantragt (Philippica 9,5,10) *nec vero silebitur admirabilis quaedam et incredibilis ac paene divina eius in legibus interpretandis, aequitate explicanda scientia. omnes ex omni aetate qui in civitate intellegentiam iuris habuerunt, si unum in locum conferantur, cum Ser. Sulpicio non sint comparandi. nec enim ille magis iuris consultus quam iustitiae fuit. 11 ita ea quae proficiscebantur a legibus et ab iure civili semper ad facilitatem aequitatem referebat. neque instituere litium actiones malebat quam controversias tollere.* In der Sache sagt Cicero dasselbe, wie in der Stelle Brutus 41, 151 (oben Anm. 24 und 33). Es ist das Bestreben, das Recht auf klare Regeln zu bringen, die die Kon-

Das wissenschaftliche Zentrum des neuen Systems war für Servius das Edikt³⁸. Von ihm aus gewann er den systematischen Zugriff auf das Ganze der Rechtsordnung, da vom Edikt aus die Rechtsprechung alles lückenlos zu beherrschen vermog.

Die Gerichtsbarkeit des Edikts hat zwei Seiten. Die eine ist rechtlich-formal, die andere gegenüber der empirischen Welt und den in ihr anerkannten menschlichen Verhaltenswerten offen. Als *iuris dictio* gewährleistete die Gerichtsbarkeit die Regeln des *ius*, als magistratische Befehlszuständigkeit ergänzte, unterstützte und korrigierte sie das *ius* mit den Mitteln des Verhaltenswerte verwirklichenden *imperium*. Dieser Gegensatz, in dem der Prätor das Regelwerk des *ius* ergänzt und korrigiert, ist ein Hauptkennzeichen des neuen Systems. Das Ergebnis ist ein regelleiteter Rechtszustand (*aequitas*), der in der Terminologie des Edikts nach der Seite der Werte, die das *imperium* leiten, *naturalis aequitas* genannt wird (Inbegriff der natürlichen Verhaltensregeln, die unmittelbar aus den die Zivilisationsfähigkeit des Menschen ausmachenden und in ihm keimhaft vorfindlichen sozialen Werthaltungen abgeleitet sind), nach der Seite des *ius*, das in Regeln des *ius gentium*, des *mos maiorum* und der positiven Gesetze ausgeprägt ist, den Namen *civilis aequitas* trägt (Inbegriff der formalen bürgerlichen Rechtsnormen)³⁹.

Diese für das Edikt grundlegende Unterscheidung und Verknüpfung von „natürlichen“ menschlichen Verhaltenswerten und „bürgerlichen“ (besser: stadtbürgerlichen oder „zivilisierten“) Rechtsformen, die zusammen den Rechtszustand bilden, wird auch in dem Gegensatz *natura - institutio (instituta)* ausgedrückt⁴⁰,

troversen über Rechtsfragen beseitigen, die die „weithin strömenden“ Prinzipien der älteren Methode ihrer Natur nach so sehr begünstigt hatten.

³⁸ Das Grundbuch der klassischen Rechtswissenschaft ist daher der Ediktcommentar, eine Literaturgattung, die mit einem Brutus gewidmeten Werk des Servius beginnt (Pomponius lb sg enchiridii D 1,2,2,44) und eine große Tradition eröffnet. Cicero ist sich als Freund des Servius über die Bedeutung des Neuansatzes klar und schreibt in seiner Staatsschrift über die Gesetze, in welcher er eine überpositive Grundlegung des Rechts versucht, mit Blick auf die beiden praktischen Jurisprudenzen, zunächst auf die Servius-Schule (auf Servius wird ausdrücklich hingewiesen), dann auf die vorklassische Jurisprudenz, die von ihr abgelöst worden war (de legibus I 5,17): *ATTICUS Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc (!), neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas? MARCUS Non enim id quaerimus hoc sermone Pomponi, quem ad modum caveamus in iure, aut quid de quaque consultatione respondeamus. Sit ista res maga sicut est, quae quondam a multis claris viris, nunc ab uno summa auctoritate et scientia sustinetur (sc. a Servio Sulpicio), sed nobis ita complectenda in hac disputatione tota causa est unversi iuris ac legum, ut hoc civile quod dicimus in parvum quendam et angustum locum concludatur.*

³⁹ Der älteste Nachweis in den Digesten geht auf den Sohn des Servius-Schülers Antistius Labeo (Pomponius lb sg enchiridii D 1,2,2,44) zurück und gehört zu einem Edikt, das methodisch auf Servius zurückgeht. Denn es schließt mit den Regeln der *naturalis aequitas* im Deliktsrecht Lücken der *civilis aequitas*, die auf den Formalismus der neuen Jurisprudenz zurückgehen. Vgl. *Ulpian*, 38 ad edictum D 47,4,1,1. Zugrundegelegt ist damit der gleich im Text nachgewiesene Gegensatz zwischen positiver Regel (*lex, institutio*) und natürlicher, einer natürlichen Rechtsethik abgewonnenen Regel (*natura*).

⁴⁰ *Cicero*, *Topica* 23, 90. Die Gesichtspunkte des regelhaften Rechts (*loci aequitatis*) sind nach der Stelle geschieden in eine auf Selbstbehauptung und „Vergeltung“ angelegte, regel-

ferner in der von Cicero bewahrten *ratio iuris* in einer der Ediktssprache ganz nahestehenden Weise dadurch, daß die mit dem *ius humanum* gleichgesetzte *aequitas* in eine Seite der *lex* (Norm) und eine Seite der *natura* unterschieden wird⁴¹.

Das *ius humanum* der auf diese Weise gegliederten *aequitas* steht damit zugleich ganz auf eigenen Füßen. Es beruht auf der beobachteten Natur und der Formulierung von rechtlichen Regeln, die wiederum teils allgemein einsichtiger Vernunft folgen, teils Besonderheiten aufweisen. Das *ius divinum*, die *religio*, ist dagegen in der klassischen Rechtsquellenlehre dem *ius humanum* gegenübergestellt. Es ist zwar Teil der *ratio iuris*, aber nicht mit dem menschlichen Recht in Beziehung gesetzt. Aber da nach skeptischer Ansicht der Mensch die Götter zwar verehren soll, sie aber nicht kennen kann, sind die rechtlichen Regeln der *religio*, wie wir noch sehen werden, ganz dem *mos maiorum* überlassen. Wahrheiten, die auf das *ius humanum* ausstrahlen könnten, lassen sich – dies die gleich noch näher zu betrachtende skeptische Ansicht – weder aus dem menschlichen Gefühl ableiten, daß er die Götter ehren soll, noch aus den verschiedenen Formen, die er gefunden hat, um diesem Bedürfnis nachzukommen.

4. Das Vertragsrecht als Paradigma

Das Vertragsrecht, dessen kurze Betrachtung erforderlich ist, weil wir es als Paradigma benötigen, gibt ein gutes Beispiel für die systematische Kraft der Entgegensetzung der beiden Ausprägungen der regelbildenden *aequitas*. Indem er dem natürlichen menschlichen Verhaltenswert der Vertragstreue, der in der *naturalis aequitas* enthaltenen *fides humana* folgt, schafft der Prätor Regeln, die auch Zusagen schützen, die nicht vom *ius* anerkannt sind, z. B. das *constitutum*⁴². Die zu diesem Zweck verwendeten Formeln sind, da sie auf natürlich-tatsächliche, lediglich vom Magistrat beurteilte Verhältnisse bezogen sind, formeltechnisch *in factum* konzipiert, nicht *in ius*. Die Formen der *civilis aequitas*, die bürgerlichen Normen, stellen demgegenüber vertragliche Regelungsfiguren bereit, welche die *fides* durch die Formen des *ius* sichern und folgerichtig mit *in ius* konzipierten Formeln aus-

gebende Natur und eine positive *institutio*, die das geschriebene Gesetz und zwei ungeschriebene Rechtsquellen unterscheidet, nämlich das universale Recht, über das alle Menschen übereinkommen (*conveniens*) und das partikuläre Gewohnheitsrecht. Vgl. die folgende Anmerkung.

⁴¹ Cicero, *Partitiones oratoriae* 37, 129ff. Die dort als *ius humanum* gekennzeichnete regelgebende *aequitas* ist gegliedert in Natur, die auf Selbstbehauptung und „Vergeltung“ gerichtet ist (die Vergeltung vergilt im Austausch Wohltaten, in der Strafe Unrecht), und Norm (*lex*), die in das geschriebene Recht der staatsrechtlichen Rechtsquellen und die beiden ungeschriebenen Rechtsquellen, das überall anerkannte *ius gentium* und das partikuläre *mos maiorum*, zerfällt.

⁴² *Ulpian* 27 ad edictum D 13,5,1 pr *Hoc edicto praetor favet naturali aequitati ... quoniam grave est fidem fallere*. Die vom prätorischen Edikt geschützte Vertragstreue ist die *fides humana*, der Basiswert der klassischen Vertragslehre. *Ulpian* 4 ad edictum D 2,14,1,1 *Huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?*

gestattet sind. Sie gelten entweder wie das *mutuum*, das Realdarlehen, der Geldkauf oder die gewöhnliche Stipulation kraft der inneren Wahrheit ihrer Regelung und gehören dann dem *ius gentium* an⁴³. Oder sie bilden Besonderheiten des *mos maiorum* wie die *sponsio*, deren Worte aus altertümlichen, letztlich religiösen Gründen nur von Römern gesprochen werden konnten⁴⁴.

Im übrigen ist die Stipulation, wie bemerkt, als wortförmliche Verständigung über ein Versprechen ein Vertrag des *ius gentium* und erzeugt eine Obligation nach *civilis aequitas* schon aufgrund der Wechselrede des *promittisne? – promitto*⁴⁵.

Der darin begründete Formalismus erzeugt einen lehrreichen Konflikt zwischen den natürlicherweise richtigen Regeln und den im „bürgerlichen“ Rechtszustand richtigen Regeln. Wird sie als Darlehensvertrag verwendet, bindet die formale rechtsgültige Stipulation nach *civilis aequitas* ohne weiteres, nach *naturalis aequitas* erst, wenn das Darlehen durch Auszahlung des Geldes valuiert ist⁴⁶. Die Lösung des Konflikts ist Sache des Prätors, der im klassischen System als Gerichtsherr die Werte der *naturalis aequitas* zu gewährleisten hat. Der Valutierungsmangel entkräftet die Darlehensstipulation daher systemgerecht nicht ipso

⁴³ Klassisch gesprochen ist es z. B. evident richtig im Sinne eines Höchstmaßes an bewährter Wahrscheinlichkeit, daß ein *mutuum* eine Gattungsschuld auf Rückgabe erzeugt und der Konsens über den Austausch von Ware und Geld einen beiderseits verpflichtenden Kaufvertrag. Der Sitz dieser klassischen Theorie ist einerseits allgemein das Edikt *de pactis* (Ulpian 4 ad edictum D 2,14,1), andererseits konkret das Edikt an den Stellen, wo die entsprechenden Aktionen proponiert sind, einerseits das Edikt *de rebus creditis* (Ulpian 26 ad edictum D 12,1,1; Paulus 28 ad edictum D 12,1,2), andererseits die Ediktsrubrik *de actionibus empti venditi* (Paulus 33 ad edictum D 18,1,1; Lenel, Palingenesia I Sp. 1034).

⁴⁴ Gaius III 93 *haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt; itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos valent*. Das positive Völkerrecht erlaubte nach klassischer Auffassung die Herstellung einer *sponsus* (oder: *sponsionis*) *communio* mit Fremden. Vgl. Gaius III 178.

⁴⁵ Gaius III 93 *ceterae* (d. h. die Stipulationsformen neben der *sponsio*) *vero iuris gentium sunt*.

⁴⁶ Dem entspricht die Lehre, die in der Auszahlung des Darlehens und der nachfolgenden Stipulation und ebenso im Fall der umgekehrten Reihenfolge nur einen einzigen Vertrag sieht. Ulpian 46 ad Sabinum D 46,2,6,1 *Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. idem erit dicendum et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit*. Pomponius 24 ad Sabinum D 46,2,7 *Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intellegenda est fieri*. Nur die valuierte Darlehensstipulation stellte eine *pecunia credita* im Sinne der *actio certae creditae pecuniae* des Edikts *de rebus creditis* dar. Daher konnte, wer eine Darlehensrückzahlung versprochen hatte, aber die Darlehenssumme noch nicht angenommen hatte, durch Verweigerung der Annahme seine effektive Verpflichtung verhindern. Vgl. Paulus 5 ad Plautium D 12,1,30. Ihn schützte die Regelebene der *naturalis aequitas*. Vgl. die folgende Anm. – Die von Pomponius abgelehnte Ansicht gehört dagegen zum vorklassisch-altsabinianischen Rechtsquellensystem, das nur zwei Grundelemente unterschied, das fremdnützige Naturrecht, dem das *mutuum* angehörte, und das eigennützige und strikte bürgerliche Recht.

iure, sondern kraft Einschreitens des für die *naturalis aequitas* verantwortlichen Prätors. Der Prätor gewährt gegenüber einer solchen Darlehensstipulation, die nach *ius gentium* gilt, die aber aus dem Gesichtspunkt der natürlichen Darlehensregeln mangels Valutierung unvollständig ist, zwar der *civilis aequitas* folgend eine *actio certae creditae pecuniae*, erteilt aber zugleich einen auf die unmittelbare Bewertung der vorgetragenen Fakten gegründeten Behelf, nämlich eine *in factum* konzipierte Arglisteinrede. Er erteilt gegen die *actio* eine *exceptio doli*, weil es nach *naturalis aequitas* einen *dolus praesens* darstellt, unter Ausnutzung der Form der *actio certae creditae pecuniae* entgegen der *aequitas naturalis* einen Vorteil zu suchen. Nach den Maßstäben der *naturalis aequitas* täuscht der Kläger nämlich mit der Rechtsform, wenn er den Anschein zu erwecken versucht, als liege eine auch nach *naturalis aequitas* zu einer *actio certae creditae pecuniae* berechtigende Darlehensstipulation vor⁴⁷. Die Einrede ermächtigt den Richter, die Frage der Valutierung zu prüfen, die sonst im Interesse schleuniger Rechtsdurchsetzung nicht geprüft zu werden brauchte. Dieses geistvolle Zusammenspiel zwischen formalen Regeln, die aus guten Gründen den Vorrang haben, und Regeln, die in tatbestandlicher Weise auf bewertetem Tatsachenvortrag beruhen und im konkreten Fall die formalen Regeln kontrollieren, ist ein typisches Beispiel der Unterscheidungskunst der von Servius begründeten klassischen Jurisprudenz. Bezogen auf die Denktradition der griechisch-hellenistischen Rechtstheorie handelt es sich um eine bedeutende Verfeinerung der uns zuerst in der Nikomachischen Ethik des Aristoteles begegnenden und schon damals für legitim und notwendig erklärten Gegensätzlichkeit zwischen allgemeiner Regel und konkreter Gerechtigkeit⁴⁸. Der Fortschritt des klassischen römischen Rechts lag vor allem darin, daß es auch auf der korrigierenden Seite (anstelle pauschaler Verweisung auf die Billigkeitsansprüche des Einzelfalls) zur Ausbildung differenzierter Regeln kam.

Die hier in ersten Umrissen sichtbar gewordene Vertragslehre ist im Rahmen der Rechtslehre der philosophischen Rhetorik formuliert worden und von daher in der klassischen Jurisprudenz zur Herrschaft gekommen. Alle Grundbegriffe, die beiden Formen der *aequitas*, der Wert der *fides humana*, die Unterscheidung

⁴⁷ Es ist der *dolus* in seinem klassischen Sinn des *malitia aliud agere aliud simulare* (aus Bosheit, etwas anderes vortäuschen als tun). Vgl. Cicero de inventione II 20, 61; de officiis III 14, 60; Paulus 71 ad edictum D 44,4,1,1 *Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit*. Mit klassischer Klarheit erläutert die Konstellation der nicht valuierten Darlehensstipulation Gaius IV 116 *Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari. velut <si> stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus nec numeraverim: nam eam pecuniam a te peti posse certum est. dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere*. – Der Kläger, der etwa als Erbe des Gläubigers gutgläubig sein kann, wird spätestens durch das für ihn ungünstige Ergebnis der Beweiserhebung im Rechtssinne *dolos*. Daher konnte eine solche *exceptio doli* notfalls auch nach Rechtshängigkeit beantragt werden. Vgl. Gaius IV 125.

⁴⁸ Vgl. dazu meinen Beitrag „Die rechtsethischen Grundlagen des Privatrechts“, in: Bydlin-ski, Mayer-Maly (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts (1994) 1–33 (7ff.).

zwischen *ius gentium* und *ius proprium*, ferner die Begriffe *pactum conventum* und *conventio*, die, wie auch noch deutlich werden wird, zugleich Grundbegriffe für den Zusammentritt des Menschen zum friedlichen Rechtszustand sind, gehen auf diesen Ursprung zurück.

5. *Consuetudo und aequitas*

Die umfassende *consuetudo* bezieht sich, wie sich von selbst versteht, auf beide Elemente der *aequitas*. Der Mensch und Bürger erlebt die Regeln des Rechts in ihrer gesamten, von der Gerichtsbarkeit gewährleisteten Wirkung, also ebenso von der Seite der *naturalis aequitas* wie von der Seite der *civilis aequitas*. Beide Inbegriffe regelbildenden Rechtes⁴⁹ garantiert die Gerichtsmagistratur. Für beide Seiten sind im Edikt Rechtsbehelfe proponiert. Erst ihr Zusammenspiel begründet die Rechtsordnung. Daher wird der gesamte Inhalt des Edikts als Gegenstand der *consuetudo* aufgefaßt (vgl. u. S. 60).

In der zentralen Rechtsquellenlehre, der *ratio iuris* des klassischen Rechts, in welcher das *ius humanum* als *aequitas*, dem Edikt entsprechend, in eine Normseite und eine Naturseite zerfällt, sagt Cicero, daß es uns gewissermaßen von der Natur vorgeschrieben sei, unsere Gewohnheiten und Normen zu achten und zu gewährleisten (*ut nostros mores legesque*⁵⁰ *tueamur, quasi naturali iure praescriptum est*). Diese nach der Beobachtung dieser Rechtstheorie in der menschlichen Natur angelegte Tendenz, das jeweils geltende Recht zu beachten (auf ihr beruht, wie man sogleich erkennt, letztlich die *consuetudo* des Rechts im allgemeinen Sinne), umfaßt nicht nur die *propria legis*, die der Normseite eigentümlichen Tatbestände, die sich nach der zitierten Skizze einerseits in den staatsrechtlichen, vom Schriftprinzip geprägten Normen finden, insbesondere in den *leges publicae* (neben Senatsbeschluß und *foedus*), andererseits im *ius gentium* und dem *mos maiorum* als den beiden Fällen des ungeschriebenen Rechts, sondern auch die Regeln auf der Naturseite des Rechts, wo, wie Cicero sagt, die Geltung der Regeln in offener Weise *ratione aequi et boni*⁵¹ begründet wird und folgerichtig gleichsam

⁴⁹ Nach klassischer Auffassung sind die der *naturalis aequitas* folgenden und daher *in factum* (und nicht *in ius*) konzipierten Behelfe des Prätors kein „Recht“; sie sind kein „*ius*“. Aber es wäre ebenso pedantisch wie unfruchtbar, den Versuch zu machen, nun eine entsprechende deutsche Terminologie einzuführen. Denn funktionell sind die nur vom Prätor gewährleisteten Regeln des klassischen Systems natürliches Recht. Ohne sie wäre die Rechtsordnung unvollständig.

⁵⁰ Das Wort *lex* ist hier wie in dem von Cicero im gleichen Text mitgeteilten Gegensatz von *natura* und *propria legis* (Unterarten der Normen) als Norm zu verstehen, und zwar als die allgemeinen Normen im Unterschied zu den *mores* als den partikularen Normen.

⁵¹ Cicero unterscheidet in der klassischen *ratio iuris* innerhalb der Regelgerechtigkeit des *ius humanum* die gewährleistende von der – in einem doppelten Sinne – „vergeltenden“ *aequitas* (Part. orat. 37, 130 *aequitatis autem vis est duplex: cuius altera directa veri et iusti et, ut dicitur, aequi et boni ratione defenditur; altera ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet; quod in beneficio gratia, in iniuria poenitio nominatur*) und stellt die erste, die gewährleistende Regelgerechtigkeit von der sie inhaltlich rechtfertigenden Naturseite her unter die *ratio boni et aequi*. Beispiele, in denen im Rahmen des Edikts im Bereich der gewährleistenden

Quellen der Regelbildung offenstehen (*sunt aperti quasi fontes*⁵² *quidem aequitatis*)⁵³.

Die *aequitas* bezeichnet hier, wo sie als offene Rechtsquelle des natürlichen Regelrechts erscheint, die menschlichen keimhaften Naturanlagen zum Recht, die, um uns wieder auf unser Beispiel zu beschränken, die Vertragsgeltung auf die *fides humana* zurückzuführen erlaubt. Sie ist daher identisch mit der den Prätor zur Regelbildung ermächtigenden *naturalis aequitas* des klassischen Ediktcommentars. Fragt man im Vergleich damit auf der Seite der *aequitas civilis* nach den Regelbildungen, die der menschlichen Anlage zum Recht am meisten entsprechen, dann gelangt man zu den Rechtsfiguren des *ius gentium*. Zwar umfaßt das Wort *aequitas* auf der Normseite der *ratio iuris* auch die partikulären Regelbildungen der *lex publica* und des *mos maiorum*⁵⁴. Aber sobald man diese partikulären Rechtsquellen neben der *aequitas* nennt, bleibt für diese nur noch das *ius gentium*. In der Tat hat Cicero in der folgenden Stelle von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

Cicero, Topica 7, 31

Formae sunt [igitur] eae in quas genus sine ullius praetermissione dividitur; ut si quis ius in legem, morem, aequitatem dividat. (*Artbegriffe sind solche, in die ein Gattungsbegriff, ohne irgendetwas auszulassen, geteilt wird, so wenn jemand das Recht in Gesetz, Gewohnheitsrecht und Recht der für alle gleichen Regel einteilt.*)

Das Wort *aequitas* bezeichnet hier das, was auf der Normseite übrigbleibt, wenn man *lex* und *mos* wegnimmt, also das *ius gentium*. Es kann den Namen tragen, weil seine Rechtsfiguren das Ideal der Gleichheit vor den Regeln des Rechts in besonderer Reinheit darstellen. Sie beanspruchen ihrer Angemessenheit wegen Geltung für alle Menschen und nicht wie die Regeln der Gesetze und des *mos maiorum* zunächst einmal nur für die Bürger⁵⁵. Dieser auf alle Menschen bezo-

den Gerechtigkeit Klagbehelfe des *aequum et bonum* neben solche des formalen Rechts treten, liefern etwa die *actio Publiciana*, die neben die klassische *vindicatio* der *formula petitoria* tritt oder die *actio de constituto*, welche die klassische *actio certae creditiae pecuniae* ergänzt. Vgl. zum Gegensatz von Form und Bewertung nach dem *bonum et aequum* auch eine vorausgehende Bemerkung Ciceros, Part. orat. 30, 100: *Nam omnia quae de iure civili aut de aequo et bono disceptantur cadunt in eam formam causarum, in quale quid sit ambigitur, de qua dicturi sumus, quae in aequitate et in iure maxime consistit.*

⁵² Es sind „Quasi-Quellen“. Der akademische Skeptiker kann nicht von wahren „Quellen“ sprechen, wie Mucius, dessen von Servius in einer eigenen Schrift kritisierten „Capita“ (vgl. oben Anm. 11) Quellprinzipien sind (*caput* bezeichnet in diesem Zusammenhang das Prinzip im Bild der Quelle eines Stroms), von denen Wirkungen auf die Verhältnisse „einströmten“. Vgl. das *manere* der *bona fides* des Q. Mucius, das einen „Einfluß“ auf die Verhältnisse der *societate vitae* meint, Cicero, de officiis III 17, 69.

⁵³ Besonders dieser offenen Bereiche wegen muß sich der Gerichtsredner gründlich vorbereiten. Vgl. Cicero, Part. Orat 37, 131.

⁵⁴ Ein Beispiel stellt Cicero, Topica 2, 9: *Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas.* (*Das bürgerliche Recht ist das verfaßte Recht für die, die derselben Bürgerschaft angehören zur Sicherung ihrer Rechte.*)

⁵⁵ Dies gilt nicht nur für das *mos maiorum*, sondern auch für die Gesetze. Daher sagt Ulpian I inst D I,1,6,1, daß das *ius nostrum*, also das partikuläre Recht der Römer, in nichtschrift-

gene Allgemeingültigkeitsanspruch ist der natürlichen Regelgerechtigkeit der *naturalis aequitas* von Hause aus eigen; die institutionelle *aequitas civilis* erhebt ihn nur, soweit sie mit dem *ius gentium* übereinstimmt.

6. Das klassische *ius humanum* als *ius commune* (naturalistisches *ius naturale* verbunden mit zivilisatorischem *ius gentium*)

Die Tatsache, daß die in der späten Republik aus der philosophischen Rhetorik in die Jurisprudenz eindringenden Lehren im Prinzipat fortwirken, manifestiert sich in besonders grundsätzlicher Weise in der festgehaltenen naturalistischen Grundlage des Rechts.

Die Menschen schaffen sich ihr Recht als Naturwesen und hören auch im Rechtszustand nicht auf, Naturwesen zu sein. Aus der Verbindung der universal gültigen Regeln der Zivilisation und der soziobiologischen Gebote der Natur entsteht der überaus kennzeichnende Begriff des *ius commune*.

Um den bei Ulpian und in der Rechtstheorie der klassischen Rhetorik nachgewiesenen Begriff richtig zu verstehen, bedarf es vorbereitend eines vergleichenden Blicks, der die Rechtsquellenlehre Ulpians und der von Cicero bewahrten skeptischen *ratio iuris* nach Übereinstimmungen und Unterschieden befragt. Es ergibt sich Folgendes. Bei Cicero sind die *propria legis*, die Besonderheiten der Normen, nach dem Gegensatz „geschriebenes Recht – ungeschriebenes Recht“ eingeteilt und das *ius gentium* gemeinsam mit dem *mos maiorum* als *ius non scriptum* der *lex publica* nebst *senatus consultum* und *foedus* als dem *ius scriptum* gegenübergestellt. In den Institutionen Ulpians finden wir den gleichen Gegensatz zwischen *ius scriptum* – *non scriptum* unter nachdrücklicher Betonung des (natürlich auch Cicero gegenwärtigen) griechischen Ursprungs dieses Gegensatzes⁵⁶ und unmittelbar zuvor auch den Gegensatz zwischen *ius gentium*, dem Recht aller Menschen, und dem *proprium ius*, dem besonderen Recht des jeweiligen Gemeinwesens, dessen Hauptfall neben der *lex publica* der *mos maiorum* ist. Die erhaltenen Ulpianfragmente stimmen in ihrer Aussage mit derjenigen der *ratio iuris* bei Cicero im wesentlichen überein. Es gibt nach beiden Quellen Regelungen des *ius civile* im engeren Sinne, die dem *ius gentium* gegenüberstehen und, soweit sie schriftlich sind, den staatsrechtlichen Gesetzgebungsformen und den völkerrechtlichen Verträgen⁵⁷ zugehören, soweit sie nicht schriftlich sind, in die Kategorie des

liches (*mos maiorum*) und schriftliches (*lex publica*) Recht zerfalle. Die formale Beschränkung der Gesetze auf die Bürger geht im klassischen Recht sehr weit. Selbst die Klagen, wie die wegen Diebstahls, die von den Zwölf Tafeln, und die wegen Sachbeschädigung, die von der *lex Aquilia* geregelt sind, müssen im klassischen System durch eine *fictio civitatis*, durch die Fiktion einer Zugehörigkeit zum römischen Bürgerverband auf den Fremden erstreckt werden. Vgl. *Gaius* IV 37.

⁵⁶ *Ulpian* I inst D 1,1,6,1 *ut apud Graecos* mit Wiedergabe des Gegensatzes auf griechisch; Cicero sagt, wie wir uns erinnern, am Anfang der *Partitones oratoriae* (I, 1) zu seinem Sohn, daß er mit ihm auf lateinisch repetieren wolle, was dieser auf griechisch gelernt hatte.

⁵⁷ Diese haben, soweit sie reichen, zwischen Römern und Peregrinen die im Zusammenhang mit der Stipulation erwähnte *sponsus communio* geschaffen. Vgl. oben Anm. 44.

mos maiorum fallen. Der sich daraus ergebende, aus Gesetzes- und Gewohnheitsrecht zusammengesetzte, auch sonst vielgenannte Begriff eines *ius civile* im engeren Sinne (*proprium ius, ius nostrum*), das unter den Leitbegriffen *lex* und *mos* die Besonderheiten eines Gemeinwesens erfaßt, ist in der *ratio iuris* zwar nicht ausdrücklich aufgeführt, wohl aber nach seinen beiden Elementen enthalten, und wird von Cicero in den *Partitiones oratoriae* in unmittelbarer Nachbarschaft zur *ratio iuris* auch als ein praktisch anerkannter Begriff verwendet⁵⁸. Das ihm entgegengesetzte *ius gentium* ist, wie der von Justinian im übrigen zur Kurzredigkeit verurteilte Ulpian⁵⁹ in der gleich folgenden Stelle wörtlich ausspricht, das Recht, das bei allen Völkern in Geltung steht, während sich die gleiche Aussage in der *ratio iuris* mit nicht geringerer Deutlichkeit aus dem System ergibt. Um etwas anderes als um eine normative Systemaussage handelt es sich ja auch nicht: Denn in Wahrheit gilt das klassische *ius gentium* nicht bei allen Völkern, sondern nur bei denen, die sich wie die Römer schließlich von der Richtigkeit dieses Systems haben überzeugen lassen.

Bei Ulpian kommt aus der Welt der Natur etwas hinzu, was in der *ratio iuris* bei Cicero, die sich ausdrücklich auf das *ius humanum* beschränkt, konsequenterweise fehlt, nämlich die Kategorie des *ius naturale*, des auf die soziobiologische Natur zurückgehenden Rechts, das der Mensch als solches mit den Tieren teilt. Immerhin ergibt sich die damit kontrastierte Aussage Ulpians, daß das *ius gentium* den Menschen vorbehalten ist, bei Cicero aus der Kategorie des *ius humanum*. Nur wird von Cicero in der *ratio iuris*, anders als bei Ulpian, das menschliche Recht nicht mit einem soziobiologischen Recht in Beziehung gesetzt, das der Mensch mit den Tieren teilt.

Ulpian 1 inst D 1,1,1,2

Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur, quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit. (Das Zivilisationsrecht⁶⁰ ist das, nach dem alle menschlichen Völker leben. Daß es vom „Naturrecht“ abweicht,

⁵⁸ Cicero, *Part. orat.* 20, 100 zum Klagrecht: *Quarum causarum genus est positum in iure civili, quod est in privatarum et publicarum rerum lege aut more positum; cuius scientia neglecta ab oratoribus plerisque nobis ad dicendum necessaria videtur.* Das Recht, das im Privat- und Strafprozeßrecht über die Art und Weise des Klagvorgehens entscheidet, ist im positiven Recht geregelt. Meist sind es staatliche Gesetze. Ein Fall einer unter das *mos maiorum* eingeordneten Klage ist die alte *pignoris capio* des Soldaten gegen die Person, die ihm den Sold oder das Pferde- oder das Pferdefuttergeld auszuzahlen hatte bei *Gaius* IV 26. In dieser *legis actio per pignoris capionem* hat das Wort *lex* den systematischen Sinn „Norm“.

⁵⁹ Nach dem von Justinian bewahrten Textfluß überließ Ulpian mit einem schlichten *igitur* dem Leser, die Rechtsquellen entsprechend zuzuordnen, also sich aus dem *ius civile proprium* die Fälle des schriftlichen Rechts herauszusuchen und zu erkennen, daß das biologische *ius naturale*, das zivilisatorische *ius gentium* und die Vorschriften des *mos maiorum* nicht schriftlich sind. Wir dürfen annehmen, daß Ulpian in seinem vollständigen Lehrbuch etwas weniger wortkarg gewesen sein wird.

⁶⁰ Die von mir mitgetragene Übersetzung „Völkergemeinrecht“ für *ius gentium* in der neuen Übersetzung des *Corpus Iuris Civilis* ist hier vermieden, um den Begriff des *ius commune*, des eigentlichen „Völkergemeinrechts“, nicht zu präjudizieren.

ist leicht einzusehen, weil dieses allen Lebewesen, jenes aber allein den Menschen untereinander gemeinsam ist.)

Das von Ulpian bewahrte *ius naturale* dient den Zwecken der Lebewesen. Ulpian erwähnt die Triebgebote der geschlechtlichen Paarbildung und der Nachkommenpflege⁶¹. Die genaue Herkunft dieser Lehre werden wir noch kennenlernen.

Der Begriff des *ius humanum*, den die *ratio iuris* mit der regelnden, in Natur und Norm zerfallenden *aequitas* gleichsetzt und der das Ganze der spezifisch menschlichen Rechtsordnung erfaßt, taucht in den erhaltenen Fragmenten der Institutionen Ulpians als Terminus nicht auf, ist aber in dem ausdrücklich auf den Menschen bezogenen Ausdruck *ius commune* enthalten, der das den Menschen angehende *ius naturale* mit dem *ius gentium* verbindet.

Ulpian 1 inst D 1,1,6 pr

Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur. (Das bürgerliche Recht [im engeren Sinn] ist, was weder ganz vom Natur- oder Zivilisationsrecht abweicht noch in allen Stücken ihm dient. Wenn wir daher etwas dem (all)gemeinen Recht hinzufügen oder von ihm wegnehmen, dann erzeugen wir besonderes Recht, nämlich bürgerliches Recht [im engeren Sinn]).

Das spezifisch menschliche Recht besteht hiernach aus einem festen Kern und Modifikationen. Im Kern steht die Verbindung der Naturgrundlage mit dem *ius gentium*, die Ulpian als *ius commune* anerkennt. Der Ausdruck wird schon vom Auctor ad Herennium im ulpianischen Sinn verwendet und bezeichnet in einer durchsichtigen Übersetzung des aus der griechischen Diskussion bekannten νόμος κοινός das Recht, das in seiner Verbindung von *ius naturale* und *ius gentium* bei allen Menschen gilt und in dem Sinne allgemein, nämlich universal ist⁶².

⁶¹ Ulpian 1 institutionum D 1,1,1,3.

⁶² Vgl. Auctor ad Herennium II 10, 14. Es geht in der Stelle darum, wie ein Rhetor argumentiert, wenn es gilt, den Sinn eines Gesetzes gegen den Wortlaut zur Geltung zu bringen. Unter anderem müsse er sagen, daß der Text (*id quod scriptum sit*) weder nach Gesetz noch nach Gewohnheitsrecht, Natur und rechtsethischen Grundsätzen verwirklicht werden könne (*non lege, non more, non natura, non aequo et bono posse fieri*) und darauf hinweisen, daß die gegenteilige, den Wortlaut verteidigende Ansicht mit dem „gemeinen Recht“ oder mit anderen allgemeinen Gesetzen oder mit Präjudizien nicht in Einklang stehe (*cum iure communi aut cum aliis legibus aut cum rebus iudicatis dissentire*). Calboli, (oben Anm. 8) verweist zu dem Terminus *ius commune* mit Recht auf Aristoteles, rhet. 1373b 4 ss. λέγω δὲ νόμον τὸν μὲν ἴδιον, τὸν δὲ κοινόν ... κοινὸν δὲ τὸν κατὰ φύσιν. Der Ausdruck *ius commune* ist ersichtlich schon beim Auctor ad Herennium ein zusammengesetzter Begriff. Die Bestandteile, aus denen sich der kurzredige Ausdruck zusammensetzt, zeigen sich in der parallelen Langform, mit der der Auctor wenig später die Frage beantwortet, wie man bei einem zweideutigen Text (*ambiguum scriptum*) die bevorzugte Bedeutungsmöglichkeit zur Geltung bringen soll. Es entscheidet wieder die (diesmal um sitliche Regeln erweiterte) normative Möglichkeit: (Auctor II 11, 16), *et honeste recte lege more natura bono et aequo fieri posse*. Wieder, wie in der zuerst genannten Stelle, stehen an der Stelle des knappen *ius commune* (unmittelbar nach den in *lex* und *mos* enthaltenen Vorschriften des *ius proprium*) die beiden Termini *natura* und das *bonum et aequum*. So wie sich daher beim Auctor *natura* und *bonum et aequum* zum *ius commune* ergänzen, so ergänzen sich *ius naturale* und *ius gentium* bei Ulpian zum *ius commune*. Das ist gewiß kein Zufall, sondern beruht auf übereinstimmen-

Es ist das „gemeine Recht“, das (wiederum wohlgermerkt nur in systematisch-normativer Betrachtungsweise) bei allen Menschen gilt und in diesem Sinne auch tatsächlich allgemein ist. Nimmt man das modifizierende *proprium ius* des jeweiligen Staates hinzu, hat man wiederum die gesamte *consuetudo iuris* im Blick.

7. Beispiele des reinen und des modifizierten *ius commune*

Bevor wir nun die theoretischen Quellen des auffälligen naturalistischen *ius naturale* näher in Augenschein nehmen, soll zunächst die klassische, das Recht in verschiedene elementare Bestandteile zerlegende Betrachtungsweise kurz an zwei Beispielen veranschaulicht werden⁶³.

Die klassische Konsensehe ist *ius commune*. Sie enthält, da sie Paarbildung ist, wie Ulpian sagt, ein Stück soziobiologisches *ius naturale*. Sie ist aber zugleich spezifisch menschliches *ius gentium*, insoweit sie die Paarbildung durch den rechtlichen Ehekonsens überformt. Sie kann überdies mittels *ius proprium* durch Hinzufügung modifiziert werden, etwa in Rom durch den bekannten, nach klassischer Einordnung vom *mos maiorum* geforderten umfangreichen Formenapparat der *confarreatio* (zehn Zeugen, Assistenz des Flamen dialis usw.).

Die klassische Übereignungsform der *traditio cum causa* bewegt den Naturtatbestand Besitz, der als rein faktisches Verhältnis auf den auch bei Tieren beobachtbaren Besitzinstinkt zurückgeht. Sie enthält als Konsens über eine eigentumverschaffende *iusta causa* wieder allgemein menschliches *ius gentium*. In der *mancipatio* ist sie durch *ius proprium Romanorum*⁶⁴ modifiziert, teils durch Hinzufügung zum *ius commune*, nämlich durch den Formenapparat der fünf Zeugen, den Waagehalter und die Waage sowie die Notwendigkeit eines solennen Erwerbspruchs, teils durch Hinwegnahme, indem bei der Grundstücksmanzipation auf das Naturelement der Besitzverschaffung verzichtet wird.

Der Begriff des *ius commune* ist, wie diese Beispiele zeigen, durchaus nützlich. Er hat nicht nur analytische Kraft, sondern erleichtert auch die praktische Rechtsanwendung, indem er die Begriffe durch die Freilegung ihrer Bestandteile durchsichtig macht und die Modifikationsmöglichkeit durch das *proprium ius* anschaulich vor Augen rückt. Seine Klärungskraft ist ähnlich der des klassischen Begriffs der *res communes omnium*, der allen Lebewesen gemeinsamen Sachen, auf dessen Grundlage die klassische Jurisprudenz die für das *ius humanum* grundlegende

der Theorie. Es kommt hinzu, daß für Cicero, also für den dem Auctor parallelen, anderen Zögling der philosophischen Rhetorik, das *bonum et aequum* als natürliche Seite des *ius gentium* belegt ist (vgl. oben Anm. 51) und ihm selbstverständlich auch die auf Karneades zurückgehende Auffassung eines für Mensch und Tier gemeinsamen *ius naturale* bekannt war (vgl. u. S. 49 ff.).

⁶³ Vgl. zum folgenden meine Untersuchung „Iusta causa traditionis“ (oben Anm. 1) 27–78.

⁶⁴ Die *mancipatio* galt den römischen Juristen als durch die Zwölftafeln bestätigt. Paul 1 manualium FrVat 50 *mancipationem ... lex XII tabularum confirmat*. Diese zurückhaltende Formulierung beruht wohl darauf, daß die Zwölftafeln zwar über die Manzipation eine zentrale Norm enthalten (XII tab. VI 1), ihre Form aber voraussetzen. In jedem Fall ist aber die Manzipation *ius proprium Romanorum*.

Lehre von den spezifisch menschlich geordneten, körperlichen Sachen entfaltet und aufgegliedert hat⁶⁵.

Es bleibt noch die Tatsache zu erklären, warum Ulpian im Zusammenhang mit dem in seinen Institutionen verwendeten Begriff des *ius naturale* die *naturalis aequitas* nicht erwähnt, obwohl er sie wie sein Vorgänger in seinem Ediktcommentar öfter als grundlegende Kategorie nennt⁶⁶. Man könnte als Antwort auf den Unterschied zwischen beiden Begriffen hinweisen. Das *ius naturale* umfaßt als Lehre von den soziobiologischen Instinkten des Menschen nicht die *naturalis aequitas*, die, wie unser Paradigma der *fides humana* deutlich macht, ein sozial-ethischer Begriff ist. Die *naturalis aequitas* steht im Vergleich zum *ius naturale* auf einer höheren, nicht mehr biologischen, sondern kulturellen Stufe. Die Antwort befriedigt aber nicht ganz, weil beide Begriffe doch wieder dadurch recht eng zusammengehören, daß sie – jeder auf seiner Stufe – das Recht mit seiner Naturgrundlage in Beziehung setzen.

Das *ius naturale* ist als Teil des *ius commune* die Grundlage des menschlichen Zusammenlebens. Es beschreibt die auf die animalisch-soziobiologische Natur des Menschen zurückgehende, das menschliche Geschlecht erhaltende Instinktausstattung. Die von Ulpian genannten Beispiele, die geschlechtliche Paarbildung, der Trieb zur Zeugung und der Trieb, Nachkommen aufzuziehen, bilden die Grundlage auch der rechtlich geregelten Familien. Insofern diese „Gebote“ den Menschen leiten, insofern er als *animal* eben auch soziobiologischen Instinkten gehorcht, bildet dieses *ius naturale* die spezifisch menschliche Naturgrundlage des klassischen Rechts. Da das menschliche Recht Ordnungen unter natürlichen, lebendigen Personen und natürlichen, in der Körperwelt vorhandenen Sachen schafft (die ihrerseits von natürlichen Regeln beherrscht werden, die sie, soweit ihre Geltung reicht und soweit sie erfaßbar sind, verständlich und berechenbar machen), wären alle Rechtsregeln ohne diese Naturgrundlage, auf die sie sich beziehen, leer. Der Begriff des *ius commune*, der die gedanklichen Ordnungen des *ius gentium* mit den Regeln der unmittelbar gegebenen Natur zu Institutionen des Rechts verknüpft, macht diese Zusammenhänge deutlich.

Andererseits hat aber eben das *ius gentium*, das sich mit dem *ius naturale* zum *ius commune* verbindet, auch mit der *naturalis aequitas* eine enge Beziehung. Es ist, wie wir gesehen haben, die reinste Form der Umsetzung der *naturalis aequitas* in die formalen Regeln der *civilis aequitas*, auch wenn selbst ihr Formalismus, wie das Beispiel der abstrakten Stipulation zeigte, gelegentlich korrekturbedürftig werden kann. Die regelbildenden Werte der *naturalis aequitas* finden sich, wie gleich noch näher an unserem Hauptbeispiel der *fides humana* zu zeigen sein wird, nach klassischer Auffassung in den Anlagen des Menschen, die diesen von Natur aus zur Zivilisation befähigen und bei dem Übertritt in den Zustand des

⁶⁵ Vgl. meine Untersuchung, Die allen Lebewesen gemeinsamen Sachen (*res communes omnium*) nach den Glossatoren und dem klassischen römischen Recht, in: Festschrift für Hermann Lange (1992) 3–33.

⁶⁶ Vgl. die Fragmente oben bei Anm. 60 und 61.

zivilisierten Zusammenlebens geweckt werden. Wenn daher das *ius naturale* die soziobiologische Instinktausstattung des Menschen meint, dann beschreibt die *naturalis aequitas* die mit der Zivilisation beginnende Fähigkeit des Menschen, sich an den in seinem Bewußtsein keimhaft vorhandenen und der Ausbildung und Stärkung zugänglichen Werten zu orientieren. Für das *ius commune* in vollem, die notwendige Unterstützung durch das klassische Edikt einschließenden Sinn war die *naturalis aequitas* unverzichtbar.

Der eigentliche Grund dafür, daß Ulpian, soweit wir urteilen können, die *naturalis aequitas* in den Institutionen (anders als in seinem Ediktcommentar) nicht erwähnt, dürfte daher einfach in didaktischen Rücksichten liegen. Ulpian wollte vermutlich die Anfänger, für die sein Institutionenlehrbuch bestimmt war, nicht mit einem Begriff belasten, dessen Sinn sich erst erschließt, wenn der Schüler, nachdem er mit den Grundregeln des Rechts Bekanntschaft geschlossen hat, zu dessen Ergänzungs- und Korrekturbedürftigkeit hingeführt wird. Die Vermittlung dieser Kenntnis geschieht richtigerweise im Zusammenhang mit dem Studium des Edikts.

Im übrigen fehlt es an einer Verknüpfung zwischen Institutionen und Ediktcommentar nicht ganz, da der Begriff der Herrschaft, der für das Edikt zentral ist, im Begriff des *ius naturale* enthalten ist.

8. Das klassische *imperium* als geordnetes Naturverhältnis

Das klassische *imperium* ist nämlich, ganz entsprechend dem *ius naturale* Ulpians, das wir kennengelernt haben, eine Naturtatsache, die im Rechtszustand von Regeln des *ius gentium* umgeben wird und zugleich vom *mos maiorum* in verschiedener Weise ausgestaltet werden kann. Die Herrschaft ist in dem Sinne eine Naturtatsache des *ius naturale*, als die Tendenz zur Anerkennung von „Leittieren“ etwas ist, was der Mensch mit den Tieren gemeinsam hat⁶⁷. Die natürliche Neigung des Menschen, sich jemandem unterzuordnen, der als „Leitfigur“ anerkannt ist, ist der naturalistische Ausgangspunkt des in der *ratio iuris* mitgeteilten, dem Menschen Gehorsam hinsichtlich der von ihm vorgefundenen Normenordnung vorschreibenden *quasi ius naturale*. Soweit dieses *praescriptum* echtes skeptisches

⁶⁷ Vgl. für die Stoa (mit der typischen Kontrastierung von Mensch und Tier, von roher Kraft und Moralität, die für das stoische Naturrecht kennzeichnend ist, welches die Menschen mit den Göttern, nicht mit den Tieren in Gemeinschaft sieht) *Seneca*, epistulae morales 90, 4 *praecedat armenta ... qui magnitudine ac toris [= Muskeln] ceteros mares vicit; elephantorum gregem excelsissimus ducit: inter homines pro maximo est optimum*. Im skeptischen Naturzustand vermag auch unter den Menschen der Stärkste das meiste. Daher gilt es als die größte Leistung der zur Zivilisation bekehrenden Redekunst, auch den Menschen, der infolge seiner Körperkraft alles vermag, zu überzeugen. Vgl. *Cicero*, de inventione I 2, 3 *profecto (!) nemo nisi gravi ac suavi commotus oratione, cum viribus plurimum posset, ad ius voluisset sine vi descendere, ut inter quos posset excellere, cum eis se pateretur excellere, cum isse se pateretur exaequari*. Siehe den vollständigen Text unten S. 53 ff. Der naturalistische Kern aller Herrschaft macht auch verständlich, warum Cicero den Tyrannen, der im Rechtszustand kein Recht anerkennt, als Tier empfindet oder gar „tierischer als jedes Tier“. Vgl. unten Anm. 71.

ius naturale darstellt, muß es eine naturalistische Grundlage haben, sich also aus der biologisch begründeten, den allermeisten Menschen eigenen Unterordnungsbereitschaft erklären. Wenn Cicero es als *quasi ius naturale* präzisiert, dann trägt das der Tatsache Rechnung, daß die in der Zivilisation vom *imperium* gewährleisteten Gebote des regelhaften Rechts spezifisch rechtlicher und zivilisatorischer Art sind.

Der Begriff der Herrschaft ist für die Regeln der *naturalis aequitas* wesentlich, weil nur die Herrschaft in der Lage ist, ihnen praktische Verbindlichkeit zu verleihen. Die Gebote des *ius naturale* bedürfen einer Verstärkung nicht, da sie bereits ihre verhaltenssteuernde Kraft von Natur aus besitzen. Die Kräfte der *naturalis aequitas* bedürfen dagegen schon deswegen der Unterstützung, weil sie in einem ethischen, als solches nur keimhaft vorhandenen und freien Vermögen des Menschen wurzeln und den vom *ius naturale* herkommenden Instinkten des Menschen teils widersprechen, teils diese empfindlich einschränken. Neben der Erziehung durch die Kultur, welche im Denken der klassischen Lehre eine zentrale Bedeutung hat, ist hier für das klassische Rechtsdenken, das nicht ohne Grund vom staatlichen Edikt aus denkt, das magistratische *imperium* der eigentliche Angelpunkt.

Das *imperium*, das von der klassischen, ediktzentrierten Jurisprudenz als faktische, nur über das *factum* herrschende Befehlsgewalt definiert war, verlieh der natürlichen Person, der die Magistratur übertragen wurde, das tatsächliche Übergewicht über die Privatpersonen⁶⁸. Aber um keine Mißverständnisse aufkommen zu lassen: Die Magistratur ist für das klassische Denken nur im Kern naturalistisch. Es ist zwar richtig, daß die Theorie nie davon abstrahiert, daß der Amtsinhaber ein natürlicher Mensch ist: Im klassischen *ius publicum* steht der natürliche Mensch, der die Magistratur bekleidet, nicht anders im Zentrum als der natürliche Rechtsträger im *ius privatum*. Aber was sie umkleidet, ist jeweils Recht. Insofern sind die beiden Rechtsbereiche⁶⁹ von einem einheitlichen Geist geprägt.

⁶⁸ Festus ed. Lindsay 113 s.v. *Magisterare moderari. ...; unde et magistratus, qui per imperia potentiores sunt quam privati; quae vox duabus significationibus notatur. Nam aut ipsam personam demonstrat, ut cum dicimus: magistratus iussit, aut honorem, ut cum dicitur: Titio magistratus datus est.* Zur faktischen Struktur des klassischen *imperium* s. oben Anm. 49.

⁶⁹ Das Aufkommen des technischen Gegensatzes zwischen öffentlichem und privatem Recht in dieser Zeit (vgl. Wieacker, Römische Rechtsgeschichte [1988] I, 492f. mit weiteren Nachweisen) erklärt sich unverkennbar aus dem Einfluß der philosophisch-rhetorischen Kultur der späten Republik. Daher hat sie auch Livius (der als Historiker ganz Rhetor und Cicero-nianer ist), wenn er die ersten 10 Tafeln der Zwölf Tafeln, die als die Verkörperung des *ius aequum* gelten, für die eigene Zeit als (*Livius* III 34,6) *fons omnis publici privatique iuris* bezeichnet. Die Tatsache, daß Cicero, Part. orat. 37, 130 den Gegensatz *ius publicum* und *ius privatum* in der klassischen *ratio iuris* durch Rechtssetzungen erklärt (einerseits Gesetze und völkerrechtliche Verträge, andererseits privatrechtliche Verträge), vereinigt sich mit der Aussage bei Ulpian 1 institutionum D 1,1,1,2 *publicum ius ... in magistratibus consistit* dadurch, daß Cicero dort, wo er die Einteilung bringt, nicht mehr mit den verfassungsrechtlichen Regeln über Wahl, Amtsinhalt und Amtsdauer beschäftigt ist (vgl. die folgende Anmerkung), sondern mit den Rechtssetzungen durch die Magistratur. Kennzeichnend ist, daß in dieser Zeit das *ius publicum* neben dem *ius privatum* als Kenntnis- oder Werkschwerpunkt eines

Daher ist die Magistratur ihrer Form nach eine Schöpfung des Rechts, insbesondere des *ius gentium* und des *mos maiorum*, der universalen und partikularen menschlichen Vernunft. Sie ist insofern wie das Privatrecht eine Einrichtung des Rechts. Auch das dafür kennzeichnende Wort *instituta* fehlt nicht. Beide Rechtsgebiete beruhen für das klassische Denken auf menschlichen Einrichtungen, auf menschlichem *instituere*⁷⁰. Die Zwecke, die von beiden Bereichen verfolgt werden, sind die spezifisch menschlichen des Eigennutzes, aber in den Formen des Rechts und unter den Werten der Zivilisation.

Da im Kern auch der bestgeordneten Herrschaftsform ein natürlicher Mensch steht, ist es nie ausgeschlossen, daß die „tierische“ Naturseite der Gewalt trotz aller beschränkenden Rechtsregeln hervorbricht. Es entspricht daher ganz dem Modell, das er in seiner Jugend kennengelernt hat, wenn Cicero in sehr persönlichen, eigenen Erfahrungen entnommenen Äußerungen denjenigen, der in der Herrschaft die ihn begrenzenden Regeln beiseiteschiebt und zerstört, in letzter Linie als ein Tier in Menschengestalt empfindet und dem Totschlag eines natürlichen Widerstandsrechts preisgibt⁷¹.

Juristen begegnet. Vgl. etwa zu Tubero *Pomponius* lb sg enchiridii D 1,2,2,46 und *P. Krüger*, Geschichte der Literatur und Quellen des römischen Rechts (21912) 75.

⁷⁰ Livius, der ganz aus der geistigen Kultur kommt, die für die Redekunst von Cicero und für das Recht von Servius Sulpicius repräsentiert wird, und der schon die Gründung der Stadt Rom ganz in den Farben des skeptischen, gleich im Text näher zu betrachtenden Staatsgründungsmythos geschildert hatte (*Livius* I 8, 1/2: *vocata ... ad concilium multitudine quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat, iura dedit* [sc. *Romulus generi hominum agresti*]), hat die Gelegenheit nicht vorbegehen lassen, die klassische Rechtsentstehungslehre auch in ihren näheren Einzelheiten in einer Rede, die er für den Volkstribunen Canuleius komponiert hat, zu verarbeiten. *Livius* IV 4 1–4: *At enim nemo post reges exactos de plebe consul fuit. Quid postea? Nullane res nova institui debet, et quod nondum factum – multa enim nondum sunt facta in novo populo –, ea, ne si utilia quidem sunt, fieri oportet? Pontifices, augures Romulo regnante nulli erant; ab Numa Pompilio creati sunt. Census in civitate et descriptio centuriarum classiumque non erat; ab Servo Tullio est facta. Consules numquam fuerant; regibus exactis creati sunt. Dictatoris nec imperium nec nomen fuerat; apud patres esse coepit. Tribuni plebis aediles, quaestores nulli erant; institutum est ut fierent. Decemviros legibus scribendis intra decem hos annos et creavimus et e re publica sustulimus. Quis dubitat, quin in aeternum urbe condita, in immensum crescente, nova imperia, sacerdotia, iura gentium hominumque instituuntur. Für das Privatrecht vgl. nur *Hermogenian* 1 iur epit D 1,1,5 *Ex hoc iure gentium ... commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae, exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt*. Der Ausgangspunkt der so erfolgreichen Worte *institutio, instituta* liegt in dem schon zitierten Gegensatz *natura – institutio/instituta*, den Cicero, *Topica* 23, 90 als Quintessenz der klassischen Rechtsquellenlehre zitiert.*

⁷¹ Vgl. die Anwendung der entsprechenden Lehre über das Verhältnis von Tyrannis und Rechtsordnung, wie wir sie in Ciceros Jugendschrift und einer Rede finden (*de inventione* I 53, 102: *tyrannicum factum esse dicamus per vim manum opulentiam; quae res ab legibus et ab aequabili iure remotissima sit; de lege agraria* III 2, 5: *in civitatibus tyrannis institutis leges omnes extinguantur atque tollantur*), in zwei auf Caesar gemünzten Bemerkungen aus der Spätschrift *de officiis*. In der ersten Bemerkung, in welcher der kurz vorher ermordete Caesar namentlich genannt ist, ähnelt der verstorbene Dikator ein wenig dem Menschen des Urzustandes, den zur Gleichheit zu überreden besonders schwer ist, weil er die anderen kraft seiner Natur überragt: *Cicero, de officiis* I 8, 26 *quod enim est apud Ennium, nulla sancta*

9. Der Eigennutz als Motiv der Rechtsbildung

Diese Klärungen lassen das *imperium*, das unter der Kategorie der *naturalis aequitas* Theorie und Praxis des klassischen Edikts beherrscht, aus der Kategorie des *ius naturale* hervordringen und geben so der Übereinstimmung zwischen der letzten Gestalt der klassischen Rechtstheorie, wie sie in den Institutionen Ulpian's vorliegt (als dem letzten großen Vertreter der klassischen Linie, die von Servius über Labeo, Proculus, Celsus bis zu Ulpian reicht), und ihrem Vorbild in der *ratio iuris*, die uns Cicero mitteilt, eine deutliche Kontur. Die Art und Weise, in der dieses Rechtsbild auf den mit großer Nüchternheit beobachteten menschlichen Nutzen gegründet wird, rundet dieses Ergebnis ab.

Es ist allbekannt, daß Ulpian in seinen Institutionen das Recht in seinen beiden Aspekten, dem *ius publicum* und dem *ius privatum*, auf die Zweckmäßigkeit zurückführt, auf die *utilitas*. Das öffentliche Recht diene dem Nutzen des Ganzen, der Erhaltung und Sicherung des Gemeinwesens, das Privatrecht dem Nutzen des Einzelnen⁷². Die klassische *ratio iuris*, die ebenfalls *ius privatum* und *ius publicum* unterscheidet, sagt in der Sache nichts anderes. Die Rechtsregeln ihres *ius humanum*, ihrer in Natur und Norm zerfallenden *aequitas*, erfüllen grundlegende menschliche Bedürfnisse, wenn sie einerseits das Leben nach einer bestimmten, klar definierten Regel schützen, andererseits den Gütertausch und die Vergeltung gewährleisten⁷³.

societas nec fides regni est, id latius patet. nam quidquid eiusmodi est, in quo non possint plures excellere, in eo fit plerumque tanta contentio, ut difficillimum sit servare sanctam societatem. declaravit id modo temeritas C. Caesaris, qui omnia iura divina et humana pervertit propter eum, quem sibi ipse opinionis errore finxerat principatum. est autem in hoc genere molestum, quod in maximis animis splendidissimisque ingenis plerumque existunt honoris, imperii, potentiae, gloriae cupiditates. 27 quo magis cavendum est, ne quid in eo genere peccetur. In der zweiten Äußerung bricht der Haß gegen den Zerstörer der republikanischen Verfassung für jeden, der lesen kann, ungehemmt hervor (III 6, 32): nulla est ... societas nobis cum tyrannis et potius summa distractio est, neque est contra naturam spoliare eum, si possis, quem est honestum necare, atque hoc omne genus pestiferum atque impium ex hominum communitate exterminandum est. etenim, ut membra quaedam amputantur, si et ipsa sanguine et tamquam spiritu carere coeperunt et nocent reliquis partibus corporis, sic ista in figura hominis feritas et immanitas beluae a communi tamquam humanitatis corpore segreganda est. Abweichend, aber nicht minder eindrucksvoll verwendet Cicero die Fesselung des Tierischen im Menschen durch die Regeln des Rechts in Bezug auf seinen Feind Clodius, der durch ein vom Konsul Caesar veranlaßtes formelles Atrogationsgesetz, das ihm den Übertritt zum Plebejat gewährte, „entfesselt“ wurde (Cicero, pro Sestio 7, 16 Hanc taetram immanemque beluam, vinctam auspiciis, adligatam more maiorum, constrictam legum sacrarum catenis, solvit subito lege curiata consul).

⁷² Ulpian 1 institutionum D 1,1,1,2 *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.* Der Text ist gewiß tralatizisch. Nur daß Ulpian von *res Romana* statt von *res publica* spricht, dürfte eine Konzession an den Prinzipat darstellen.

⁷³ Cicero, Part. orat. 37, 130 *Aequitatis autem vis est duplex: cuius alter directa veri et iusti et, ut dicitur, aequi et boni ratione defenditur; altera ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet; quod in beneficio gratia, in iniuria poenitio nominatur. Atque haec communia sunt*

Der Nutzen ist ganz empirisch-anthropologisch definiert. Das Recht ist nach dieser Lehre um menschlicher Zwecke willen geschaffen, also ganz so, wie es der eigentliche Urheber der klassischen Rechtslehre Karneades einst in Rom seinen Hörern auseinandergesetzt hat.

Cicero de re publica III 12, 21 (Lact. inst. 5, 16. 2–4)

Carneades: iura sibi homines pro utilitate sanxisse, scilicet varia pro moribus, et apud eosdem pro temporibus saepe mutata, ius autem naturale esse nullum: omnes et homines et alias animantes ad utilitates suas natura ducente ferri. (*Karneades: die Menschen haben die Rechtsregeln für sich nach Zweckmäßigkeit in Geltung gesetzt, und zwar verschieden nach ihren Gewohnheiten, und auch in der Weise, daß sie bei denselben Menschen oft verändert wurden. Ein Naturrecht gibt es nicht. Alle, sowohl die Menschen als auch die Lebewesen sonst (!), werden durch die Natur, die sie führt, in Richtung ihrer Zwecke bewegt.*)

Was Cicero oder genauer: aus ihm der Kirchenvater Laktanz hier zitiert, sind Auszüge aus der berühmten Rede von 156 v. Chr., in der Karneades die selbstgerechte Naturrechtsgläubigkeit der römischen Führungsschicht zu zerstören versuchte, und zwar, wenn wir die weitere Entwicklung der römischen Rechtsentwicklung betrachten, am Ende mit fast durchschlagendem Erfolg. Und zur Erinnerung sei bemerkt, daß diese Lehre, nachdem sie in ihrer näher ausgeführten Form vom treuen Karneades-Schüler Kleitomachos aufgezeichnet worden war, durch die philosophische Rhetorik in Rom eindrang und von ihr ins Römische übersetzt wurde, und zuletzt mit Philon von Larissa, dem Schüler des Klitomachus, in Rom mit solchem Erfolg auftrat, daß die bedeutendsten Schüler der philosophischen Rhetorik Cicero und Servius Sulpicius Rufus von ihr auf Dauer geistig geprägt wurden, und der letztere durch sie zum Reformator der römischen Rechtswissenschaft wurde.

Der letzte Satz des Fragments verweist auf das von Ulpian bewahrte *ius naturale*, demzufolge alle Lebewesen, Menschen wie Tiere, unter den ihrer Erhaltung

naturae atque legis. (*Die Bedeutung der rechtlichen Regel ist eine doppelte. Die eine Bedeutung von ihr ist die Richtschnur des Wahren und Rechten und wird, wie man sagt, unter dem Prinzip des Gerechten und Guten verteidigt. Die andere bezieht sich auf das Wechselverhältnis des Abstaten von „Dank“, was bei Wohltaten [wirklich] Dank, und bei Unrechtstatten Strafe genannt wird. Und diese beiden Bedeutungen gelten sowohl für die Natur wie für die Norm.*) Der Gegensatz läßt noch den alten aristotelischen Unterschied zwischen zuteilender und ausgleichender Gerechtigkeit erkennen. Nur ist er dahin radikalisiert, daß die zuteilende Gerechtigkeit primär die Natur selbst ist, die den Menschen ausstattet. Daher liegt der Grundgegensatz in dem Unterschied zwischen Selbstbehauptung und austauschender „Vergeltung“, eine Entgegensetzung, die Cicero am Ende noch einmal zusammenfassend aufnimmt (37, 131: *de propulsanda iniuria, de ulciscenda*). Zu den Prinzipien, unter denen sich der Mensch (und sein Gemeinwesen) behaupten als das, was sie sind, gehört daher auch die naturalistische Selbstverteidigung. Das entscheidet auch für die Lesung *Topica* 23, 90 *Natura partes habet duas, tuitionem sui [statt tributionem sui cuique] et ulciscendi ius* (*Die Natur hat zwei Elemente, den Schutz seiner selbst und das Recht der „Vergeltung“.*) Diese Lesung wird im übrigen endgültig dadurch bestätigt, daß das *sum cuique tribuere* nach klassischer Lehre zur freien Ethik gehört, nicht zum Recht. Vgl. u. S. 64ff. Das klassische Verhältnis zwischen der natürlichen und der rechtlichen Selbstbehauptung und dem Recht der „Vergeltung“ bedürfte im übrigen einer genauen Analyse. Ein „Racherecht“ enthält weder das eine noch das andere Recht. Vgl. *Alfenus* 2 *digestorum* D 9,2,52,1.

dienenden Geboten der Natur leben. Es ersetzt und widerlegt das spekulative stoische Naturrecht, das die Menschen mit den Göttern in Gemeinschaft sieht (und von den Tieren scharf trennt) und daher auch in der menschlichen Gesellschaft mit dem Walten göttlicher Naturrechtsprinzipien rechnet.

Aber nicht nur die soziobiologischen Instinkte, auch das übrige Recht ist wie bei Ulpian von der *utilitas* beherrscht. Alles was der Mensch als Rechtsregel sanktioniert, dient den Zwecken des Einzelnen oder des Gemeinwesens. Daß menschliche Verständigkeit (*sapientia*) auf beiden Ebenen das jeweilige konkrete Interesse zu verwirklichen sucht, gilt, wie Karneades an anderer Stelle ausdrücklich hervorhebt, sowohl für die privaten Einzelnen wie für die staatlichen Völker: Das Grundprinzip ist in beiden Fällen das gleiche (*eadem est ratio iuris in utroque*)⁷⁴.

Das ist pointiert desillusionierend formuliert und auch nicht frei von provokativer Zuspitzung. Vom spezifisch menschlichen *ius commune*, welches als allgemeingültiges Recht das den Menschen angehende *ius naturale* mit den Regeln des *ius gentium* verbindet, ist in dem obigen Zitat ebensowenig die Rede wie von der *naturalis aequitas*, deren ebenfalls allgemeingültige, menschlich-zivilisatorische Werte das *imperium* zu gewährleisten hat. Dieses Verschweigen erklärt sich aber zureichend aus dem polemischen Zweck der Rede von 156 v. Chr. Karneades ging es um die Leugnung des spekulativen Naturrechts. Daher stellte er die Wandelbarkeit der *mores*, des jeweiligen *ius proprium*, heraus und reduzierte die Gebote der Natur auf die am Menschen beobachtbaren Instinkte. Die Beschreibung der Regeln des *ius gentium* und der *naturalis aequitas* hätten, da auf universale Geltung berechnet, die Wirkung des Arguments geschwächt. Diese Regeln haben, da Karneades ihre Möglichkeit aus der menschlichen Natur ableitet, sogar durchaus eine gewisse Ähnlichkeit mit Naturrecht. Der Unterschied zwischen dem stoischen Naturrecht, das an eine überall von göttlichen Rechtsprinzipien durchwirkte Natur glaubt, und der skeptischen *naturalis aequitas*, welche sorgfältig differenzierte, im menschlichen Bewußtsein nachgewiesene, keimhafte Anlagen zum Recht meint, ist zwar kategorial gesehen und auch in der Wirkung sehr groß, kann aber gleichwohl in konkreten Anwendungen leicht verschwimmen.

Man tut im übrigen, wie noch bemerkt sei, gut daran, sich betreffs des Philosophen Karneades vor verbreiteten Vorurteilen zu hüten. Kein geringerer als der Kirchenvater Laktanz hat die im Jahre 156 in Rom vorgetragene Kritik an der damals herrschenden Gerechtigkeitsidee als überzeugend anerkannt, weil die Formeln, die damals durch die Stoa in Rom verbreitet worden waren, ein großes

⁷⁴ Vgl. Philus, den Vertreter des Standpunktes des Karneades bei Cicero, de re publica III 15, 24 *sapientia iubet augere opes, amplificare divitias, proferre fines ... quid igitur efficitur si sapientiae pareas? divitiae ... vel privatis vel populis. sed quoniam de re publica loquimur sunt <que> inlustriora quae publice fiunt, quoniamque eadem est ratio iuris in utroque, de populi sapientia dicendum puto.* 18, 28: *Quod in singulis, idem est in populis: nulla est tam stulta civitas, quae non iniuste imperare malit quam servire iuste.* Zu dem Gegensatz zwischen dem skeptischen und dem stoischen Begriff des *sapiens* vgl. meinen Beitrag, Staatsrecht und Philosophie in der ausgehenden Republik – oder zur Bedeutung des Mottos „philosophari se velle, sed paucis“, in: SZ Rom. Abt. 100 (1983) 458–484.

Stück Heuchelei in der römischen Eroberungspolitik gebracht hatten⁷⁵. Der große kaiserzeitliche Rechtslehrer und Ciceronianer Quintilian, der wie sein Vorbild überzeugt war, daß es Redekunst ohne gründliche philosophische und rechtliche Kenntnis nicht geben könne⁷⁶, bemerkt mit Recht, daß die Akademiker, auch wenn sie die Gewohnheit hätten, alle Gegenstände nach ihren zwei Seiten zu erörtern, sich doch für ihre Lebensführung für eine Seite entschieden, und Carneades, der im Jahre 156 am ersten Tage für, am zweiten Tage gegen die Gerechtigkeit gesprochen habe, darum selbst nicht weniger ein rechtlicher Mann gewesen sei; die Technik der Erörterung nach den zwei Seiten einer Sache diene nicht der Beliebigkeit, sondern der Klärung⁷⁷. Man darf daher die akademischen Skeptiker nicht mit den Pyrrhoneern, den radikalen Skeptikern, verwechseln. Von Pyrrhon bemerkt Quintilian spöttisch, daß bei ihm nicht einmal klar sei, ob es die Richter, vor dem, den Angeklagten, für den, und den Senat, in dem man spreche, überhaupt gebe⁷⁸. Das Denken der akademischen Skepsis erhebt dagegen die körperlichen und institutionellen Gegenstände der Welt, wenn sie sich gegenüber der prüfenden Betrachtung als wahrscheinlich erwiesen haben, zu Tatsachen des menschlichen Lebens, mit denen man beim praktischen Handeln rechnen kann und muß.

⁷⁵ Vgl die Einleitungsworte des obigen Zitats Lactanz, Inst. 5,16,2 (vgl. Cicero, de re publica 12, 21) *Carneades ergo, quoniam erant infirma quae a philosophis adserebantur, sumpsit audaciam refellendi, quia refelli posse intellexit. eius disputationis summa haec fuit ...* (der hier ausgesparte Text findet sich oben S. 49 im Text) *proinde aut nullam esse iustitiam aut si sit aliqua, summam esse stultitiam, quoniam sibi noceret alienis commodis consulens. et inferebat haec argumenta: omnibus populis qui florent in imperio, et Romanis quoque ipsis qui totius orbis potirentur, si iusti velint esse, hoc est si aliena restituant, ad casas esse redeundum et in egestate ac miseriis iacendum. Die iustitia ist in dieser Argumentation von der aequitas genau zu unterscheiden. Die iustitia ist das widerlegte Naturrecht, deren Grundregel *suum cuique tribue* Naturkraft abgesprochen wird und der freien Ethik zugewiesen wird. Cicero, de re publica III 11, 18 *nihil habet igitur naturale ius; ex quo illud efficitur, ne iustos quidem esse natura ... esse enim hoc boni viri et iusti, tribuere id cuique quod sit quoque dignum.* Vgl. zur klassischen Ethik noch gleich u. S. 64 ff.*

⁷⁶ Quintilian widmet der Notwendigkeit einer philosophischen Kultur des Redners einen ganzen Abschnitt (XII 2) und sagt über Cicero zutreffend XII 2, 23 *nam M. Tullius non tantum se debere scholis rhetorum quantum Academiae spatii frequenter ipse testatus est* (vgl. Cicero, Orator 3, 12).

⁷⁷ Quintilian XII 1, 35 *neque enim Academici, cum in utramque disserunt partem, non secundum alteram vivent, nec Carneades ille, qui Romae audiente censorio Catone non minoribus viribus contra iustitiam dicitur disseruisse quam pridie pro iustitia dixerat, iniustus ipse vir fuit. verum et virtus quid sit adversa ei malitia detegit, et aequitas fit ex iniqui contemplatione manifestior, et plurima contrariis probantur.*

⁷⁸ Quintilian XII 2, 24 *Pyrrhon quidem quas in hoc opere (der Redekunst) habere partis potest? cui indices esse, apud quos verba facit, et reum, pro quo loquatur, et senatum, in quo sit dicenda sententia, non liquebit.* Die skeptische Akademie wird dann als die Schule genannt, die dem Redner nach allgemeiner Meinung die nützlichste ist.

II.

Die Entstehung der Rechtsordnung: Die Erweckung der in der Natur des Menschen steckenden Möglichkeiten und der Beginn der Gewohnheit des Rechts

1. Die mythische Überredung der Menschen zur Zivilisation

Der Übergang in die „Gewohnheit des Rechts“ geschieht nach der klassischen Rechtslehre dadurch, daß die in den Menschen schlummernden Fähigkeiten geweckt werden und feste Vorstellungen über Recht in ihr Bewußtsein eingepflanzt werden, und zwar von einem mythischen Redner, der diese Fähigkeiten wahrgenommen und eine auf sie zugeschnittene Lehre bereits ausgebildet hatte. Was er entdeckt und erarbeitet hatte, war Inhalt seiner Lehre⁷⁹.

Cicero berichtet uns von diesem Mythos zum ersten Mal zu Anfang seiner Jugendschrift *de inventione*. Es sind Ausführungen, wahrscheinlich mitinspiert von den Vorträgen, die der junge Cicero im Jahre 88 von Philon von Larissa, dem schon erwähnten Lehrer und (als Enkelschüler des Karneades) Haupt der skeptischen Akademie, in Rom gehört hatte⁸⁰. Und so wie er dieser Schule treu geblieben ist, so faßte Cicero in seiner späten Schrift *de oratore*, die seine Jugendschrift ersetzen sollte, das, was er in seinen Anfängen wortreich und anschaulich ausgeführt hatte, in knappen Worten noch einmal zusammen⁸¹ und verwendet es auch

⁷⁹ Es gilt Quintilian VII 10, 10 *homines ante invenisse artem quam docuisse*. Für den gleichen Gedanken in dem gleich zu betrachtenden, die ‚Gewohnheit des Rechts‘ stiftenden Gründungsmythos: Cicero, *de inventione* I 2, 3 *qui tandem fieri potuit, nisi homines ea quae ratione invenissent eloquentia persuadere potuissent?*

⁸⁰ Vgl. Philippson, in: RE (1939) s.v. Tullius Sp. 1104 f.; vgl. bereits oben S. 24 ff.

⁸¹ Vgl. insbesondere Cicero, *De oratore* I 8, 33 ... *quae vis alia potuit aut dispersos homines unum in locum congregare aut a fera agrestique vita ad hunc humanum cultum civilemque deducere aut iam constitutis civitatibus leges iudicia iura describere?* (34) *sic enim statuo, perfecti oratoris moderatione et sapientia non solum ipsius dignitatem, sed privatorum plurimorum et universae rei publicae salutem maxime contineri.* (*Welch' andere Macht hätte die verstreuten Menschen an einem einzigen Ort versammeln, von dem Leben in der Wildnis zu dieser wahrhaft menschlichen und bürgerlichen Lebensform überführen oder nachdem die Staaten gegründet waren, Gesetze, Gerichtsordnungen und Rechtsregeln niederschreiben können? Dies nämlich behaupte ich, daß in der maßvollen Weisheit des vollkommenen Redners nicht nur seine eigene Würde, sondern auch das Heil der Mehrheit der Privatmenschen und des gesamten Gemeinwesen vor allem beschlossen ist.*) Die Schrift *de Oratore* bezeichnet Cicero als Rückkehr (I 1, 2) „zu den Künsten, denen wir von Jugend an zugetan waren“ (*ad eas artis, quibus a pueris dediti fuimus*) und vor allem als ein Ersatz für die damaligen in der Schrift *de inventione* auf Latein publizierten Vorlesungsmitschriften (vgl. I 3, 5: *quae pueris aut adulescentulis nobis ex commentariolis nostris incobata ac rudia exciderunt, vix sunt hac aetate digna*). Die Verbesserungen betreffen die Form. In der Sache hält er an der stolzen Auffassung der philosophischen Rhetorik fest, daß, wie er den Mucius augur die obigen Worte des ihn, Cicero, präfigurierenden Licinius Crassus resümieren läßt, die Redner, also diejenigen, welche die Sprache des zivilisierten Zusammenlebens sprechen können, die Staaten gründen und erhalten (I 9, 35): *quod ab oratoribus civitates et initio constitutas et saepe conservatas esse dixisti.*

einmal in beeindruckender Weise in einer Rede⁸². Hier manifestiert sich die gleiche (durch historische Dauerwirkungen belohnte) Treue und Beharrlichkeit, wie sie auch sein Freund und Studiengenosse Servius Sulpicus Rufus an den Tag gelegt hat. Denn wie Servius Sulpicius diese Lehre in seinen Ediktcommentar übernahm und so der Folgezeit vermittelte, so Cicero in seinen rhetorischen Schriften.

Cicero, de inventione I 2

2 Ac si volumus huius rei quae vocatur eloquentia, sive artis sive studi sive exercitationis cuiusdam sive facultatis ab natura profectae considerare principium, reperiemus id ex honestissimis causis natum atque optimis rationibus profectum. nam fuit quoddam tempus cum in agris homines passim bestiarum modo vagabantur et sibi victu fero vitam propagabant, nec ratione animi quicquam, sed pleraque viribus corporis administrabant; nondum divinae reli-

⁸² Cicero, pro Sestio 42, 91 Quis enim vestrum, iudices, ignorat ita naturam rerum tulisse ut quodam tempore homines nondum neque naturali neque civili iure descripto fusi per agros ac dispersi vagarentur, tantumque haberent quantum manu ac viribus per caedem ac vulnera aut eripere aut retinere possunt? Qui igitur primi virtute et consilio praestanti (scrib.: praestantes) exstiterunt, ii perspecto genere humanae docilitatis atque ingenii dissipatos unum in locum congregarunt eosque ex feritate illa ad iustitiam atque ad mansuetudinem transdixerunt. Tum res ad communem utilitatem, quas publicas appellamus, tum conventicula hominum, quae postea civitates nominatae sunt, tum domicilia coniuncta, quas urbes dicimus, invento et divino iure et humano moenibus saepserunt. 92 Atque inter hanc vitam perpolitam humanitate et illam immanem nihil tam interest quam ius atque vis. Horum utro uti nolimus, altero est utendum. Vim volumus exstingui, ius valeat necesse est, id est iudicia, quibus omne ius continetur; iudicia displicent aut nulla sunt, vis dominetur necesse est. (*Wer von euch, ihr Richter, wüßte nicht, daß es die Natur der Dinge mit sich gebracht hat, daß die Menschen, als sie noch nicht von Natur- und Bürgerlichem Recht geordnet waren, über die Feld verstreut und ohne Zusammenhang herumstreiften, und nur so viel besaßen, wie sie mit handgreiflicher Gewalt durch Totschlag und Körperverletzungen entweder anderen entreißen oder festhalten konnten? Wie dann die ersten durch Tugend und Einsicht Ausgezeichneten auftraten, da haben diese, nachdem sie die Beschaffenheit der menschlichen Gelehrigkeit und Begabung durchschaut hatten, die verstreuten Menschen an einem Ort versammelt und sie aus jener Wildheit zu Gerechtigkeit und Gesittung geführt. Damals haben sie die auf den Gemeinnutz bezogenen Einrichtungen, die wir Gemeinwesen nennen, die Zusammenkünfte der Menschen, die später Staaten genannt wurden, die in geschlossener Bauweise verbundenen Häuser, die wir Städte nennen, durch Mauern gesichert, nachdem sie zuvor die Regeln des göttlichen und menschlichen Rechts gefunden hatten.*) 92. Und der Unterschied zwischen diesem durch Menschlichkeit durch und durch zivilisierten Leben und jenem ungeschlachten wird durch nichts so deutlich wie durch den Unterschied zwischen Recht und Gewalt. Nach beiden Prinzipien wollen wir nicht leben, sondern nach einem von beiden. Wir wollen die Gewalt austilgen. Dann ist nötig, daß das Recht gelte, das heißt die Gerichte, durch die alles Recht in Geltung gehalten wird. Wenn die Gerichte nicht geachtet werden oder fehlen, dann wird notwendig die Gewalt herrschen.) Das normative *ius naturale* am Anfang dieses Textes ist nicht das Naturrecht der Stoa, das das Menschengeschlecht an seinem Anfang in einer ungetrübten Gemeinschaft mit den in der Natur wirkenden Göttern sieht, sondern das erst mit dem Übertritt in die Zivilisation formulierte, die Naturanlagen des Menschen zum Recht nutzende *ius gentium*. Vgl. nur *Hermogenian* I iuris optimarum D 1,1,5. Hervorhebenswert ist die Betonung der Gerichte in dieser Theorie, die hier besonders deutlich zum Ausdruck kommt. Denn sie erklärt, warum das klassische Rechtssystem über das Edikt durchgesetzt wurde, d. h. durch eine magistratische Bekanntgabe, die im Kern nichts anderes war als eine umfassende und ausdifferenzierte Ordnung der Gerichte, die das Recht, mit dem der Bürger und der in der Rechtsordnung lebende Mensch rechnen konnte, gewährleisteten.

gionis, non humani officii ratio colebatur, nemo nuptias viderat legitimas, non certos quisquam aspexerat liberos, non ius aequabile quid utilitatis haberet, acceperat. ita propter errorem atque inscientiam caeca ac temeraria dominatrix animi cupiditas ad se explendam viribus corporis abutebatur, perniciosissimis satellitibus. Quo tempore quidam magnus videlicet vir et sapiens cognovit quae materia esse et quanta ad maximas res opportunitas in animis inesset hominum, si quis eam posset elicere et praecipiendo meliorem reddere; qui dispersos homines in agros et in tectis silvestribus abditos ratione quadam compulit unum in locum et congregavit et eos in unam quamque rem inducens utilem atque honestam primo propter insolentiam reclamantes, deinde propter rationem atque orationem studiosius audientes ex feris et immanibus mites reddidit et mansuetos.

3. Ac mihi quidem videtur hoc nec tacita nec inops dicendi sapientia perficere potuisse, ut homines a consuetudine subito converteret et ad diversas rationes vitae traduceret. Age vero, urbibus constitutis, ut fidem colere et iustitiam retinere discerent et aliis parere sua voluntate consuescerent ac non modo labores excipiendos communis commodi causa, sed etiam vitam amittendam existimarent, qui tandem fieri potuit, nisi homines ea quae ratione invenissent eloquentia persuadere potuissent? Profecto nemo nisi gravi ac suavi commotus oratione, cum viribus plurimum posset, ad ius voluisset sine vi descendere, ut inter quos posset excellere, cum eis se pateretur aequari et sua voluntate a iucundissima consuetudine recederet quae praesertim iam naturae vim obtineret propter vetustatem.

(2. Wenn wir nun die Herkunft der Sache, die Redekunst genannt wird, näher betrachten wollen, sei sie nun eine Kunstlehre, eine Bemühung, eine gewisse Praxis oder eine von der Natur ausgehende Fähigkeit, so werden wir finden, daß sie aus den achtbarsten Ursachen entstanden und aus den vortrefflichsten Gründen fortentwickelt worden ist. Denn es gab einst eine Zeit, in welcher die Menschen auf den Feldern ohne jede Ordnung nach Art der Tiere umherstreiften und ihr Leben in primitiver Weise fristeten und noch nichts mit den Mitteln ihres Denkvermögens, sondern das meiste durch Körperkraft ordneten: Es wurde weder die Lehre der die Götter verehrenden Religion noch die der zwischen Menschen geltenden Pflichten gepflegt. Niemand hatte je eine rechtmäßige Ehe gesehen, niemand hatte auf ihm gewiß zugeordnete Kinder geblickt noch gelernt, wie nützlich ein für alle gleiches Recht sei. Daher mißbrauchte aus Irrtum und Unwissenheit die Begierde, diese blinde und rücksichtslose Beherrscherin der Vernunft, zu ihrer Selbstverwirklichung die Kräfte des Körpers, diese höchst gefährlichen Waffengefährten. Zu dieser Zeit erkannte ein Mann, gewiß ein bedeutender und einsichtsvoller, was für Stoff und was für Möglichkeit zu den bedeutendsten Dingen im Denken und Fühlen der Menschen enthalten sei, wenn sie nur jemand hervorlocken und durch Unterweisung veredeln könne. Dieser brachte die auf den Feldern verstreuten und in dichten Wäldern versteckten Menschen unter einem Vorwand an einem Ort zusammen, versammelte sie und machte sie, indem er sie in ein jedes nützliche und zugleich achtbare Verhältnis einführte, nachdem sie zunächst wegen des ungewohnten Vorgangs wider ihn schrien, darauf aber aufgrund des vernünftigen Inhalts und der schönen Form seiner Rede immer aufmerksamer zuhörten, aus tierischen und ungeschlachten Wesen sanft und freundlich.

3. Und nach meiner festen Überzeugung hätte eine schweigende oder der Rede nicht fähige Weisheit nicht vermocht, die Menschen plötzlich von ihrer bisher gewohnten Daseinsform abzubringen und in eine von ganz anderen Prinzipien beherrschte Lebensweise hinüberzuführen. Man bedenke doch: Daß die Menschen nach der Gründung von Städten lernten, die Vertragstreue zu achten und Gerechtigkeit zu wahren, daß sie sich angewöhnten, anderen aus freien Stücken zu gehorchen, und es richtig fanden, um des gemeinen Nutzens willen nicht nur Mühen auf sich zu nehmen, sondern auch ihr Leben aufs Spiel zu setzen, wie hätte denn das geschehen können, wenn nicht Menschen von dem, was sie kraft Vernunft gefunden hatten, die anderen durch die Kunst der Rede hätten überzeugen können? Ganz gewiß hätte niemand, der durch seine Körperkräfte fast alles vermochte, zu dem Willen bestimmt werden können, gewaltlos in den Rechtszustand überzutreten, wenn er nicht durch eine ebenso gewichtige wie verlockende Rede dazu gebracht worden wäre, hatte das doch die Folge, daß er es zulassen mußte, mit denen gleichgestellt zu werden, unter denen er eine führende Stellung

bätte haben können, und daß er aus freien Stücken von einer liebgewordenen Gewohnheit abgehen mußte, einer Gewohnheit, die durch ihr Alter schon die Kraft der Natur erlangt hatte.)

Was Cicero hier beschreibt, entspricht dem, was in der Neuzeit als Übergang vom Naturzustand in den Gesellschaftszustand bezeichnet werden sollte. Der Naturzustand ist dadurch geprägt, daß sich im Konflikt die körperliche Gewalt durchsetzt. Der Rechtszustand bringt die durch das Gemeinwesen gesicherte Herrschaft der für alle gleichen Regeln.

Im Vergleich zur Moderne fehlen Gesellschafts- wie Herrschaftsvertrag. Die Stelle nehmen jeweils tatsächliche Vorgänge ein. Das friedliche *convenire*, das sich im friedlichen Übergang zum Rechtszustand vollzieht, ist kein verfügender Vertrag, sondern genau das, was es sagt, eine Zusammenkunft. Erst der Erfolg der Rede erzeugt den Rechtszustand und gibt der Versammlung die rechtliche Form eines Volkes⁸³. Und auch die Herrschaft wird nicht in einem rechtsübertragenden Akt erzeugt, sondern verleiht dem, was die Natur als Herrschaft kennt, eine rechtliche Form. Der große Redner führt die Menschen aus ihrem schon zur Gewohnheit gewordenen religions- und rechtlosen Zustand heraus, weil er sie, nachdem er sie zusammengerufen hat, an dem zu packen weiß, was von Natur aus an Zivilisationsfähigkeit in ihnen steckt, an ihrer Fähigkeit, vernünftige Wahrheiten einzusehen und sich Werte, deren keimhaftes Vorhandensein in ihnen selbst sie anerkennen, zu eigen zu machen. So überzeugt der Redner die Menschen nicht nur allgemein von den Segnungen einer von *religio* und *aequitas* getragenen Rechtsordnung, sondern auch im einzelnen von den Vorzügen eines für alle gleichen Rechts (*ius aequabile*), und dies sowohl auf der Ebene formaler Rechtsinstitute wie der Ehe und der Kindschaft als auch auf der Ebene der Verhaltenswerte des natürlichen mitmenschlichen Rechts, einerseits des Gehorsams gegenüber dem gemäß der Rechtsordnung verfassungsmäßig berufenen Herrscher, andererseits der *fides* des Worthaltens.

Philosophiegeschichtlich gesehen ist der die Menschen belehrende Redner Ausdruck und Gleichnis des skeptisch gewordenen Platonismus. Die allgemeinen Begriffe stammen nicht mehr aus einem selbständigen Ideenreich, sondern aus der Erfahrung. Sie werden nicht mehr als Ordnungsformen einer höheren Sphäre „erinnert“, sondern aufgrund von Beobachtung und Analyse der Wirklichkeit als

⁸³ Vgl. Cicero, de re publica I 25, 39 *Est igitur ... res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensus et utilitatis communione sociatus. eius autem prima causa coeundi non tam inbecillitas quam naturalis quaedam hominum quasi congregatio; non est enim singulare nec solivagum genus.* Die Annahme einer gewissen Tendenz des Menschen zur Vergesellschaftung, die mit der Einordnung als einer Art Quasi-Herdentrieb wie soziobiologisch auftritt, entfernt sich nicht von den Kategorien der akademischen Skepsis. Mit dem von Cicero erzählten Mythos steht sie nicht in Widerspruch, da es für den Redner nicht schwer war, die Menschen zusammenzubringen. Cicero nennt, was ihm gelang, denn auch ein *congregare*. Daß der Redner die versammelten Menschen erst davon überzeugen mußte, daß es ein besseres Leben gibt, als dasjenige, mit dem sie bisher zufrieden waren, stimmt auch damit überein, daß nicht die Schwäche und Not (*inbecillitas*) es war, die sie zusammengeführt hat.

vernünftig und zweckmäßig eingesehen. An die Stelle der Hierarchie zwischen Ideenwelt und Empirie ist die Hierarchie zwischen dem einsichtsvollen Einzelnen und den übrigen getreten. Es ist seine Aufgabe, das, was *ratione inventa* ist, durch eine geeignete Rede zur allgemeinen Überzeugung zu machen. Die unter Menschen mögliche Wahrheit erzeugt nicht ein herrschaftsfreier Diskurs, sondern eine Rede, die zivilisierte Zustände in begrifflicher Form ausmalt und durch die Kraft der Überzeugung zum verbindlichen Modell erhebt. Da die Sprache das ist, was den Menschen von den Tieren unterscheidet, ist es nur folgerichtig, daß die Sprache es ist, die es erlaubt, ihn aus seiner Naturexistenz herauszuführen⁸⁴.

Die „Gewohnheit des Rechts“, die *consuetudo* in dem allgemeinen Sinn, in dem sie die Rechtsordnung trägt, zeichnet sich als Verheißung ab, ohne daß das Wort selbst hier schon fällt. Die Gewohnheit (*consuetudo*), die Cicero nennt und die wegen ihres Alters (*propter vetustatem*) bereits Naturkraft (*vis naturae*) erlangt hatte, ist vielmehr hier noch das manchen liebgewordene vorstaatliche Leben, in dem die Körperkraft entschied. Der gewalttätigste Mensch muß folgerichtig den größten Verzicht hinnehmen. Ihm gegenüber ist die Leistung der Redekunst die stärkste. Durch sie, durch das von ihr gehandhabte vernünftige Wort, wird der Mensch in die vom Redner geschilderte zivilisierte *ratio vitae* geführt. Es geht um einen Wechsel der *consuetudo*, um den Übertritt von einer Natur in die andere. Dazwischen liegt eine Zeit des Lernens und Eingewöhnens. Die Werte der Zuverlässigkeit und Gerechtigkeit müssen gelernt werden (*ut fidem colere et iustitiam retinere discerent*), ebenso muß der freiwillige Gehorsam gegenüber den Magistraten des Gemeinwesens eingeübt werden (*ut ... alius parere sua voluntate consuescerent*). Der Mensch ist zu dieser Umstellung fähig. Denn er ist ganz modern gesehen. Er ist das „nicht festgestellte Tier“ (Gehlen).

Der Gesichtspunkt der *vetustas* fehlt bei der zweiten, die zivilisierte *ratio vitae* tragenden Gewohnheit nicht zufällig. Denn vernünftige Wahrheiten tragen ihre Geltungskraft in sich selbst. Sie werden durch Lernen und Einüben zu wirksamen Ordnungen, gewinnen aber durch Zeitablauf nicht an begrifflicher Geltungskraft. Auch der Mensch, der sich an sie gewöhnt hat, führt ihre Geltung auf ihre innere Vernünftigkeit zurück.

Anders ist das, wie wir gleich näher sehen werden, bei dem *ius proprium* des *mos maiorum*, das Sätze einführt, die nicht universal einsichtig sind. Für sie ist die Dauer der Befolgung ein spezifischer Geltungsgrund. Es ist lehrreich, daß die klassische Rechtstheorie insofern das Leben im Naturzustand und nach den Regeln des *mos maiorum* innerhalb der Zivilisation unter der Kategorie der langen, Verhaltensbeobachtung erlaubenden Dauer sieht. Der gemeinsame Nenner ist die

⁸⁴ Cicero, de inventione I 4, 5 *ac mihi quidem videntur homines, cum multis rebus humiliores et infirmiores sint, hac re maxime bestiis praestare, quod loqui possunt. quare praeclarum mihi quiddam videtur adeptus is, qui, quare homines bestiis praestent, ea in re hominibus ipsis antecellat*. Ebenso De oratore I 8, 32 *Hoc enim uno praestamus vel maxime feris, quod conloquimur inter nos et quod exprimere dicendo sensa possumus. quam ob rem quis hoc non iure miretur summeque in eo elaborandum esse arbitretur, ut, quo uno homines maxime bestiis praestent, in hoc hominibus ipsis antecellat?*

einfache Wahrheit, daß der Mensch sich auch Lebensformen zur Gewohnheit machen kann, die der Voraussetzung allgemein einsichtiger Vernünftigkeit nicht entsprechen. So wie der Mensch im Naturzustand sich daran gewöhnt hat, nach der vernunftwidrigen Regel des Stärkeren zu leben, so kann er auch im zivilisierten Zustand – dies die Quintessenz – durch Gewohnheit Regeln in Geltung setzen, die zu beachten ihm die Einsicht der allgemeinen menschlichen Vernunft nicht abfordert, die er aber zweckmäßig findet.

2. Die Naturanlagen des Menschen zum Recht

Die gleiche Rechtsquellenlehre, die der Staatsgründungsmythos der philosophischen Rhetorik gewissermaßen *in statu nascendi* vor Augen stellt, ist, wie weitere Texte der gleichen Herkunft zeigen, in systematischer Form mitgeteilt worden und vor allem von da aus zur Theorie des klassischen Rechts geworden.

Der erste Text gehört zum rhetorischen Streitstand der rechtlichen Qualifikation. Es ist der technische Ort, an dem die philosophische Rhetorik ihre auf die römischen Verhältnisse zugeschnittene Rechtstheorie stets mitzuteilen pflegt. Auch in den *Partitiones oratoriae* oder der *Topica* Ciceros finden sich die technischen Mitteilungen zur Theorie des Rechts unter dieser Kategorie⁸⁵.

Die Leugnung des Naturrechts des Carneades hatte, wie schon der Staatsgründungsmythos gezeigt hat, nicht besagt, daß der Mensch keine Naturanlage zum Recht hätte. Die Naturrechtskritik des Neugründers der skeptischen Akademie hat vielmehr zu einer komplexen Herleitung des Rechts geführt, in der verschiedene, spezifisch menschliche Naturanlagen unterschieden werden müssen. Wir beschränken uns für die Auswertung der folgenden Stelle, was das *ius humanum* betrifft, wieder auf die Naturanlage, welche die rechtsethische Grundlage der Verträge bildet. Sie reicht als Paradigma aus, um alle wesentlichen Fragen zu klären. Der für dieses Denken kennzeichnende Unterschied zwischen der Naturanlage

⁸⁵ Der Streitstand heißt in den beiden zuletzt genannten Werken Ciceros schon *status qualitatis*, Status der rechtlichen Qualifikation (vgl. *Part. orat.* 37, 129; 28, 100 *Topica* 23, 89f.). In der Jugendschrift *De inventione* I 11, 14f. ist es der Unterfall der *constitutio generalis*, die *constitutio negotialis* heißt, *in qua quid iuris ex civili more et aequitate sit, consideratur* (*civilis mos* und *aequitas* bezeichnen hier den Unterschied zwischen partikularem und allgemeinem Recht), d. h. die praktischen Fragen des positiven Rechts in den Blick genommen werden, wie sie im Rechtsstreit auftreten, im Unterschied zur *constitutio iuridicalis*, *in qua aequi et recti natura aut praemii aut poenae ratio quaeritur*, in der es in abstrakterer Form um rechtliche Grundfragen und um den Sinn öffentlicher Auszeichnungen und Strafen geht. Die Isolierung einer auf das praktische Recht beschränkten *constitutio negotialis* (*des Streitstandes des Geschäfts*) erinnert an die wenig geachtete Stellung des griechischen Sachwalters, des *πραγματικός*. Cicero bemerkt denn auch treffend im unmittelbaren Anschluß: *cui diligentiae praeesse apud nos iure consulti existimantur [a Graecis]*. Die Trennung zwischen bloß praktischen und höheren grundsätzlicheren Rechtsfragen paßt nicht auf den professionellen und geistig anspruchsvollen *iurisconsultus* Roms und ist offenbar deswegen von der philosophischen Rhetorik in Rom früh aufgegeben worden. Auch der Auctor ad Herennium II 13, 19 macht die Unterscheidung nicht, sondern spricht einfach von *iuridicalis constitutio*.

und der in der Zivilisation geltenden Regel, die ihr gegenübertritt und sie stärkt, wird uns im übrigen aber auch noch im Bereich des *ius divinum* näher beschäftigen.

Cicero, de inventione II 22, 65

ius ex quibus rebus constat, considerandum est. initium ergo eius ab natura ductum videtur, quaedam autem ex utilitatis ratione aut perspicua nobis aut obscura in consuetudinem venisse; post autem approbata quaedam consuetudine aut vero utilia visa legibus est firmata. (Es ist zu betrachten, aus welchen Elementen das Recht besteht. Beginn und Anfang von ihm ist ersichtlich von der Natur abgeleitet, indem einige Regeln aus einem Zweckmäßigkeitsprinzip, das uns entweder unmittelbar einleuchtet oder das uns dunkel bleibt, zur rechtlichen Gewohnheit [zur ‚Gewohnheit des Rechts‘] geworden sind⁸⁶. [Auch] später [in der weiteren Entwicklung] sind Rechtsregeln entweder durch besondere Gewohnheit [des *mos maiorum*] anerkannt oder aber, was nützlich schien, durch Gesetze in Kraft gesetzt worden.)

Die *ratio utilitatis* ist die alles beherrschende, von Karneades und Ulpian betonte menschliche Zweckmäßigkeit oder Nützlichkeit des Rechts. Daß diese Zweckmäßigkeit entweder evident vor Augen tritt oder undeutlich bleibt, bezeichnet im Rahmen der nicht schriftlichen, im übrigen die ‚Gewohnheit des Rechts‘ umfassenden *consuetudo* den schon beschriebenen (und noch weiter zu behandelnden) Gegensatz zwischen dem universalen, auf evidente Richtigkeit Anspruch machenden *ius commune* (zusammengesetzt, wie erinnerlich, aus dem soziobiologischen *ius naturale* und dem von der *naturalis aequitas* unterstützten *ius gentium* der *civilis aequitas*) und dem partikularen, auf den *mos maiorum* gestützten *ius proprium*, das dem *ius commune* entweder etwas hinzufügt oder hinwegnimmt. Solches *ius proprium* kann, wie der letzte Satz des Fragments sagt, auch durch Gesetze eingeführt werden. Wenn Cicero daher später am Ende seines Lebens in der schon zitierten Stelle als vollständige Einteilung des Rechts nennt (Topica 7, 31): si quis ius in legem, morem, aequitatem dividat (wenn jemand das Recht in besondere Gesetze, das Gewohnheitsrecht und das überall gleiche Recht einteilt), hat er die gleiche umfassende Unterscheidung vor Augen, die er in seiner Jugend gelernt hatte: Denn die universale *aequitas* ist aus den Regeln des *ius commune* gebildet, die für alle Menschen gleiches und als vernünftig einsehbares Recht schaffen, Eigenschaften, die den Geboten des *ius proprium* fehlen.

Cicero, de inventione II 22, 65

ac naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem. 66 veritatem, per quam damus operam, ne quid aliter, quam confirmaverimus, fiat aut factum aut futurum sit 67 Ac naturae quidem iura minus ipsa quaeruntur ad hanc controversiam, quod neque in hoc civili iure versantur et a vulgari intellegentia remotiora sunt; ad similitudinem vero aliquam aut ad rem amplificandam saepe sunt inferenda. (Und von Natur aus ist Recht, was uns nicht die Überzeugung, sondern eine gewisse angeborene Kraft herbeibringt, wie Religion, Verantwortlichkeit für Nahestehende, Dankbarkeit, Vergeltung, Respekt, Wahrhaftigkeit. 66 Die Wahrhaftigkeit ist diejenige Kraft, unter deren Einfluß wir uns bemühen, daß nichts auf

⁸⁶ Die Unterscheidung bezieht sich, wie schon hier gesagt sei, auf den Gegensatz zwischen dem *ius gentium*, dessen Regeln rational einsehbarer Weise richtig sind, und den Regeln des *mos maiorum*, für die das nicht gilt.

andere Weise als so, wie wir es bestätigt haben, geschieht, geschehen ist oder geschehen wird. 67 Und die Rechtsprinzipien der Natur werden für diesen Streitstand [der rechtlichen Qualifikation eines Rechtsstreits] weniger herangezogen, weil sie im eigentlichen [das heißt dem in Regeln ausformulierten] bürgerlichen Recht nicht vorkommen und vom allgemeinen Verständnis recht weit entfernt sind. Für Analogien aber und zur ausführlichen Darlegung eines Gegenstandes sind sie häufig heranzuziehen.)

Um das Verhältnis von Natur und Überzeugung in diesem Text zu verstehen, muß man sich des mythischen Redners erinnern. Die Natur liefert in Gestalt menschlicher Anlagen, die entdeckt und ausgebildet werden wollen, die ethischen Grundlagen des Rechts. Sind diese Möglichkeiten erkannt und formuliert, bedarf es, um dieses Rechtliche zum Inhalt der Überzeugung zu machen, der Erziehung und Überredung, so wie es jener Redner vorgemacht hat.

Die *veritas*, die Wahrhaftigkeit, dient uns für das Gesagte als Beispiel. Denn die Wahrhaftigkeit ist die im Menschen aktivierbare Kraft, welche die Verträge zu halten gebietet. Als solche heißt sie *fides*⁸⁷ und in den klassischen Ediktcommentaren auch *fides humana*, als die Fähigkeit, das gegebene Wort im Vertragsrecht zu halten⁸⁸. Sie ist, wie der obige Text deutlich macht, beim Übergang zum Rechtszustand nur keimhaft vorhanden. Es ist Aufgabe der philosophischen Redekunst, die den Platz der Erziehung zur Kultur einnimmt, aus der keimhaft vorhandenen, in den Seelen der Menschen liegenden Naturanlage eine feste, inhaltlich bestimmte Überzeugung zu machen⁸⁹. Weil es Naturanlagen sind, die als solche nicht zu Regeln ausgeformt sind, wirken sie auch als Quellen der Rechtsfortbildung. In diesem Sinn spricht Cicero in der schon angeführten Stelle der *ratio iuris* im Hinblick auf das Verhältnis von Norm- und Naturseite des *ius humanum* (*aequitas*) von „offenen Quasiquellen des Rechts“ (*quasi aperti fontis aequitatis*).

Im erreichten Rechtszustand, der die Anlagen des Menschen zum Recht zugleich voraussetzt und kräftigt, werden, wie der folgende Text auseinandersetzt,

⁸⁷ Cicero, de officiis I 7, 23 *fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. ex quo, quamquam hoc videbit fortasse cuiusdam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est, appellatam fidem.* Die Etymologie folgt der skeptischen Wortausdeutungstechnik. Vgl. „Gesetz und Wortlaut“ (oben Anm. 1) 196 f. Die Distanz zu den Stoikern, deren naturrechtliche Gesellschaftslehre kurz vorher mitgeteilt worden war, ist bewußt (III 4, 20 *nobis autem nostra Academia magnam licentiam dat, ut, quodcumque maxime probabile occurrat, id nostro iure liceat defendere*).

⁸⁸ Vgl. oben Anm. 42.

⁸⁹ Cicero, Partitiones oratoriae 3,9 *Quoniam fides est firma opinio, motus autem animi incitatio aut ad voluptatem aut ad molestiam aut ad cupiditatem aut ad metum . . . omnem conlocationem ad finem accommodo quaestionis. Nam est in proposito finis fides, in causa fides et motus. (Da die Überzeugung eine festgegründete Meinung darstellt, die Seelenbewegung aber die Aufreizung zu Lust oder Unlust, zu Begehren oder Furcht ist, ordne ich den ganzen Aufbau der Rede dem Ziel der Streitfrage unter. Denn ins Auge gefaßt ist als Ziel die Überzeugung [der Hörer], im Rechtsstreit selbst geht es sowohl darum, die Hörer zu überzeugen als auch ihre Seelen in Bewegung zu bringen.)* Die Anthropologie ist die gleiche wie in der großen Überredung zur Zivilisation.

dann die verschiedenen Rechtsquellen zu unterscheiden sein. Ciceros in Stichworten vorgehendes Referat unterscheidet dabei in komplexer Weise einesteils das Gewohnheitsrecht im engeren Sinn von dem, was die ‚Gewohnheit des Rechts‘ an nicht schriftlichem Recht umfaßt, bezieht beides auf das Edikt, und unterscheidet von diesem ausgehend als die Gegenstände, die im Edikt proponiert sind, zunächst die Regeln des Vertragsrechts, dann die für alle gleichen (der vertraglichen Vereinbarung nicht bedürftigen) Regeln, ferner die Bestimmungen über rechtskräftige Urteile und schließlich die Gesetze als das geschriebene Recht.

Als erstes wird das Gewohnheitsrecht im engeren Sinn genannt, welches den *mos maiorum* hervorbringt.

Cicero, de inventione II 22, 67

Consuetudine autem ius esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. (*Aufgrund Gewohnheit hält man für Recht, was aufgrund des Willens aller ohne Gesetz das Alter bekräftigt hat.*)

Daß es gemeint ist, zeigt das Stichwort *vetustas* und die Konfrontation mit dem geschriebenen Gesetz, das am Ende noch einmal erwähnt wird.

Im nächsten Schritt wird der Begriff der *consuetudo* erweitert auf die gesamte nichtschriftliche Gewohnheit des Rechts und bemerkt, daß von ihm das meiste (wie wir wissen, von der Seite der Rechtsschutz- und Klagsmittel) im Edikt veröffentlicht ist.

Quo in genere [sc. consuetudinis] et alia (!) sunt multa et eorum multo maxima pars quae praetores edicere consuerunt. (*In dieser Kategorie [der consuetudo] findet sich auch noch vieles andere, und davon gehört der bei weitem größte Teil zu dem, was die Prätores in ihrem Edikt bekanntzugeben pflegen.*)

Daß, wie der Text sagt, nicht alles, was diese umfassende *consuetudo* enthält, im Edikt geregelt ist, ist selbstverständlich. Man denke nur an die Grundvoraussetzung des rechtlichen Zusammenlebens, an die Rechtsfigur der das Bürgerrecht verleihenden *civitas* und an die Bürgern wie Fremden Rechtsschutz gewährende Magistratur. Es folgt in bezug auf das Edikt eine Aufgliederung der nicht gesetzlichen Rechtsregeln, die das Edikt durch diese Bekanntgabe zu einem sicheren Bestandteil der Rechtsordnung gemacht hat.

Quaedam autem genera iuris iam certa consuetudine facta sunt: quod genus pactum, par, iudicatum. (*Einige Arten des Rechts sind bereits durch die Gewohnheit gewiß geworden. Dazu gehören der Vertrag, die gleiche Regel, die rechtskräftige Entscheidung.*)

Die Festigung der Rechtsgeltung durch die ‚Gewohnheit des Rechts‘ steht in diesem Satz ganz im Vordergrund, obwohl es, wie wir sehen werden, bei den vier Punkten im wesentlichen um rationale, als richtig einsehbare Rechtsregeln geht. Dies darf aber nicht überraschen. Der scheinbare Kontrast zwischen Rationalität und Gewohnheit löst sich auf durch den Begriff der ‚Gewohnheit des Rechts‘, wie er aus der klassischen, in dem Rechtentstehungsmythos dargestellten Kultur-anthropologie folgt. Da das Recht nur auf latente Möglichkeiten in der menschlichen Seele zurückgreifen kann, bedarf es der Stärkung durch die Erziehung, die ohne die Dauer der Anwendung nicht auskommt. In diesem Sinne werden auch

Bestandteile des *ius gentium* und Gebote der *naturalis aequitas*, obwohl ihre Geltung als universal angesehen wird, wie die vier im weiteren noch näher erläuterten Beispiele zeigen, durch die Gewohnheit des Rechts gestärkt.

Die als erste genannte Kategorie *pactum* ist der Zentralbegriff des Titels *de pactis conventis* des klassischen Edikts. Es bezeugt den Ursprung der in diesem Ediktstitel vorausgesetzten und in der klassischen Kommentierung entfalteten Lehren, wenn wir den das klassische Vertragsrecht insgesamt tragenden Begriff hier und in der Parallelstelle des Auctor ad Herennium zum ersten Mal bezeugt finden.

Pactum est quod inter quos convenit ita iustum putatur ut iure praestare dicatur.
(Vertrag ist, was unter denen, die darüber übereinkommen, für so rechtmäßig gehalten wird, daß man sagt, daß es durch das Recht ausgezeichnet sei.)

Zum *pactum*, der friedlichen Verständigung, gehört notwendig die Übereinkunft des *convenire*. Ihre Anerkennung durch das Recht kennt, wie die klassischen Kommentare zum Edikt *de pactis conventis* ausführen, mehrere Formen. Sie werden entweder als natürliche Übereinkünfte wegen ihres den Frieden fördernden Nutzens vom Prätor unter dem Gesichtspunkt der *naturalis aequitas* anerkannt, so im Fall des den Rechtsstreit auf Dauer oder auf Zeit beilegenden *pactum conventum*, aufgrund dessen der Prätor zugunsten des Beklagten eine Einrede gibt. Oder sie sind vom *ius gentium* anerkannt, wie die *emptio venditio*, die *locatio conductio*, das *mutuum* oder die *stipulatio*. Oder sie sind vom *mos maiorum* anerkannt, wie die *sponsio*⁹⁰.

Die technische Juristensprache, wie sie für Servius bezeugt ist, sieht entsprechend der Denkweise des *ius commune* das *pactum conventum* als Naturgrundlage jeden Vertrages. Ein Gesellschaftsvertrag heißt daher in einer technischen Entscheidung der Servius-Schule zweimal *pactum conventum societatis*⁹¹. Den gleichen Gedanken variiert Pedius, wenn er in jedem Vertrag eine *conventio* findet⁹². Eine friedliche Übereinkunft ist die Grundlage eines jeden Vertrages. Der klassischen Vertragstheorie kommt ein besonderer Rang zu, weil sich in den friedlichen Übereinkünften unter privaten Vertragsparteien im Kleinen wiederholt, was sich zu Beginn der Rechtsordnung im Großen in der Staatsgründung ereignete. Die Naturgrundlage ist in beiden Fällen die friedliche Zusammenkunft – die Verbindung von *pactum* mit *pax* und *pactio* wird in den Kommentaren zum Edikt *de pactis* gebührend betont – und die aus dieser friedlichen Zusammenkunft geborene Bereitschaft, die Lebensverhältnisse durch das Recht erhöhen zu lassen.

Die Erhöhung oder Auszeichnung durch das Recht heißt hier und in der (gleich noch zu betrachtenden) Parallelstelle beim Auctor ad Herennium *iure praestare*. Die Vorstellung trifft auch auf die den Staat gründende Urversammlung zu. Denn

⁹⁰ Ulpian 4 ad edictum D 2,14,1 und D 2,14,7 pr u. § 1.

⁹¹ Paulus 3 epitomarum Alfeni digestorum D 17,2,71 pr.

⁹² Ulpian 4 ad edictum D 2,14,1,3.

das, was bewirkt, daß die Zusammenkunft zu einem Gemeinwesen wird, ist das Recht, über dessen Formen und Gehalte die zusammengekommenen Menschen von dem mythischen Staatsgründer aufgeklärt werden⁹³.

Aus dem Gesichtspunkt des Edikts *de pactis* erfolgt diese Auszeichnung durch das Recht, das eine „friedliche Übereinkunft“ rechtlich qualifiziert, entweder aufgrund des universalen *ius gentium* oder des (aus *mos maiorum* oder *leges*) stammenden *ius proprium*. Die Gewährleistung dieser vom Recht ausgezeichneten Verträge geschieht durch die Jurisdiktion im engeren Sinn, das *ius dicere*, das mit *in ius* konzipierten Formeln arbeitet. Durch das *imperium*, das der *naturalis aequitas* folgt, wird dieses Vertragssystem dann, wie schon erläutert, ergänzt, und zwar durch Formeln, die, wie z. B. im Fall der *actio de pecunia constituta* oder der *exceptio pacti conventi*, nicht *in ius*, sondern *in factum* konzipiert sind (vgl. oben Anm. 49).

Bei dem ungewöhnlichen Terminus „Auszeichnung durch das Recht“ (*iure praestare*) handelt es sich im übrigen wahrscheinlich um eine der typischen Umdeutungen, nämlich um den Versuch, ein zentrales Wort der vorklassischen Rechtslehre mit neuem Sinn zu erfüllen. Im vorklassischen Sprachgebrauch bezeichnete das Wort *praestare* die aus einer naturrechtlichen *bona fides* folgende und den Menschen in den entsprechenden Verhältnissen als Mitglied der menschlichen Gesellschaft treffende, naturrechtliche Einstandspflicht⁹⁴. Der Blickwechsel ist typisch: von einem letztlich göttlich inspirierten, in den Verhältnissen als ὁρθὸς λόγος wirkenden Prinzip zu menschlich formulierten, der empirischen Beobachtung folgenden Ordnungsfiguren und Regeln.

Der folgende Leitbegriff des *par* hat sich als Systembegriff nicht behauptet. Er fehlt schon in der *ratio iuris* Ciceros, Part. Orat. 37, 129f. und ebenso im Lexikon der Juristen. Vermutlich sah man für einen Ausdruck, der nicht anders als der Ausdruck *aequitas* die Gleichheit⁹⁵ betont, keinen besonderen Bedarf.

Par, quod in omnes aequabile est. (Das Gleiche ist, was für alle gleich ist.)

⁹³ Vgl. auch den *iuris consensus* der oben Anm. 83 zitierten Cicero-Stelle.

⁹⁴ Vgl. Cicero, de officiis II 16, 65, wo es um die Inhaltsbestimmung des *praestare oportere* des Verkäufers *ex bona fide* geht und die vergangene Tätigkeit der veteres-Juristen (*statuerunt!*) und eine vorklassische Geschworenenentscheidung zitiert wird, die Cicero vom Standpunkt der klassischen Jurisprudenz ablehnt. Siehe auch Cicero, Topica 17, 65, wo zum Gesichtspunkt der materialen *causa efficiens*, die mit der *bona fides* als *magna vis* identisch ist (Cicero, de officiis III 17, 69), die überlieferte Tätigkeit (*tradiderunt*) der vorklassischen Juristen zum gesamten Bereich der *bonae fidei iudicia* zur Frage zitiert wird, *quid alterum alteri praestare oporteret*. In der vorklassischen Bedeutung wurde die Herleitungsmöglichkeit *prae-stare* (als Bürge eintreten) ausgenützt, in der klassischen die Herleitungsmöglichkeit *prae-stare* (vorantreten, ausgezeichnet sein). Eindringlich und förderlich zu dem wichtigen Thema jüngst Riccardo Cardilli, L'obbligazione di „praestare“ e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II. sec. d. C.) (1995).

⁹⁵ Gleichheit im konkreten Vergleich ist der Kernsinn von *par*. Vgl. nur aus dem mythischen Zweikampf der Horatier und Curiatier einerseits über den letzten noch lebenden der drei Römer (*Livius* I 25, 7: *universis solus nequaquam par*) und über die verletzten und ermüdeten drei Kämpfer für Alba Longa je einzeln genommen (*Livius* I 25, 11: *nec spe nec viribus pares*).

Man kann aber dem Begriff einen unterscheidenden Wert nicht absprechen. Ihm entgegengesetzt sind alle diejenigen Rechtsregeln, die nicht schlechthin für alle Menschen gelten, einerseits so die schon angeführten vertraglichen Regeln, die lediglich die Vertragsparteien binden, andererseits die gleich folgenden durch Urteil erzeugten Regeln, die nur zwischen den Prozeßparteien gelten, und schließlich die gewohnheitsrechtlichen und gesetzlichen Regeln, die nur für die Bürger gelten. Beispiele für ein in diesem Sinne bestimmendes *par quod in omnes aequabile est* liefert etwa das im klassischen Edikt proponierte, mit der klassischen *aequitas* in besonderem Maße verbundene Recht der Kondiktionen⁹⁶.

Iudicatum, de quo iam ante sententia alicuius aut aliquorum constitutum est. (Rechtskräftig entschieden ist, worüber schon vorher durch das Urteil eines oder mehrerer Richter entschieden worden ist).

Gemeint ist hier die rechtskräftige Entscheidung, die *res iudicata*, durch die nach der Überzeugung dieser Rechtstheorie die „Gewohnheit des Rechts“ in besonderem Maße getragen wird⁹⁷. Im klassischen Edikt ist die Rechtskraft der Urteile durch die Regelungen der *actio iudicati* und die (formale Rechtshängigkeits- und Urteilswirkungen nachgestaltende) *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* gesichert. Die hohe Wertschätzung der Gerichtstätigkeit für die Integration der verfassungsmäßigen Rechtsordnung prägt im übrigen das gesamte klassische Edikt, das ja im Kern nichts anderes als eine große detaillierte, dem Publikum Rechtsschutz verheißende Prozeßordnung darstellt.

Es ist aus heutiger Sicht auffällig, daß eine konkrete Regelung wie ein rechtskräftiges Urteil unter die Rechtsquellen gestellt wird (und nicht nur als Anwendung einer Norm angesehen wird, wie es dem heutigen Urteil entspricht). Es ist die gleiche ungewohnte Sichtweise, die schon bei der Rechtsquelle *pactum conventum* auftrat, da die heute herrschende Ansicht auch Verträge nicht unter die Rechtsquellen stellen würde. Hier zeigt sich ein grundsätzlicher Unterschied zum modernen Denken. Das moderne Recht leitet die Rechtsgeltung von der Anerkennung ab, die einer Regelung durch eine höhere, von einem Normsetzer gesetzte Norm zuteil wird. Daher können Regelungen, die nur als Recht anerkannt werden, aber unter sich keine Regelungen haben, denen sie ihrerseits Normqualität verleihen, nicht als Rechtsquelle anerkannt werden. Das klassische Recht denkt dagegen von der Herstellung eines normgemäßen Zustandes aus, angefangen mit dem Zusammentritt zur *civitas*. Dem Hinweis, daß eine *res iudicata* genauso wie eine vertragliche Obligation grundsätzlich nur inter partes wirkt, würde das klassische Denken erwidern, daß das zwar zutrifft, aber nicht ausschließt, daß solche Verhältnisse in ihrer Relativität auch für Dritte vorhanden sind, ihnen z. B. zur Ausübung übertragen oder vererbt werden können. Auch der Bürgerverein einer *civitas* ist nicht nur für seine Bürger in der Welt, sondern auch für alle anderen

⁹⁶ Vgl. nur *Celsus* 5 digestorum D 12,1,31 und derselbe bei *Ulpian* 26 ad edictum D 12,4,3,71.

⁹⁷ Vgl. *Cicero*, pro Sulla 22, 63 *Status enim rei publicae maxime iudicatis rebus contineri* und oben Anm. 83.

Menschen, die mit ihm zu tun haben und auf seinem Boden Rechtsschutz erwarten.

Der Überblick über die Rechtsquellenlehre endet mit dem Hinweis auf das *ius scriptum*, auf die Regeln, die in den Gesetzen zu finden sind.

Iam iura legitima ex legibus cognosci oportebit. (Schon ist es nötig, das gesetzliche Recht aus den Gesetzen zur Kenntnis zu nehmen.)

Wenn der junge Cicero es unterläßt zu betonen, daß das Edikt selbstverständlich auch die gesetzlich begründeten Klagformulare proponiert, so wohl nicht zuletzt deswegen, weil, wie der Auctor in der Parallelstelle betont, die Gesetze für ihre Regelungen eine eigene Publikationsform darstellen (vgl. u. S. 80), die als solche dem Edikt vorgeht.

Ein Schlußwort betont den Wert, den diese sorgfältig unterteilende und systematisch durchkomponierte Rechtsquellenlehre für den gerichtlich tätigen Rhetor hat.

His ergo ex partibus iuris, quod cuique aut ex ipsa re aut ex simili aut maiore minoreve nasci videbitur, attendere atque elicere pertemptando unamquamque iuris partem oportebit. (Diesen Abschnitten des Rechts muß man folglich seine Aufmerksamkeit zuwenden und aus ihnen hervorlocken, indem man einen jeden Abschnitt des Rechts sorgfältig durchprüft, was sich für einen jeden Fall entweder unmittelbar kraft des Sachverhalts oder kraft Ähnlichkeit oder kraft argumentum a maiore oder minore ergibt.)

In vollem Maß hat sie diesen Wert gewonnen, als sie sich mit Servius Sulpicius in der Jurisprudenz durchgesetzt hatte, und zwar in der im wesentlichen gleichgebliebenen Gestalt, in der sie uns Cicero in seinen schon oft zitierten Abschnitten der Redekunst vorlegt (*Partitiones oratoriae* 37, 129 – 131), nämlich mit dem Herkunftsvermerk (vgl. ebenda. 40, 139): *e media nostra Academia*. Was vorher für das geltende römische Recht ein analytisch wertvolles System war, das aber den Redner zu einer kritischen Auseinandersetzung mit der bisherigen römischen Rechtswissenschaft nötigte, war nunmehr das positive Recht selbst.

3. Recht und Gerechtigkeit

Die soeben betrachtete Rechtsquellenlehre, die uns die Elemente der „Gewohnheit des Rechts“ in ihrer klassisch gewordenen Form vor Augen geführt hat, wurde von Cicero, wie schon zu Beginn ihrer Betrachtung bemerkt, an der in der philosophischen Rhetorik allgemein üblichen Stelle mitgeteilt, nämlich bei Gelegenheit des später regelmäßig sogenannten *status qualitatis*, des Rechtsstreits über Rechtsfragen (vgl. oben Anm. 84).

Lehrreicherweise teilt uns nun aber Cicero in seiner Jugendschrift *de inventione* die gleiche Rechtsquellenlehre noch einmal mit, das zweite Mal aber nicht innerhalb der Einteilungen der Gerichtsrede beim *status qualitatis*, wo das Recht professionell in den Blick kommt, sondern dort, wo es bei der Erörterung der deliberierenden Rede um die Lehre von den zu erstrebenden Gütern, also um die Ethik geht. Dort, wo im Rahmen dieser Güterlehre ihre höchsten Werte, die Kar-

dinaltugenden, erscheinen, die um ihrer selbst willen erstrebt werden und nicht mehr der *utilitas* untergeordnet sind⁹⁸, wird auch der ethische Wert der Gerechtigkeit genannt⁹⁹, und mit ihm zusammen, in höchst lehrreicher Verflechtung, die Rechtsquellenlehre. Der Leser wird sofort erkennen, daß bis auf die vorangeschickte Definition der Gerechtigkeit im Text alles übrige, abgesehen von leichten Variationen, dem gerade Kennengelernten entspricht. Im übrigen beschränke ich die Erläuterung der Naturanlagen zum Recht wieder auf das Vertragsrecht sowie auf das später gesondert zu betrachtende Recht der Religion.

Cicero, de inventione II 53, 160

*Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem*¹⁰⁰. Eius initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit. 61 Naturae ius est quod non opinio genuit, sed quaedam in natura vis insevit, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem ... 54, 162 Veritas, per quam immutata ea, quae sunt [ante] aut fuerunt aut futura sunt, dicuntur. Consuetudine ius est, quod aut leviter a natura tractum aluit et maius fecit usus, ut religionem¹⁰¹, aut si quid eorum quae ante diximus ab natura profectum maius factum propter consuetudinem [= ius gentium] videmus, aut quod in morem vetustas vulgi approbatione perduxit [= mos maiorum]; quod genus pactum est, par, iudicatum. Pactum est, quod inter aliquos convenit; par, quod in omnes aequabile est; iudicatum, de quo alicuius aut aliquorum iam sententiis constitutum est. Lege ius est, quod in ex scripto quod populo expositum est, ut observet, continetur.

⁹⁸ Vgl. den Eingang dieses Abschnitts de inventione II 52, 157: *Nunc ad deliberationis praecepta pergamus. Rerum expetendarum tria genera sunt: par autem numerus vitandarum ex contraria parte. nam est quiddam, quod sua vi nos alliciat ad sese, non emolumento captans aliquo, sed trahens sua dignitate, quod genus virtus, scientia, veritas. est aliud autem non propter suam vim et naturam, sed propter fructum atque utilitatem petendum: quod est <genus> pecunia est porro quiddam ex horum partibus iunctum. quod et sua vi et dignitate nos inlectos ducit et prae se quandam gerit utilitatem, quo magis expetatur, ut amicitia, bona existimatio.* Es gibt also drei Arten der Güter, die absoluten, die vom Nutzen unabhängig sind, wie Tugend, Wissenschaft und Wahrheit, die lediglich nützlichen wie das Geld und schließlich die gemischten, die sowohl um ihrer selbst wie um des Nutzens willen erstrebt werden, wie die Freundschaft.

⁹⁹ De inventione II 53, 159: *Virtus est animi habitus naturae modo atque rationi consentaneus. quamobrem omnibus eius partibus cognitis tota vis erit simplicis honestatis considerata. habet igitur partes quattuor: prudentiam, iustitiam, fortitudinem, temperantiam. (Die Tugend ist eine Haltung der Seele, die allein mit der Natur und der Vernunft die Übereinstimmung sucht. Daher erblickt man, wenn man alle ihre Teile erkannt hat, die ganze Bedeutung des einfachen Anstands. Sie besitzt nun vier Teile, die Klugheit, die Gerechtigkeit, die Tapferkeit und die Mäßigung.)* Da die vier Kardinaltugenden Aspekte eines Zentralwertes sind, also aus einer einzigen Mitte gedacht werden, nämlich was dem Menschen nach Natur und Vernunft „ansteht“, ist es folgerichtig, daß die Einteilungen nicht trennend sind. Es ist daher keinesweges widersprüchlich, wenn unter den Werten der Gerechtigkeit die Wahrheit auftaucht, die natürlich auch Teil der *prudentia* und ihres Teilelementes der *intellegentia* ist (De inventione II 53, 160).

¹⁰⁰ Ebenso *Auctor ad Herennium* III 2, 3 *Iustitia est aequitas ius unicuique retribuens pro dignitate cuiusque.* Auch der Auctor behandelt die *iustitia* unter dem Gesichtspunkt der *deliberatio* und läßt keinen Zweifel daran, daß auch für ihn die *iustitia* an die freie Gesinnungsbetätigung appelliert. Vgl. III 3, 5, wo das erste Beispiel das Mitleid und das Erbarmen ist.

¹⁰¹ Zu der Kräftigung der Religion durch den vom *mos maiorum* geformten Kult u. S. 105 ff.

(Gerechtigkeit ist die Einstellung, die unter Wahrung der allgemein geltenden Zwecke des Rechts einem jeden die ihm eigene Würde gewährt. Ihre Anfänge gehen von der Natur aus; darauf sind einige Teile nach dem Prinzip der Nützlichkeit zur Gewohnheit geworden; danach haben die Furcht vor den Gesetzen und die Religion Verhältnisse, die sowohl von der Natur ausgegangen als auch von der Gewohnheit gebilligt worden sind, in Geltung gesetzt. 161. Von Natur aus gilt das Recht, das nicht bloße Meinung erzeugt hat, sondern eine gewisse in der Natur bestehende Kraft eingepflanzt hat, wie die Religion, die Verantwortung gegenüber Nahestehenden, Dankbarkeit, Vergeltung, Ehrerbietung, Wahrhaftigkeit. ... 54, 162 Wahrhaftigkeit ist, kraft derer man von dem, was ist, war und sein wird, als von etwas Unwandelbarem spricht. Recht aufgrund Gewohnheit ist entweder, was die Übung als etwas, was im ersten Ansatz von der Natur herrührt, nährte und größer machte, wie die Religion, oder wenn wir sehen, wenn etwas von dem vorher erwähnten, von der Natur ausgehenden durch Gewohnheit gekräftigt worden ist [*ius gentium*] oder was das Alter durch die Billigung des Volkes zu Gewohnheitsrecht erhoben hat [*mos maiorum*]. Von dieser Art sind der Vertrag, das Gleiche und das Urteil. Der Vertrag ist, was unter einigen übereingekommen ist; das Gleiche, was für alle gerecht ist; das Urteil, worüber durch die Urteilsmeinung eines oder mehrerer Richter schon entschieden worden ist. Kraft Gesetzes ist Recht, was in einer schriftlichen Form enthalten ist, die dem Volk zur Beachtung aufgestellt worden ist.)

Dieser frühe Text, in dem Cicero wie überall in seiner Jugendschrift gerade eben Gelerntes festhält, bestimmt das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit, von Recht und Ethik, und zwar in der Form, die vielleicht die erfolgreichste geworden ist¹⁰².

Sie besteht aus zwei Sätzen. Das mit Zwang bewehrte Recht ist das Gebiet der allgemein anerkannten Zweckmäßigkeit. Die freie ethische Gerechtigkeit gebietet, jeden nach seinem wahren menschlichen Wert zu behandeln. Das Verhältnis der beiden Sätze zueinander lautet dahin, daß der Gerechte jedem in Freiheit Gerechtigkeit widerfahren läßt, aber doch die „allgemeinen Zwecke des Rechts“ wahrt. Durch diesen Vorbehalt wird das Recht zum Bestandteil der Gerechtigkeit, kann aber im Einzelfall überboten werden.

Der Vorbehalt der *communis utilitas conservata* besagt, daß der Gerechte die Zwecke des Rechts als Teil der Vernunft erkennt, und zwar für das gesamte Recht, sowohl für die aus der Verbindung von *ius naturale* und *ius gentium* bestehenden und von der *naturalis aequitas* des Magistrats unterstützten Regeln des *ius commune* wie für die des *ius proprium*. Dadurch wird, wenn er über das Recht hinausgehend einem anderen aus Achtung vor dessen Wert etwas frei gewährt, eine Differenz zwischen Recht und Gerechtigkeit sichtbar, deren Berechtigung er selbst zu verantworten hat und für die er sich gegebenenfalls auch kritisieren lassen muß.

Cicero tadelt von diesem Standpunkt aus später die Gerechtigkeit seines alten Lehrers Q. Mucius, desselben, mit dem auch sein Freund Servius aneinandergeraten war, weil er bei einem Grundstückskauf das Prinzip des *iustum pretium* praktiziert und deswegen doppelt so viel gezahlt habe, als verlangt worden war. Das sei gewiß mitmenschlich gerecht, bemerkt Cicero, nicht aber im Sinne der vom Recht

¹⁰² Vgl. dazu meinen Beitrag „Die rechtsethischen Grundlagen des Privatrechts“, in: *Bydlin-ski, Mayer-Maly* (Hrsg.), *Die ethischen Grundlagen des Privatrechts* (1996) 1–33.

geordneten allgemeinen Nützlichkeit vernünftig¹⁰³. Mit den gleichen Kategorien, aber hier unter Parteinahme für die mitmenschliche Gerechtigkeit, kommentiert er die Opferung eines Sklaven, der bei Seenot zur Leichterung des Schiffes vom Eigentümer über Bord geworfen wurde: Hier habe der Sklaveneigentümer sein Verhalten mehr nach Nützlichkeit als nach Mitmenschlichkeit bestimmt¹⁰⁴.

Mit diesem Vorbehalt der *utilitas communis conservata* wird das Recht in die Gerechtigkeit integriert. Kraft dieses Vorbehaltes ist es mit der Gerechtigkeit vereinbar, sich auf den Rechtsstandpunkt zurückzuziehen. Das Recht hat durch diese Verankerung in der Gerechtigkeit einen eigenen rechtsethischen Wert. Die freie Gerechtigkeit ist dem Recht zwar tendenziell ethisch überlegen, aber stets dem Einwand ausgesetzt, ob es im konkreten Fall vernünftig ist, dem anderen Teil die vom Recht nicht geschuldete Großzügigkeit zu erweisen, ob er es „verdient“ und ob das Prinzip der Handlung einleuchtend ist. Die mitmenschliche, über das Recht hinausgehende Gerechtigkeit wird zu einer ganz diesseitig aus der mitmenschlichen Situation zu beurteilenden Sache, wie das Recht selbst, von dem es dieses Denken methodisch trennt. Daher sagt der Skeptiker Cotta gegen die Stoiker gewendet:

Cicero, de natura deorum III 15, 38

iustitia, quae suum cuique distribuit, quid pertinet ad deos; hominum enim societas et communitas, ut vos (Stoici) dicitis, iustitiam procreavit.

(Die Gerechtigkeit, die jedem das Seine zuteilt, was hat sie mit den Göttern zu tun; es war vielmehr die menschliche Gesellschaft und Gemeinschaft, wie ihr euch ausdrückt, welche die Gerechtigkeit hervorgerufen hat.)

4. Die klassische Rechtsquellenlehre in der philosophischen Rhetorik des Auctor ad Herennium

Der Auctor referiert die Rechtsquellenlehre nicht anders als Cicero in seiner Parallelschrift im Rahmen der Erläuterung des später sogenannten Status qualitatatis, des spezifisch auf die Rechtsfrage und mögliche Rechtfertigungen konzentrierten Streitstandes.

¹⁰³ Cicero, de officiis III 15, 62: nemo est, qui hoc viri boni fuisse neget; sapientis negant. (Niemand leugnet, daß dies die Handlung eines guten [d. h. eines gerechten] Menschen ist; man bestreitet aber, daß es die Tat eines vernünftigen Menschen ist.) 63 ... omnino tantum se negat facturum compendii sui causa, quod non liceat. huic nec laus magna tribuenda nec gratia est. (Er leugnet schlechterdings, daß er etwas um des eigenen Vorteils willen tun wird, was nicht zulässig ist. Ihm [dem Mucius] ist weder großes Lob zu zollen noch findet er [mit seinem Verhalten bei den Menschen] Beifall.) Diese Kritik steht unzweideutig auf dem Boden der skeptischen Anthropologie.

¹⁰⁴ Cicero, de officiis III 23, 89 ad extremum utilitate ... officium dirigit magis quam humanitate. Das heißt in den hier interessierenden Kategorien der skeptischen Akademie, der Eigentümer handelt menschlich ungerecht, aber rechtmäßig. Der Satz, daß die Zweckmäßigkeit unter dem Prinzip des mitmenschlichen Anständigen verfolgt werden muß (*honestate ... dirigenda utilitas*; de officiis III 21, 83) ist ein ethischer, kein rechtlicher Satz.

Auctor ad Herennium II 13, 19

Absoluta iuridiciali constitutione utemur, cum ipsam rem, quam nos fecisse confitemur, iure fact<a>m dicemus, sine ulla adsumptione extrariae defensionis. In ea convenit quaeri, iurene sit factum. De eo causa posita dicere poterimus, si, ex quibus partibus ius constet, cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto.

(Die absolut rechtliche¹⁰⁵ Streitform wenden wir an, wenn wir unsere Tat einräumen, aber die Ansicht vertreten, daß sie zu Recht geschehen ist, und zwar ohne Heranziehung einer anderen Verteidigung. Hier muß man fragen, ob die Tat zu Recht geschehen ist. Darüber können wir, nachdem der Rechtsstreit formuliert ist, sprechen, wenn wir gelernt haben, aus welchen Teilen das Recht besteht. Es besteht nun also aus folgenden Teilen: Natur, Gesetz, Gewohnheit, Urteil, dem Gleichen und Guten und dem Vertrag.)

Natura ius est, quod cognationis aut pietatis causa observatur, quo iure parentes a liberis, et a parentibus liberi coluntur.

(Kraft Natur gilt als Recht, was aufgrund Blutsverwandtschaft oder Verantwortung für Nahestehende beachtet wird; aufgrund dieses Rechts werden die Eltern von den Kindern und die Kinder von den Eltern unterstützt und unterhalten.)

Die Natur ist die Naturgrundlage, die das Recht ermöglicht. Im Blick ist der Mensch, in dem die Fähigkeit zum Recht geweckt wird. Cicero (de inventione II 22, 65) sprach von dieser Natur mit dem gleichen Beispiel, wenn er aus dem *initium iuris ab natura ductum* die *pietas* ableitete, *quae ergo patriam aut parentes aut alios sanguine coniunctos officium conservare moneat*. Diese spezifisch dem Menschen eigene Naturgrundlage ist nicht das einfache *ius naturale*, das alle höheren Lebewesen lehrt, ihre Nachkommen aufzuziehen (Ulpian 1 inst D 1,1,1,3). Dieses keimhaft aus der Natur stammende Recht gehört vielmehr zur *naturalis aequitas* und ist als solches das natürliche Pendant des spezifisch rechtlichen *ius gentium*, für das Pomponius, Ulpian D 1,1,1,4 (*ius gentium, quo gentes humanae utuntur. quod ... solis hominibus inter se commune sit*) fortführend und erläuternd, das Beispiel gibt (Pomponius lb sg enchiridii D 1,1,2 *veluti ... ut parentibus ... pareamus*). Denn diese kindliche Gehorsamspflicht setzt ja geklärte Kindschaftsbeziehungen zum Vater voraus, die in der Natur fehlen (Cicero, de inventione I 2, 2 *non certos quisquam aspexerat liberos*, o. S. 54).

Lege ius est id, quod populi iussu sanctum est, quod genus: ut in ius cas, cum voceris.

(Kraft Gesetz gilt das Recht, das auf Geheiß des Volkes in Kraft getreten ist: Ein Fall dieser Art ist: daß du vor Gericht gehen mußt, wenn du geladen wirst.)

Das alte SI IN IUS VOCAT, ITO der Zwölftafeln, des Gesetzes, dessen Text noch ein Cicero als Schüler auswendig lernen mußte, ist für die Römer das Paradigma schlechthin eines Gesetzesbefehls¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Im Gegensatz zur relativ rechtlichen *ex comparatione*. Auctor ad Herennium II 14, 21. Vgl. auch Cicero, de inventione I 11, 15, der die *constitutio iuridicialis* ebenfalls in eine absolute und comparative gliedert, nicht aber die von ihm unterschiedene privatrechtliche *constitutio negotialis*. Vgl. oben Anm. 85.

¹⁰⁶ Vgl. meinen Zwölftafelprozeß (1974) 11 ff.

Iudicatum est id, de quo sententia lata est aut decretum interpositum. Ea saepe diversa sunt, ut aliud alio iudici aut praetori aut consuli aut tribuno plebis placitum sit et fit, ut de eadem re saepe alius aliud decreverit aut iudicavit, quod genus: M. Drusus, praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit, Sex. Julius non reddidit. Item: <C.> Caelius iudex absolvit iniuriarum eum, qui Lucilium poetam nominatim laeserat, P. Mucius eum, qui L. Accium poetam nominaverat, condemnavit. Ergo, quia possunt res simili de causa dissimiliter iudicatae proferri, cum id usu venerit, iudicem cum iudice, tempus cum tempore, numerum cum numero iudiciorum conferemus.

(Ein Urteil liegt vor, worüber ein Geschworenenurteil oder eine magistratische Entscheidung ergangen ist. Diese gehen oft auseinander, wenn etwa Geschworene, Prätores, Konsuln oder Volkstribune Verschiedenes richtig finden, und so kommt es vor, daß über denselben Fall häufig unterschiedliche magistratische Entscheidungen oder Geschworenenurteile ergeben. Ein Beispiel dieser Art ist: M. Drusus, der Stadtprätor, hat, als gegen einen Erben aus Auftrag geklagt werden sollte, durch ein Geschworenengericht Rechtsschutz gegeben, Sex. Julius nicht¹⁰⁷. Der Geschworenenrichter C. Caelius hat jemanden, der Lucilius ausdrücklich, um ihn zu verletzen, einen Dichter genannt, von der Beleidigungsklage freigesprochen, P. Mucius hat denjenigen, der L. Accius einen Dichter genannt hat, verurteilt¹⁰⁸. Weil also über gleichartige Fälle verschiedene rechtskräftige Urteile ergeben können, werden wir, wenn das vorkommt, die Geschworenen, die jeweiligen zeitlichen Umstände und die Häufigkeit der jeweiligen Urteile miteinander vergleichen.)

Die Verwertung von Präjudizien, wie sie hier mit interessanten Einzelheiten mitgeteilt wird, kann in einem Plädoyer vor einem Geschworenen oder einem Magistrat natürlich sehr nützlich sein. Von der römischen Jurisprudenz ist aber nicht dieser Aspekt, sondern, wie Ciceros Paralleldarstellung schon ausweist, vielmehr die formale Rechtskraftlehre übernommen worden (vgl. o. S. 63). In der römischen Rechtskultur, die von der juristischen Rechtsweisung durch die Responsentätigkeit eines professionellen Juristenstandes geprägt ist, war für die Beachtlichkeit von Urteilen, die in der Regel von Laien gefällt wurden, die sich im Zweifel um Rat an die Juristen wandten, kein Platz.

¹⁰⁷ Zuletzt zu der Frage mein Beitrag „Die *bona fides* im *mandatum*“, Festschrift Waldstein (1993) 58, Anm. 66.

¹⁰⁸ Es handelt sich um eine den Einzelrichter fordernde *actio de convicio*. Vgl. meine Geschworenenverfassung (1970) 143. Als Grund für die überraschende Überzeugung, daß die Bezeichnung „Dichter“ eine Beleidigung enthalte, sind bei dem Juristen und Pontifex P. Mucius (Konsul 133) Überzeugungen philosophischer Art anzunehmen. Nicht zuletzt über den in seinem Haus verkehrenden Tiberius-Freund Blossius stand er unter dem starken Einfluß von dessen Lehrer Antipater von Tarsos, des naturrechtlichen Reformators der Stoa, und vertrat in führender Stellung eine Jurisprudenz der *boni viri*, deren Ideal moralische Untadeligkeit und sozialetisches Engagement war. Vgl. *Tiberius Gracchus*, (oben Anm. 1) 51 ff., 56, 64. Die bei seinem Sohn nachgewiesene, aber weit ältere Überzeugung der Stoa, daß die Dichter dem Gemeinwesen schaden, weil in dem, was sie über die Götter erfinden, viel Unwürdiges enthalten ist (vgl. das Mucius-Zitat bei *Augustinus*, de civitate dei 4, 27: *quod multa de dis fingantur indigna* und dazu unten Anm. 190), war vermutlich schon seinem Vater geläufig. Der Kläger, ein ernsthafter Tragiker, (*Marx*, in: RE [1894] s. v. L. Accius 1), Sp. 142 ff.) konnte es angesichts der von daher begründeten beleidigenden Ausdeutbarkeit des Wortes, entsprechende Vorstellung des Täters und seines Publikums vorausgesetzt, in der Tat beleidigend finden, als *poeta* beschimpft zu werden.

Consuetudine ius est id, quod sine lege, aequae ac si legitimum sit, usitatum est: quod genus, id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte petere possis.

(Kraft Gewohnheit gilt Recht, was ohne staatliches Gesetz ebenso in Gebrauch ist, wie wenn es Gesetzesrecht wäre. Ein Fall dieser Art ist: Was du dem Bankier buchmäßig auszahlst, das kannst du [auch] von seinem Gesellschafter rechtmäßig zurückverlangen.)

Dies ist die klassische Definition des *mos maiorum*, dessen Schicksal bei den Juristen wir gleich noch näher ansehen werden. Das Beispiel ist interessant, weil hier – typisch für die Tendenz der klassischen Juristen – ein vorklassisches Recht, das aus einer gesamthänderischen gesellschaftsrechtlich begründeten Prästationspflicht abgeleitet war, in einen formalen Gewohnheitsrechtssatz verwandelt wird¹⁰⁹.

Ex aequo et bono ius constat, quod ad veritatem <et utilitatem> communem videtur pertinere, quod genus, ut maior annis LX et cui morbus causa est, cognitorem det. Ex eo vel novum ius constitui convenit ex tempore et ex hominis dignitate. (Nach dem Guten und Gerechten ist Recht geschaffen, das sich ersichtlich auf den gemeinsamen wahren Nutzen bezieht. Ein Fall dieser Art ist, daß jemand, der älter als sechzig Jahre ist und der, den eine Krankheit entschuldigt, einen Prozeßvertreter bestellen kann. Ausgehend von diesem Fall wird, wie man sich einig ist, auch neues Recht geschaffen, nach den zeitlichen Verhältnissen und dem Rang des Menschen.)

Dieses aus dem „Guten und Gerechten“ stammende und auf eine allgemeine und nützliche Wahrheit ausgerichtete Recht entspricht dem, was Cicero in *de inventione* in den beiden Stellen das *par* nennt, und was in der *ratio iuris* (*Partitiones oratoriae* 37, 130) als *derectum veri et iusti* wiederkehrt, das nach der *ratio aequi et boni* verteidigt wird. Es ist eine produktive Rechtsquelle. Im Fall der formellen Prozeßvertretung durch den Kognitor hat sie sich so sehr bewährt, daß in den späteren Rechtsquellen eine Bedürfnisprüfung gar nicht mehr begegnet, also offenbar jedes durch die Bestellung zum Ausdruck gebrachte Bedürfnis genügt (vgl. Gaius IV 83). Die Worte *ex eo vel novum ius* beziehen sich im übrigen zwar zunächst auf die Prozeßvertretung, aber in paradigmatischer Weise, so daß grundsätzlich von diesem Rechtsquellenabschnitt herausgestellt wird, daß er Rechtsfortbildung ermöglicht, wie dies ja auch Cicero in der zitierten Stelle mit den *aperti quasi parti fontis aequitatis* (37, 131) betont. Tatsächlich ist das Recht der *condictio* vom hochklassischen Juristen Celsus in korrekter Anwendung der klassischen Methode unter Berufung auf das *bonum et aequum* der *naturalis aequitas* erweitert worden¹¹⁰.

Ex pacto ius est, si quid inter se pepigerunt, si quid inter quos convenit. Pacta sunt, quae legibus observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pagunt, <orato; ni pagunt,> in comitio aut in foro

¹⁰⁹ Vgl. dazu vorerst in meinem Beitrag zu der Festschrift für Witold Wolodkiewicz „Geldvermögen und Litteralvertrag. Geldtruhe (*arca*) und Hausbuch (*codex accepti et expensi*) im römischen Privatrecht und *Zensus*“ (1999) 31, die Bemerkungen zu Paulus 62 ad edictum D 2,14,9 pr. und Paulus 13 ad edictum D 4,8,34 pr.

¹¹⁰ Vgl. zur Ausdehnung der klassischen *condictio ob rem re non secuta* (formell lag *res secuta* vor) *Ulpian* 26 ad edictum D 12,4,3,7 *Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse* und die Begründung der von den Glossatoren sogenannten *condictio Iuventiana* *Celsus* 5 digestorum D 12,1,32 *eam (pecuniam) mihi a te reddi bonum et aequum est*.

ante meridiem causam coiciunto. Sunt item pacta, quae sine legibus observantur ex convento quae iure praestare dicuntur.

(Aufgrund Vertrages gilt Recht, wenn Parteien etwas untereinander vereinbaren, wenn sie über etwas untereinander übereinkommen. Es gibt Verträge, die gesetzlich zu beachten sind, z. B. auf diese Weise. Wenn sie sich über eine Rechtssache vertragen, soll er [der Prätor] dazu ein bekräftigendes Jurisdiktionswort sprechen; wenn sie sich nicht vertragen, sollen sie auf dem Comitium oder auf dem Forum Romanum [durch Streitworte der legis actio] den Streit begründen. Es gibt aber auch Verträge, die ohne gesetzliche Gründe aufgrund Übereinkunft beachtet werden; von ihnen sagt man, daß sie durch das Recht ausgezeichnet sind.)

Der für das klassische Edikt grundlegend gewordene Begriff des *pactum conventum* ist hier, wie wir es bei Cicero gesehen haben (o. S. 61), voll ausgebildet, aber eher noch klarer herausgestellt. Insbesondere ist der Zusammenhang des der ediktalen Vertragstheorie zugrundeliegenden *pactum conventum* mit dem alten, magistratisch bestätigten Zwölftafelvergleich schön ins Licht gerückt¹¹¹. Das zu einer *in factum* konzipierten *exceptio pacti* führende *pactum conventum* des Prätors ist neben den *pacta conventa quae iure praestant*, die durch Recht ausgezeichnet sind, nicht ausdrücklich erwähnt, aber durch die Nähe zum Zwölftafelvergleich hinreichend deutlich vorausgesetzt. Cicero weist auch in der *ratio iuris* seiner *Partitiones oratoriae* auf das *pactum conventum* hin, kommt aber, da seine Einteilung von dem Gegensatz zwischen *ius scriptum* – *ius non scriptum* beherrscht ist und nur auf der Seite des *ius scriptum* in *ius privatum* und *ius publicum* unterteilt ist, lediglich für die schriftlich möglichen (oder im Falle des Hausbuches notwendigerweise schriftlichen) Verträge des Privatrechts zu dem Dreiklang (*Part. orat.* 37, 130): *tabulae* (Hausbuchvertrag), *pactum conventum* (friedliche vom Prätor geschützte Übereinkunft), *stipulatio* (Verbalvertrag). Dagegen bleibt Cicero dort auf der Seite des *ius non scriptum* auf einer höheren Abstraktionsstufe stehen, nämlich auf derjenigen der allgemeinen Rechtsquellenlehre, in deren Rahmen er das besondere, das *mos maiorum* erzeugende Gewohnheitsrecht von dem universalen Recht des Gemeinwesens unterscheidet, das durch die Zusammenkunft der Menschen und einen entsprechenden Quasi-Konsens erzeugt wird (*Quae autem scripta non sunt, ea aut consuetudine aut conventis hominum et quasi consensu obtinentur*), wobei die Zuweisung der *consuetudo* zum *mos maiorum* und der *conventa hominum* zum *ius gentium* durch vorausgehenden Text gesichert ist¹¹². Wir können aber den nächsten Schritt der Konkretisierung leicht vollziehen, da wir gesehen haben, wie der Mensch von der Höhe der allgemeinen, die Rechtsordnung und den Rechtskonsens erst bildenden Zusammenkunft der Menschen zum

¹¹¹ Vgl. oben S. 61. Es geht bei dem Zwölftafelpactum nicht um die Vereinbarung des Verhandlungsortes (so *Calboli*, oben Anm. 8, 273, einem recht abwegigen Einfall folgend), sondern nicht anders als bei dem späteren prätorischen *pactum conventum* um eine Vereinbarung, die den Rechtsstreit betraf und ihn beilegen sollte. Vgl. dazu meinen Zwölftafelprozeß (1974) 52 und 77 ff.

¹¹² Nämlich durch den vorhergehenden, parallellaufenden und nur chiasmisch gestellten Satzteil Cicero, *Partitiones oratoriae* 37, 190 *quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur*. Zum *ius gentium* der Staatengründung vgl. nur *Hermogenian* I *iuris epitomarum* D 1, 1, 5.

konkreten Vertragsrecht gelangt: Durch die Übertragung der Idee der „friedlichen Zusammenkunft“ auf die „Übereinkunft“ einerseits des prätorischen *pactum conventum*, andererseits der bekannten, als vom Recht anerkannten mit eigenem Namen ausgestatteten, ihrerseits von *pacta conventa* getragenen Verträge des klassischen Systems (vgl. o. S. 61 f.).

Der Schlußsatz bestätigt entsprechend der Einstellung des Auctor und seiner Schule den praktischen Wert der Rechtsquellenlehre.

His igitur partibus iniuriam demonstrari, ius confirmari convenit, id quod in absoluta iuridic*>*ali faciundum videtur.

(Mit Hilfe dieser Teile des Rechts wird, wie man sich einig ist, das Unrecht vor die Augen gestellt und das Recht bestätigt, also das getan, was in dem rein rechtlichen Streitstand ersichtlich zu tun ist.)

5. Das *ius commune* beim Auctor ad Herennium

In der auf das *ius humanum* konzentrierten Rechtsquellenlehre hatte der Auctor ad Herennium so wenig wie Cicero Anlaß, das soziobiologische, allen Lebewesen geltende *ius naturale* zu erwähnen. Daß es aber Teil dessen ist, was er von seinen Lehrern gelernt hatte, zeigt der Begriff des *ius commune*, den wir, wie schon oben (Anm. 62) kurz gezeigt, bei ihm nachweisen können. Es ist der gleiche Begriff wie derjenige, der uns bei Ulpian begegnet.

Die Stelle, in welcher er vorkommt, betrifft die Frage, wie ein Redner vorgehen soll, wenn er dartun möchte, daß ein Normtext nicht nach dem Wortlaut, sondern nach dem Sinn und Zweck gelten solle. Er soll – so der erste Satz des Auctor – zeigen, daß die wortwörtliche Bedeutung entweder tatsächlich unmöglich ist oder einem Gesetz, dem Gewohnheitsrecht im engeren Sinn, der Natur oder dem Guten und Gerechten widerspricht.

Auctor ad Herennium II 10, 14

Deinde (sc. dicemus) id quod scriptum sit aut non posse fieri, aut non lege, non more, non natura, non aequo et bono posse fieri; quae o<mnia> noluisse scriptorem quam rectissime fieri nemo dicet; at ea quae a nobis facta sint iustissime facta. Deinde contrariam sententiam aut nullam esse, aut stultam, aut iniustam, aut non posse fieri, aut <non> constare cum superioribus et inferioribus sententiis; aut cum iure communi aut cum aliis legibus communibus aut cum rebus iudicatis dissentire.

(Darauf werden wir sagen, daß das geschriebene Recht entweder nicht geschehen könne oder nach dem Gesetz, dem Gewohnheitsrecht, nach der Natur und dem, was recht und billig ist, nicht geschehen dürfe. Niemand werde behaupten, daß der Urheber des Textes nicht gewollt habe, daß das alles möglichst rechtmäßig geschehen solle. Dagegen sei das, was von uns vorgenommen worden sei, in höchst rechtmäßiger Weise geschehen. Darauf werden wir von der gegenteiligen Meinung [sc. welche die Textgeltung vertritt] sagen, daß es sie entweder [in diesem konkreten Fall] gar nicht gibt oder daß sie töricht oder ungerecht ist oder nicht möglich sei oder mit älteren oder jüngeren Entscheidungen nicht im Einklang stehe oder dem „allgemeinen Recht“ oder anderen „allgemeine“ Normen regelnden Gesetzen oder rechtskräftigen Entscheidungen widerspreche.)

Von den vier Ausdrücken, die der Auctor am Anfang dieses Textes und in gleicher Weise für den Fall eines zweideutigen Textes verwendet¹¹³, interessieren uns hier die beiden letzten, die *natura* und das *bonum et aequum*. Der zuletzt genannte Ausdruck ist offenbar als Synonym für die *aequitas* gebraucht und hat insofern denselben Bedeutungsumfang wie die *aequitas* in der schon zitierten, im übrigen parallel formulierten Definition der Rechtsquellen.

Cicero, Topica 7, 31

Si quis ius in legem, morem, aequitatem dividat.

(Wenn jemand das Recht in besondere Gesetze, das Gewohnheitsrecht und das überall gleiche Recht einteilt.)

Für das Wort *natura* bleibt die zunächstliegende Bedeutung, die empirisch beobachtbare Natur, deren Regeln soziobiologischer Art sind und den Menschen zu einem von Natur aus geselligen Wesen machen. Damit wird verständlich, warum *natura* und *aequum et bonum* vom Auctor in demselben Zusammenhang auch zusammenfassend als *ius commune* bezeichnet werden konnten. Es ist derselbe Begriff, den Ulpian in seinen Institutionen bewahrt und dessen Grundbestandteile, soziale Instinktgebote und Kulturformen, wir bei Karneades nachweisen konnten. Man hat nicht zu Unrecht hinsichtlich des *ius commune* des Auctor auch auf den νόμος κοινός κατὰ φύσιν hingewiesen, den wir bei Aristoteles finden¹¹⁴. Aber man darf über diese Verbindung nicht die empirisch-analytische Verfeinerung übersehen, die dieser Begriff in der akademischen Skepsis durch die Unterscheidung zwischen Soziobiologie und Kulturanthropologie erfahren hat.

Um für das Argument des Auctor eine Veranschaulichung zu versuchen: Eine Gesetzesnorm würde der Natur, d. h. einer Grundrelation des *ius naturale*, widersprechen, wenn es die Ehe zwischen natürlichen Verwandten, zwischen Vater und Tochter, erlauben würde¹¹⁵. Und es würde dem *aequum et bonum* widersprechen, wenn es bestimmte, daß ein Gebrechlicher keinen Prozeßvertreter stellen dürfe

¹¹³ Beim *ambiguum* gibt der Auctor den Rat, man solle positiv zeigen (II 11, 16): quod nos interpretemur, et fieri posse, et honeste recte lege more natura bono et aequo fieri posse (unsere Interpretation könne sowohl geschehen und könne ehrenhaft und richtig nach Gesetz, Gewohnheitsrecht, Natur und bonum et aequum geschehen.) Die Erweiterung betrifft die Anständigkeit, d. h. die Kategorie der mitmenschlichen (das Recht transzendierenden) Gerechtigkeit.

¹¹⁴ Vgl. Calboli, (oben Anm. 8) 234, Anm. 217 mit Hinweis auf Aristoteles, Rhet. 1373 b 4 sgg.; vgl. bereits oben Anm. 62.

¹¹⁵ Paulus 35 ad edictum D 23,2,14,2 nec vulgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est. (Ein natürlicher Vater kann nicht seine uneheliche Tochter zur Frau nehmen, weil bei der Schließung der Ehe das Naturrecht und das Schamgefühl in Ansatz gebracht wird.) Hier ist an das skeptische *ius naturale* zu denken, da es den Vater des Naturzustandes nicht nur an der *procreatio*, sondern (wie bei manchen höheren Tieren) auch an der *educatio* beteiligte und damit dauerhaft auf die soziobiologische Rolle des Erziehers festlegte. Der *pudor* ist dagegen ein Rechtsgefühl, das sich erst in den Institutionen des *ius gentium* entwickelt. Vgl. Pomponius lb sg enchiridii D 1,1,2.

oder daß jemand etwas behalten könne, was ihm jemand irrig auf eine vermeintliche Schuld gezahlt hat (vgl. o. S. 70 und S. 36 f.).

Die neben dem *ius commune* genannten *leges communes* meinen offenbar, wie der Gleichklang zeigt, die Gesetze, die Inhalte des „gemeinen Rechts“ im klassischen Sinn kodifiziert haben. Das fügt zwar nach klassischer Theorie, wie wir gleich sehen werden, dem *ius commune* an Rechtsgeltung nichts zu, entspricht aber als Möglichkeit der gewiß alten an Athen, Sparta und Rom gebildeten Idealtypik, daß einige Staaten (wie Athen) alles, einige (wie Sparta) nichts und schließlich einige (wie Rom) nur Ausgewähltes in die schriftliche Geltungsform des Gesetzes überführen¹¹⁶.

6. Der Kodifikationsversuch des Pompejus und die Grenzen der Gesetzgebung nach klassischem Recht

Nach der Durchmusterung der rhetorischen, für das Verständnis der klassischen Rechtsquellenlehre grundlegenden Texte aus der späten Republik sind noch zwei andere, sehr späte außerjuristische Quellen zu besprechen, die beide – mit fast gleichlautendem Text – bei Isidor von Sevilla (570–636) bewahrt sind. Sie reproduzieren – bei oberflächlicher Christianisierung – die klassische Rechtsquellenlehre mit ihren Unterscheidungen in großer Treue. Sie sind darüber hinaus mit der späten Republik, der Formulierungsphase der klassischen Rechtsquellenlehre, dadurch besonders verbunden, daß die von Isidor unselbständig ausgewertete Texttradition im Zusammenhang mit der ersten Wiedergabe der Rechtsquellenlehre nicht nur von den gescheiterten Kodifikationsplänen des Pompejus und Caesar berichtet, sondern zugleich einen Gedanken bewahrt, der tatsächlich in zentraler Weise mit dem Scheitern des spätrepublikanischen Kodifikationsprojektes zu tun hat. Auf die für die antiken Zusammenhänge naturgemäß gleichgültige Tatsache, daß ein Teil dieser Texte aus Isidor auch den Anfangsteil des *decretum Gratiani*, des Grundbuches des mittelalterlichen *Corpus Iuris Canonici*, zieren, sei hier nur hingewiesen.

Das Buch V de legibus et temporibus (*Über Gesetze und Zeiteinteilungen*) der Etymologien des Isidor beginnt mit dem Titel 1 de auctoribus legum (*Über die Urheber der Gesetze*), das von Moses bis Theodosius reicht. Die umfassende Kodifikation Justinians von 529–530, die damals bereits mehr als zwei Generationen zurücklag, wird, kennzeichnend für Isidors Unselbständigkeit, nicht erwähnt. In diesem Titel heißt es:

Isidor V, 1, 5

Leges autem redigere in libris primus consul Pompeius instituere voluit, sed non perseveravit obtractatorum metu. Deinde Caesar coepit [id] facere, sed ante interfectus est. (*Gesetze in die Form von Gesetzbüchern zu überführen, hat als erster der Consul Pompeius gewollt, aber er hat auf dem Plan nicht beharrt, aus Furcht vor denen, die schlecht darüber sprachen. Dann begann Caesar dies zu tun, wurde aber vorher ermordet.*)

¹¹⁶ Vgl. Inst. 1,2,10 (unten Anm. 135).

Es ist der einzige uns erhaltene Bericht über den vieldiskutierten Kodifikationsplan der beiden Staatsmänner¹¹⁷. Der Fall des Pompejus ist interessanter als der des Caesar, weil er nicht durch einen gewaltsamen Tod, sondern durch Tadel, also durch Kritik, die er sich zu Herzen nahm, von seinem Plan abgebracht wurde. Tatsächlich folgt, wie wir mit Hilfe der Isidor-Stellen gleich näher sehen werden, aus dem klassischen Rechtsdenken in zwingender Konsequenz, daß eine Kodifikation nichts nützen, sondern nur schädlich sein kann.

Das ergibt sich, wenn wir uns die beiden folgenden Texte etwas näher ansehen. Sie erschließen sich leicht, weil sie – teilweise in gewisser Neuinterpretation – viel uns mittlerweile Bekanntes bieten, worauf hier der Kürze halber teilweise nur in Fußnoten hingewiesen werden wird.

Im Buch V folgt nach einem kurzen Abschnitt 2, der eine knappe und in dieser Form nicht mehr klassische Entgegensetzung von *lex divina* und *lex humana* bringt¹¹⁸, der im folgenden wiedergegebene Abschnitt 3. Die weiteren Abschnitte sind erwähnenswert, weil sie einen fast ungebrochenen klassischen Traditionszusammenhang bezeugen. So erläutert der Text im anschließenden Abschnitt 4 das *ius naturale*, das nach seiner einen Seite wie bei Ulpian auf die aus der Natur kommenden Instinkte zurückgeführt wird¹¹⁹, nach einer anderen Seite mit dem

¹¹⁷ Vgl. nur Franz Wieacker, Römische Rechtsgeschichte (1988) 412, Anm. 3; 465, Anm. 21; 568, Anm. 27; 609, Anm. 95 (zu Oflius als Jurist, der Caesars Kodifikationspläne unterstützt haben könnte).

¹¹⁸ Der klassische Gegensatz von *ius humanum* und *ius divinum* klingt in den folgenden Sätzen noch deutlich an. V, 2 DE LEGIBUS DIVINIS ET HUMANIS. *Omnes autem leges aut divinae sunt aut humanae. Divinae natura, humanae moribus constant; ideoque haec discrepant, quoniam aliae aliis gentibus placent* 2. *Fas lex divina est, ius lex humana. Transire per alienum fas est, ius non est.* Die Identifizierung der *lex divina* mit dem Naturrecht erinnert aber an eine naturrechtliche Stelle aus den Institutionen Justinians (Inst. 1,2,11: *naturalia iura ... divina quadam providentia constituta*) und steht im Widerspruch mit der klassischen Lehre, die das *ius divinum* auf den *mos maiorum* zurückführt. Die kontrastierende Gleichsetzung der *lex humana* mit dem *mos* verwendet *mos* allerdings wohl, was auch in klassischer Sprache möglich ist, gleichbedeutend mit *consuetudo* (vgl. dazu unten Anm. 173).

¹¹⁹ Vgl. V 4 QUID SIT IUS NATURALE. *Ius autem naturale [est], aut civile, aut gentium. Ius naturale [est] commune (!) omnium nationum, et quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur; ut viri et feminae coniunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio, et omnium una libertas, adquisitio eorum quae caelo, terra marique capiuntur.* (Das Recht ist entweder natürlich oder bürgerlich oder Recht aller Völker. Das natürliche Recht ist allen Nationen gemeinsam und das, was überall aufgrund des Antriebs der Natur gilt, nicht kraft irgendeiner Satzung. Wie die Verbindung von Mann und Frau, die Nachkommenschaft [d. h. ihre Erzeugung] der Kinder und ihre Erziehung, der gemeinsame Besitz an allen Dingen, die für alle einheitliche Freiheit, und der Erwerb der Dinge, die Aneignung aller Dinge, die in der Luft, auf dem Land und im Meer gefangen werden. [Fortsetzung in der folgenden Anmerkung]). Daß wir hier eine – fortentwickelte – Fassung des von Ulpian gelehrtens *ius naturale* vor uns haben, lehrt der Vergleich. Ulpian 1 inst D 1,1,1,3 *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio.* Die naturalistische *libertas* ergänzen Florentin 9 inst D 1,4,4 pr, die naturalistische *possessio* Oflius, Labeo, Proculus und Neraz bei Paulus 54 ad edictum D 41,2,1, pr. § 1, 3; D 41,2,33 und 5. Felix Flückiger, Geschichte des Naturrechts I (1954) 398 f. sieht in der *una libertas om-*

humanen (nach den ursprünglichen Quellen ja in der Tat die menschlichen *naturalia initia* zum Recht ausnutzenden und stärkenden) *ius gentium* identifiziert wird, das zur einen Hälfte mit dem klassischen *ius commune* zusammenfällt¹²⁰. Im Abschnitt 5 folgt das *ius civile* als *ius proprium*¹²¹, im Abschnitt 6 das in Konsequenz der Definition des Abschnittes 4 auf das Völkerrecht reduzierte *ius gentium*¹²² und im Abschnitt 8 das ganz nach Ulpian definierte *ius publicum*¹²³.

nium die prälapsarische Freiheit des Menschen als Ebenbild Gottes, die noch keine Formen der Knechtschaft kennt, und in der *communis omnium possessio* ein kollektives Eigentum (?) nach Art der Klostergemeinschaft. Damit ist die Abhängigkeit Isidors von seiner Quelle unterschätzt. Für die *una libertas* liegt schon vom Wortlaut das Fehlen der Freiheitsdifferenzierungen in *ingenui* und *libertini* und diese wieder in *cives Romani*, *Latini* und *deditici* (Gaius I 10–12). Für den Besitz (!) wegen der nachfolgenden Aneignung durch das Ergreifen der Sachen richtiger *E. Reibstein*, Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts (1949) 51, der an einen negativen Kommunismus allgemeiner Besitzlosigkeit denkt. Das trifft insofern zu, als die faktischen Besitzverhältnisse des Naturzustandes flüchtigerer Natur als die Verhältnisse des in Eigentum übergehenden Eigenbesitzes sind.

¹²⁰ V, 4, 2: *item depositae rei vel commendatae pecuniae restitutio, violentiae per vim repulsiō. Nam, aut si quid huic simile est, numquam iniustum [est], sed naturale aequumque habetur. (Ebenso die Rückgewähr einer hinterlegten Sache oder anvertrauten Geldes, die gewaltsame Abwehr von Gewalt. Denn solcherlei oder wenn ihm etwas ähnlich ist, ist niemals ungerecht, sondern wird von Natur aus als gerecht angesehen.)* Was im zweiten Satz aufgeführt wird, bildet für Ulpian Inhalte des *ius gentium*. Vgl. zur Selbstverteidigung als spezifisch menschlichem *ius gentium Florentin* 1 institutionum D 1,1,3 (in der Natur ist Selbstverteidigung wie der Angriff *vis naturale*, nicht *ius naturale*), zur Leihe und Hinterlegung *Ulpian* 1 inst. Vindob. 1,1 – 2,2 (= *Lenel*, Palingenesia II Sp. 927f. Ziff. 1913, 1914). Die Kontinuität bleibt sichtbar, sobald man die Vereinfachungstendenz erkennt. Das *ius gentium* ist ja, wie auch im Text angedeutet, auch bei Ulpian durch die dort bewahrte Kategorie des *ius commune* nahe an das *ius naturale* herangeführt.

¹²¹ V, 5 *QUID SIT IUS CIVILE. Ius civile est quod quisque populus vel civitas sibi proprium humana divinaeque causa constituit. Darin, daß das partikulare *ius civile proprium* auch *divina causa* geschaffen wird, klingt das klassische Prinzip durch, daß das *ius divinum* dem notwendig partikularen *mos maiorum* folgt.*

¹²² V, 6 *QUID SIT IUS GENTIUM. Ius gentium est sedium occupatio, aedificatio* [Bebauung als Form der völkerrechtlichen Aneignung], *munitio, bella, captivitates, servitutes* [Sklaverei], *postliminia, foedera pacis, indutiae, legatorum non violandorum religio, conubia inter alienigenas prohibita. Et inde ius gentium, quia eo iure omnes fere gentes utuntur.* Was hier vorliegt, ist, verglichen mit dem klassischen Begriff des *ius gentium*, nichts eigentlich Neues (denn eine Seite von ihm umfaßte auch in klassischer Zeit das Völkerrecht), sondern die konsequente Folge dessen, daß das privatrechtliche *ius gentium* von der Quelle des Isidor zum *ius naturale commune omnium nationum* gestellt worden ist. Die hier auftretende Gliederung des *ius gentium* war schon in der Entgegensetzung enthalten, welche die klassische *ratio iuris* zwischen *ius publicum* und *ius privatum* vornimmt. Denn daraus ergab sich notwendig eine entsprechende Gliederung des *ius gentium*. In dem privatrechtlichen Teil handelt der Private, in dem öffentlichrechtlichen der Magistrat.

¹²³ V, 8: *QUID SIT IUS PUBLICUM Ius publicum est in sacris et sacerdotibus, in magistratibus.* Vgl. damit *Ulpian* 1 institutionum D 1,1,1,2 *publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit.* Das im Abschnitt 7 vorausgehende (zwischen Völkerrecht und Öffentlichem Recht angesiedelte) Militärrecht (V, 7) kann für die hier verfolgte Fragestellung ebenso wenig wie die folgenden Abschnitte, die bis zum 27. rechtliche bleiben, um sich vom 28. bis zum 39. der Zeitrechnung zuzuwenden, in Betracht kommen.

Isidor, Etymolog. V, 3 QUID DIFFERUNT INTER SE IUS, LEGES ET MORES

Ius generale nomen est, lex autem iuris est species. Ius autem dictum, quia iustum [est]. Omne autem ius legibus et moribus constat. 2. Lex est constitutio scripta. Mos est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta. Nam lex a legendo vocata, quia scripta est. 3. Mos autem longa consuetudo est de moribus tracta tantundem. Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex: nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat. 4. Porro si ratione lex constat, lex erit omne iam quod ratione constiterit, dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod saluti proficiat. Vocata autem consuetudo, quia in communi est usu.

(„Recht“ ist der allgemeine Begriff, das Gesetz ist eine Art des Rechts. Jedes Recht besteht aus Gesetzen und nicht schriftlichem Recht. Das Recht ist danach benannt, daß es gerecht ist¹²⁴. Alles Recht besteht in Gesetzen oder in [nicht geschriebener] Gewohnheit. 2. Das Gesetz ist eine schriftliche Einrichtung des Rechts¹²⁵. Das Gewohnheitsrecht ist durch das Alter bekräftigte Gewohnheit oder eine nicht geschriebene Rechtsnorm. Denn ‚lex‘, Gesetz, ist nach ‚legere‘, lesen, genannt, weil es geschrieben ist. 3. Gewohnheitsrecht (mos maiorum) ist eine langandauernde Gewohnheit, die umfangsgleich¹²⁶ aus der Gewohnheit abgeleitet ist. Die Gewohnheit des Rechts (consuetudo) aber ist ein gewisses durch die Gewohnheit eingeführtes Recht, das als Gesetz anerkannt wird, wenn ein Gesetz fehlt; und es macht keinen Unterschied, ob es kraft Schrift oder kraft Vernunft gilt, da die Vernunft auch das Gesetz empfiehlt. 3. Wenn ferner ein Gesetz [d. h. sein Inhalt] durch Vernunft gilt, dann ist folglich alles Gesetz [d. h. Rechtsnorm], was durch die Vernunft gilt, solange es nur mit der Religion übereinstimmt, der Sittlichkeit entspricht und dem Heil nützt. Es wird aber Gewohnheit genannt, weil es in allgemeiner Übung steht.)

Die Interpretation der Hauptnachricht dieser Stelle geschieht zweckmäßigerweise gemeinsam mit der Erörterung der zweiten fast wörtlich übereinstimmenden Stelle, die sich im Buch II DE RHETORICA ET DE DIALECTICA findet. Die Wiederholung erklärt sich zu einem Teil wohl durch das Fehlen einer von Isidor selbst besorgten Endredaktion¹²⁷. Dennoch handelt es sich bei der ersten, deutlich kontextärmeren Plazierung nicht um einen reinen Irrläufer, da sich die Stellung unter dem zitierten Titel durch den Gesichtspunkt rechtfertigen läßt, daß die klassische *ars* oder *ratio iuris* ein Geschöpf der skeptischen, von der philosophischen Rhetorik nach Rom gebrachten *dialectica* ist, derselben, auf die auch der von Isidor bewahrte Begriff der *institutio aequitatis*, der Einrichtung des Rechts, zurückgeht (vgl. oben Anm. 24, 39 und 69 a.E.).

¹²⁴ Vgl. dazu *Ulpian* 1 inst D 1,1,1 pr. *est autem* [sc. *nomen iuris*] *a iustitia appellatum*. Die in dieser Pseudo-Etymologie enthaltene Überzeugung entspricht ganz der klassischen Tendenz, das Recht in die Gerechtigkeit zu integrieren und als rechtsethischer Kern der Gerechtigkeit von der freien ethischen Gerechtigkeit zu unterscheiden. Vgl. die oben S. 65 erläuterte Definition *Cicero*, de inventione II 53, 160 *Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem*.

¹²⁵ *Constitutio* ist hier, wie in klassischer Terminologie öfter, ein Synonym für *institutio*. Vgl. *Florentin* 9 institutionum D 1,5,4,1 *Servitus est constitutio iuris gentium*.

¹²⁶ Das heißt: ohne etwas hinzugetan zu haben, mit gleichem Umfang.

¹²⁷ Das Werk war beim Tode Isidors noch nicht beendet. Vgl. *Max Manitius*, Geschichte der lateinischen Literatur des Mittelalters I (1911; Nachdruck 1959) 60.

Isidor, Etymolog. II 10 DE LEGE 1–3

1. Lex est constitutio populi, quam maiores natu cum plebibus sancierunt. Nam quod Rex vel Imperator edicit, constitutio vel edictum vocatur. Institutio aequitatis duplex est, nunc in legibus, nunc in moribus. Inter legem autem et mores hoc interest, quod lex scripta est, mos vero est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta. Nam lex a legendo vocata, quia scripta est. 2. Mos autem longa consuetudo est, de moribus tracta tantundem. Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex; nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat. 3. Porro si ratione lex consistat, lex erit omne iam quod ratione constiterit, dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod saluti proficiat. Vocata autem consuetudo, quia in communi est usu.

(1. Das Gesetz ist eine Bestimmung des Volkes, welches die Höhergeborenen mit dem Volk in Kraft setzen. Denn was ein König oder der Kaiser als Recht verkündet, nennt man Konstitution oder Edikt. Die Einrichtung des Rechts ist zweifach. Es besteht teils aus Gesetzen, teils aus Gewohnheitsrecht. Zwischen dem Gesetz und dem Gewohnheitsrecht besteht aber der Unterschied, daß das Gesetz geschrieben, das Gewohnheitsrecht jedoch eine durch Alter bekräftigte Gewohnheit darstellt. Denn ‚lex‘, Gesetz, ist nach ‚legere‘, lesen genannt, weil es geschrieben ist. 2. Das Gewohnheitsrecht (mos) der Vorfahren ist eine lange Gewohnheit, die umfangsgleich aus der Gewohnheit abgeleitet ist. Das Recht der Gewohnheit (consuetudo) aber ist ein gewisses durch die Gewohnheit eingeführtes Recht, das als Gesetz anerkannt wird, wenn ein Gesetz fehlt; und es macht keinen Unterschied, ob es kraft Schrift oder kraft Vernunft gilt, da die Vernunft auch das Gesetz empfiehlt. 3. Wenn ferner ein Gesetz [d. h. sein Inhalt] durch Vernunft gilt, dann ist folglich alles Gesetz [d. h. Rechtsnorm], was durch die Vernunft gilt, solange es nur mit der Religion übereinstimmt, der Sittlichkeit entspricht und dem Heil nützt. Man spricht aber von Gewohnheitsrecht, weil es in allgemeinem Gebrauch steht.

Die Hauptaussage dieser Überlieferung, die sich in beiden Texten übereinstimmend findet, lautet: *nec differt (consuetudo) scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat*. Der Sinn der Aussage ist klar: Es macht keinen Unterschied, ob eine Rechtsregel, die Teil der allgemeinen „Gewohnheit des Rechts“ ist, kraft des *ius scriptum* der *lex* gilt oder kraft der *ratio*. Auch die Begründung ist deutlich. Der Unterschied fehlt, weil die *ratio*, kraft der das Gesetz gilt, die gleiche *ratio* ist, kraft der die Regeln der *consuetudo* sonst gelten würden. Das Gesetz vermag an Geltung nichts hinzuzufügen.

Das Argument ist im Rahmen der klassischen Lehre gültig. Die *lex publica* ist eine seiner Grundstruktur nach dem klassischen Zivilisationsrecht zuzuweisende Figur der *ratio iuris*¹²⁸ und ist insofern von der gleichen *ratio iuris* in Geltung ge-

¹²⁸ Vgl. Cicero, Partiones oratoriae 37, 130. Die klassische Definition bewahrt uns der auch gegenüber der Lehrtradition der Servius-Schule (im Vergleich zum weit innovationsbereiteren Labeo) sehr konservative augusteische Jurist Ateius Capito (Gellius, Noctes Atticae 10, 20, 2): Ateius Capito ... quid lex esset, his verbis definiuit: Lex, inquit est generale iussum populi aut plebis rogante magistratu (näher dazu „Gesetz und Sprache“ [oben Anm. 1] 135 ff.). Die Grundstruktur kann nur als *ius gentium* eingeordnet gewesen sein, was wieder die Folge gehabt haben muß, daß die Formenvielfalt des römischen Staatsrechts und die zahlreichen, diese Formen begleitenden Sonderregeln für die klassische Theorie als vom *mos maiorum* oder der positiven *leges publicae* bestimmte „Zusätze“ oder „Abstriche“ von der rationalen Grundfigur des Gesetzes erschienen. Das entspricht dem Verhältnis der *stipulatio*, die *ius gentium* ist, zur *sponsio*, die dem *ius proprium* angehört (vgl. Gaius, III 93). Die Parallele liegt

setzt, die auch sämtliche privatrechtlichen Rechtsinstitute des *ius gentium* anerkennt, z. B. alle hierhergehörenden (seit Servius im Ediktcommentar zum Titel *de pactis conventis* systematisch erfaßten) Verträge wie das realvertragliche *mutuum* oder die rein konsensualen Geldkontrakte *emptio venditio* und *locatio conductio*. Was kann ein allgemein anerkanntes Geschöpf der *ratio iuris* einem anderen ebenso allgemein anerkannten Geschöpf der *ratio iuris* an Geltung hinzufügen? Offenbar nichts! Die Anerkennung, die dem Gesetz als Regulationsform von der *ratio iuris* zugeteilt wird, wird mit gleicher Kraft auch den anderen Regulationsformen der *ratio iuris* zuteil.

Der Umstand, daß die Gesetze nach klassischer Systematik regelmäßig *ius scriptum* darstellen, ändert daran nichts. Denn das, was die Gesetze zu *ius scriptum* macht, sind die konkreten positiven Regelungen, die als solche nicht kraft struktureller Wahrheit gelten, sondern kraft des Wortlauts. Aus dem gleichen Grunde werden auch die Verträge, die gemäß den Regeln des *ius gentium* kraft Frage und Antwort oder kraft Übereinkunft gelten, infolge der Notwendigkeit, ihre konkreten Regeln zu fixieren, ungeachtet der Tatsache, daß sie strukturell Verbal- oder Konsensualverträge sind, zu *ius scriptum*. Ebenso sind Gesetze wegen der konkreten Regelungen, die sie enthalten, *ius scriptum*, und nicht wegen der Elemente des *ius gentium*, welche die Interpretation in ihnen findet. Das durch Interpretation aus dem Gesetz gewinnbare strukturell wahre *ius non scriptum* bedarf nach klassischer Auffassung weder des an struktureller Wahrheit lediglich gleichrangigen Gesetzes noch gar seines Buchstabens und gilt daher, einmal formuliert, selbständig¹²⁹.

Diese von Isidor ohne viel Aufhebens, aber in großer Klarheit mitgeteilte Auffassung des Verhältnisses des Gesetzes zu den Inhalten des rationalen Rechtssystems ist gewiß so alt wie die klassische *ratio iuris* selbst. Die *obrectatores* des Planes des Pompejus, in denen wir vor allem auch die damaligen Juristen vermuten dürfen, hatten hier ein schlagendes Argument zur Hand. Der Plan des Pompe-

auch deswegen nahe, weil das Gesetz seiner Grundstruktur nach aus einer magistratischen Frage besteht, welche die repräsentative Volksversammlung durch Abstimmung beantwortet und für das Volk verbindlich macht. *Papinian* 1 definitionum D 1,3,1 nennt das Gesetz daher geradezu eine *communis rei publicae sponsio*.

¹²⁹ Daß in diesem Sinne alle konkreten Verträge zum schriftlichen Privatrecht gezählt werden können, zeigt *Cicero*, Part. orat. 37, 130, wenn er die Vertragskategorien *tabulae* (Litteralvertrag), *pactum conventum*, *stipulatio* insofern von dem Gesetz, dem Senatsbeschluß und dem völkerrechtlichen Vertrag als dem schriftlichen öffentlichen Recht unterscheidet (vgl. zur Veranschaulichung *Paulus* 3 epitomarum Alfeni digestorum D 17,2,71 pr). Sieht man von den konkreten Regelungen ab, die als solche aufzeichnungsbedürftig sind, steht das Gesetz als eine Frage-Antwort-Struktur zwischen Magistrat und Volk (vgl. oben Anm. 128) der Stipulation zwischen Gläubiger und Schuldner ganz nahe. Daß die Juristeninterpretation aus dem Gesetz selbständig geltendes *ius non scriptum* gewinnen kann, zeigt *Pomponius* lb. sg. enchiridii D 1,2,2,12 und 38 am Beispiel der Zwölftafelauslegung. Im einzelnen eröffnet sich hier ein ganz neues Forschungsfeld. Der entscheidende Gedanke, daß die rationale Auslegung den ihr entsprechenden Inhalt der Gesetze in dem großen Bereich wissenschaftlicher Rechtsnormen aufgehen läßt, ist auch in der von Isidor bewahrten Überlieferung in aller Klarheit ausgesprochen. Vgl. Isidor V 3,3; II 3,3.

ius war in ihren Augen, soweit er mit dem *ius gentium* den Kernbestand des Rechts betraf, unnütz. Ein vom *ius gentium* geformtes und als solches von der *consuetudo* aufgenommenes Institut wie der Kauf gewinnt nicht dadurch an Geltungskraft, daß seine Regelungen in einer *lex* schriftliche Form annehmen. Denn beide Formen, die *lex publica* und das Vertragsinstitut, sind Teilbegriffe der klassischen *ratio iuris* und damit unmittelbar zur Vernunft im skeptischen Sinn. Der Beglaubigung durch die Vernunft, die dem Kaufvertrag als Institut zugutekommt, kann das Gesetz, daß diese Auszeichnung teilt, nichts hinzufügen.

Auch sonst hatte die Kritik, die damals gegen Pompejus vorgebracht wurde, gute Argumente. Die Publizität des Gesetzes, die Tatsache, daß seine Texte dem Volk zu allgemeiner Lektüre aufgestellt werden¹³⁰, bringt gerade für die auf der *ratio* beruhenden Inhalte des Rechts keinen Gewinn, da sich das Gesetzbuch nicht zum Lehrbuch eignet. Vor allem aber wird die Aufgabe, das rechtsuchende Publikum, Bürger wie Fremde, über seine Rechte zu informieren, vom Edikt, das kurz zuvor seine klassische Redaktion empfangen hatte, weit besser erfüllt. Das Edikt gibt Antworten gerade auf die Fragen, die den Rechtsschutz suchenden Laien interessieren. Am Jurisdiktionsort auf einer weißen Tafel, dem Album, öffentlich und gut leserlich ausgehängt, findet jeder, wie er in den verschiedenen Fällen gerichtlich vorgehen und wie er sich, wenn er verklagt wird, durch Einreden schützen kann. Diese sich darin ausdrückende hohe Einschätzung der gerichtlichen Seite der Rechtsordnung ist ein Kernstück der klassischen Rechtslehre, und Cicero hat auch nicht versäumt, in einer Rede den Wert, den das Edikt unter dem Gesichtspunkt der Klärung der verfügbaren Rechtsmittel hat, herauszustellen¹³¹.

Wenn das Gesetz also nichts nützt, birgt es umgekehrt die Gefahr, auf dem Gebiet des *ius gentium* Schaden zu tun. Denn da das Gesetz nach klassischer Lehre nach seinem objektiven Wortlaut gilt¹³², besteht stets die Möglichkeit, daß der

¹³⁰ Cicero, De inventione II 54,162 *lege ius est, quod in eo scripto, quod populo expositum est, ut observet, continetur*, von mir in meinem Aufsatz „Gesetz und Sprache“ (oben Anm. 1) 202 versehentlich als Text dem Auctor ad Herennium zugeschrieben.

¹³¹ Vgl. bereits oben Anm. 82 a. E. und den anschaulichen, aus dem Gesichtspunkt des Klägers geschriebenen Text Cicero, pro Roscio comoedo 8, 24: *Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae aut in ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex unius cuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria, publicae a praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur. (Rechtsregeln und Prozeßformeln sind für alle Lebensverhältnisse eingerichtet, damit sich niemand über die Art des Unrechts und die vom Ediktsystem gebotene Klage irren kann. Es sind nämlich vom Prätor für den Schaden, den Schmerz, den Vermögensnachteil, das Unglück [Gefährdungshaftung!], das Unrecht eines jeden öffentlichrechtliche Formeln verfaßt worden, denen der private Rechtsstreit untergeordnet wird.)* Im Gegensatz *publicae formulae* und *privata lis* spiegelt sich der klassische Gegensatz von *ius publicum* und *ius privatum*. Eine magistratisch erteilte Prozeßformel wie die einer *actio legis Aquiliae* gehört nach ihrer gerichtsverfassungsrechtlichen Geltung dem öffentlichen Recht, nach ihrem Inhalt dem Privatrecht an, nicht anders als das der Klage zugrundeliegende Gesetz, das ebenfalls nach seiner Geltungsform öffentlichrechtlich, nach seinem Inhalt privatrechtlich ist.

¹³² Vgl. näher dazu Gesetz und Sprache (oben Anm. 1) 135 ff.

Buchstabe des Gesetzes das Vernünftige verfehlt. Dafür gibt es Beispiele genug. So mußte der Buchstabe der *lex Aquilia*, der in der klassischen, dem handgreiflichen Wortlaut folgenden Auslegung unmittelbare körperliche Schadenszufügungen verlangt, vom Prätor ergänzt werden, weil die skeptische Vernunft Ersatz auch bei allen durch *causam praestare* mittelbar verursachten Schädigungen verlangt¹³³. Ferner mußte, da das Gesetz der Zwölftafeln nach seinem Wortlaut nur die im Mannesstamm verwandten Erben beruft, der Prätor im Namen der *naturalis aequitas*, soweit er das gegen das widerstehende *mos maiorum* konnte, auch der natürlichen durch die Frau vermittelten Blutsverwandtschaft zur Beachtung verhelfen¹³⁴. Die Beispiele ließen sich ohne Schwierigkeiten vermehren.

Es war also die damals herrschende Jurisprudenz, auf deren Unterstützung Pompejus für seinen Kodifikationsplan angewiesen war, in der sich die entschiedensten Widerstände regen mußten. Diese spätrepublikanische Jurisprudenz war nach ihrem Grundansatz die geborene Gegnerin eines solchen Projekts.

Sie konnte der Überzeugung sein, ein überlegenes System entwickelt zu haben: Das Edikt befriedigte die Bedürfnisse des Publikums nach Rechtssicherheit und Bekanntheit der verfügbaren Rechtsmittel. Das hinter ihm stehende System vereinte Klarheit und Berechenbarkeit des Rechts mit der methodisch voll ausgebildeten Fähigkeit zur Selbstkorrektur und Selbstergänzung. Wo die *institutio aequitatis*, die aus den Figuren des *ius gentium* und den Geboten der Gesetze und des *mos maiorum* zusammengesetzt war, nicht ausreichte, wurde der – von den Juristen angeleitete – Prätor tätig, teils in bereits publizierten Verheißungsedikten, teils auf konkrete in einem Responsum enthaltene Juristenempfehlung hin.

Für das Gesetz blieb in dieser Perspektive als legitimer Bereich nur, in Konkurrenz mit dem *mos maiorum* die Bedürfnisse nach *ius proprium* zu befriedigen. In der Überlieferung des klassischen Rechts ist dieser Gedanke einer begrenzten Legitimität der Gesetzgebung auch noch bewahrt, nämlich in der schon kurz erwähnten klassischen Lehre, daß manche Verfassungen wie die Athens alles in Gesetze fassen, andere wie die Spartas nichts, wenn man sich nur den in unserer (nicht ohne Grund) verkürzten Überlieferung den unausgesprochenen Gedanken hinzuergänzt, daß Rom, das nur einiges wenige gesetzlich geregelt hat, dabei den vernünftigen Weg gewählt hat. Daß der große Kodifikator Justinian, der ja als erster entgegen dem von Isidor bewahrten Einwand Rechtswissenschaft (um sie überflüssig zu machen) in Gesetzesaussprüche verwandelt hat, dieses unausge-

¹³³ Vgl. Gesetz und Sprache (oben Anm. 1) 245 ff. und Traditio (oben Anm. 1) 77, Anm. 63.

¹³⁴ Die Durchsetzung der familienrechtlichen *aequitas naturalis* im Erbrecht war Sache des Prätors. Vgl. nur *Gaius* 6 ad edictum provinciale D 38,8,2 *proconsul aequitate motus omnibus promittit bonorum possessionem*. Es ist aber interessant, daß dieser Durchsetzung nach klassischer Auffassung *mos maiorum* entgegenstehen konnte, so im Fall der Zurücksetzung der Frauen im Agnatenerbrecht durch das vorklassische Prinzip einer nur vom Manne erzeugten und vermittelten Consanguinität. Vgl. dazu meine Bemerkungen in *Behrends, Knütel, Kupisch, Seiler, Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung I, Institutionen* (2. Auflage, 1996) 284 ff. sowie unten Anm. 153.

sprochene Lob der Römer in dem Fragment nicht mehr ausdrücklich hat zu Worte kommen lassen, ist verständlich¹³⁵.

Es überrascht daher auch nicht, daß sich in unserer Überlieferung aus der klassischen Jurisprudenz nirgendwo Äußerungen finden, welche die Kodifikation favorisieren, auch nicht in Justinians Sammlung. Justinian kann sich bezeichnenderweise für seine Kodifikation nur auf eine systembildende Tat ganz anderer Art berufen, nämlich die vom Kaiser Hadrian angeregte und vom Juristen Julian ausgeführte abschließende Redaktion des klassischen Edikts. Und diese Maßnahme hält sich auf der Bahn, die Servius Sulpicius, der das klassische Edikt in der Praxis durchgesetzt und als erster kommentiert hat, am Anfang des klassischen Rechts gewiesen hatte¹³⁶.

Das Aufkommen der Kodifikationsdiskussion wenige Jahre, nachdem sich die neue Jurisprudenz etabliert hatte, ist andererseits kein Zufall. Tatsächlich hat der Sieg einer Rechtstheorie, welche die Geltung der Gesetze auf ihren handgreiflichen Wortlaut zurückführte und sie zugleich in ein streng rational durchdachtes System einordnete, erhebliche Unruhe ausgelöst und früh gesetzliche Reaktionen provoziert. So hat die klassische Auslegung, die den Diebstahlsbegriff, der in der vorklassischen Zwölftafelauslegung sehr weit geworden war, in großer Strenge auf das heimliche Entziehen einer Sache beschränkte (*rem clam amovere*), den Raub aus dem Diebstahlsbegriff herausgenommen und damit geraubte Sachen, die im Rechtssinne nun nicht mehr gestohlene waren, dem für gestohlene Sachen geltenden Ersitzungsverbot der Zwölftafeln entzogen. Die Antwort auf diese neue Rechtslage war eine zwischen 78 und 63 v. Chr. datierte *lex Plautia de vi*, welche das Ersitzungsverbot für geraubte Sachen unter den Vorzeichen des neuen Systems wiedereinführte¹³⁷. Gleichzeitig wurde in dem neuen klassischen Edikt eine

¹³⁵ Inst. 1,2,9 *Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.* 10. *Et non ineleganter in duas species [in zwei Idealtypen] ius civile distributum videtur. nam origo eius ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedaemonis, fluxisse videtur: in his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea, quae pro legibus observarent, memoriae mandarent, Athenienses vero ea, quae in legibus scripta reprehendissent [invenissent], custodirent.* 11 *Sed naturalia quidem iura* (im Gegensatz zu dem nach dem Athen-Sparta-Gegensatz entweder gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich geordneten positiven Rechten), *quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constitui, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata.* Dieses auf eine göttliche Herkunft verweisende Naturrecht hat sich von dem klassischen, streng auf analytische Beobachtung zurückgeführten *ius commune* gelöst, und zwar unter dem Vorzeichen des Kompromisses der Schule Julians, welche die *naturalis actio* in vorklassischer Denkweise zu einem handelnden Prinzip hypostasierte (vgl. *Gaius* I 1).

¹³⁶ Vgl. *Constitutio Δέδοκεν* 18 und *Constitutio Tanta* 18. Zur Bedeutung Julians, dem als Sabinianer in besonderem Maße das Verdienst zukommt, daß die römische Rechtswissenschaft bei aller Öffnung gegenüber vorklassischen Argumenten im einzelnen vom klassischen Geist geprägt blieb, näher in meinem Beitrag „La nuova traduzione tedesca dei ‚Digesta‘ e la critica interpolazionistica“, in: *Index* 25 (1997) 13–69.

¹³⁷ *Rotondi, Leges publicae populi Romani* (1912, Nachdruck 1966) 377f. Jene Bestimmung (*Gaius* II 45) war nicht der einzige Inhalt des Gesetzes. Es richtete gleichzeitig einen Ge-

Rechtsschutzverheißung *de vi bonorum raptorum* mit *in factum* konzipierter Klagformel aufgenommen, die den Räuber, der nicht mehr mit der vierfachen Zwölftafelbuße des handhaften Diebes bestraft werden konnte, nun kraft prätorischer Gerichtshoheit mit der Vierfachbuße belegte. Dieser Gesamtvorgang erlaubt, verbunden mit dem genannten Edikt und dem wahrscheinlichen Terminus post quem, neben dem gewaltsamen Tod des letzten großen Vertreters der vor-klassischen Jurisprudenz Q. Mucius Scaevola pontifex maximus – er wurde im Jahre 82 von den Marianern ermordet –, auch eine recht präzise Datierung des Sieges der neuen Jurisprudenz¹³⁸. Alles deutet darauf hin, daß er sich in dem ersten Jahrzehnt vollzogen hat, das dem Tod des Mucius folgte. Dem entspricht auch, daß man das gescheiterte Projekt des Pompejus am ehesten mit seinem ersten Konsulat im Jahre 70 verbinden möchte. Es paßt gut zu dem damals die Politik des Pompejus prägenden Bestreben, nach Möglichkeit zwischen den nicht zuletzt durch den gewaltsamen Tod des Mucius symbolisierten Gegensätzen zwischen Sullanern und Marianern, Optimaten und Popularen, Senat und Ritterstand zu vermitteln, wie es insbesondere auch in der aus dem Jahre 70 stammenden, von Pompejus unterstützten *lex Aurelia* über die Zusammensetzung des die Geschworenen stellenden *album iudicum* zum Ausdruck kommt¹³⁹.

Dem heutigen Juristen fällt die Analogie zum berühmten Kodifikationsstreit zu Beginn des 19. Jahrhunderts ins Auge. Sie besteht mutatis mutandis tatsächlich. Der klassischen Jurisprudenz ließ ihre Überzeugung, daß die *lex publica* nicht anders als die anderen Rechtsinstitute des *ius gentium* eine Einrichtung der menschlichen *ratio* war, eine gesetzliche Fixierung des reinen *ius gentium* sinnlos erscheinen. Hinzu kamen die besonderen Schwierigkeiten aus dem Prinzip der handgreiflichen Wortlautgeltung. Allzu leicht konnte der Buchstabe die dem Denken so klaren Strukturen des *ius gentium* verfehlen. Savignys Argument, daß eine Kodifikation der im (von professionellen Juristen betreuten) Volksgeist rechtskulturell verwirklichten Geltungsweise des Rechts nichts Entscheidendes hinzuzufügen vermag, entspricht im Kern der klassischen Argumentation, allerdings mit dem folgenreichen Unterschied, daß Savignys Volksgeist an ein vorklassisch umgeprägtes *ius gentium* anknüpft, das zu einer objektiven, in den Verhältnissen wirkenden Kraft hypostasiert worden war¹⁴⁰. Beide Jurisprudenzen, die klassische wie diejenige der historischen Rechtsschule, beschränkten die Gesetzgebung folgerichtig auf Sonderfragen, die positiver Regelung bedürftig sind.

schworenenhof wegen Gewalttaten (*quaestio de vi*) ein, vor dem später die Catilinarier angeklagt wurden.

¹³⁸ Vgl. die näheren Nachweise in Gesetz und Sprache (oben Anm. 1) 225 ff., 231 ff.

¹³⁹ Vgl. meine Geschworenenverfassung (1970) 55.

¹⁴⁰ Zu Savignys Gewohnheitsrechts- oder Volksgeistlehre gleich noch u. S. 116 ff.; zur hypostasierenden Umprägung des *ius gentium*-Begriffes oben Anm. 135 und u. S. 98 f.

7. Das Verhältnis der technischen Regelbildung (*mos maiorum*) zur Gewohnheit des Rechts (*consuetudo*) im klassischen Gewohnheitsrecht

Es gibt noch eine weitere instruktive Mitteilung, die sich so nur in der von Isidor bewahrten und gleich zweimal mitgeteilten Tradition findet, nämlich die tautologisch scheinende, aber offenbar restriktiv gemeinte Formulierung, daß das Gewohnheitsrecht eine lange Übung darstellt, die als solche ausschließlich aus der Gewohnheit herausgezogen ist. *Mos autem longa consuetudo est, de moribus tracta tantundem* (II 10, 2; V 3, 3). Das *tantundem* bezieht sich offenbar auf die in der Praxis wahrgenommene Regel. Der Satz sagt daher: Die Regel gilt in dem Umfang, in dem sie in der rechtlichen Praxis wahrgenommen worden ist.

Der Sinn dieser Bemerkung ist offenbar, daß der *mos maiorum* nach streng klassischer Lehre aufgrund der Feststellung einer entsprechenden allgemein akzeptierten Praxis formuliert wurde, also aufgrund der Beobachtung, daß etwas seit längerem aus Gewohnheit geschieht oder, wie Aristoteles es einmal definiert hat, daß man etwas tut, weil es bisher schon häufig getan worden ist¹⁴¹. Es stellt sich die Frage, wer diejenigen waren, die in dieser Weise Verhalten beobachteten, auswerteten und gegebenenfalls aus ihm eine Regel herauszogen.

Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein. Nach dem ursprünglichen System des klassischen Rechts konnte die Entscheidung, ob in einer sozialen Praxis eine Regel des *mos maiorum* wahrnehmbar sei, theoretisch und praktisch nur bei den Juristen liegen. Es waren ja die Juristen, welche die *ratio iuris* handhabten. Folglich war es ihre Aufgabe zu entscheiden, ob und wo sich eine Regel als *mos maiorum* gebildet hatte.

Die Ursprungsfrage des *mos maiorum* läßt sich aber noch weiter zuspitzen. Damit unter Menschen eine Gewohnheit beginnt, die sich auf eine Regel bringen läßt, muß jemand damit anfangen. Diese Feststellung führt auf das Problem, wer sozial die Macht hatte, ein Verhalten zu beginnen, das durch Nachahmung zur allgemeinen Gewohnheit werden kann.

Der Antike war das Phänomen, das man heute landläufig die Bürgermeistertheorie nennt (Gewohnheiten erzeugt derjenige, auf den geblickt wird) oder in den reichlich respektlosen Spruch vom Pfarrer Nolte kleidet¹⁴², durchaus bekannt. Varro stellt in einer Schrift über die *mores* treffend fest, daß irgend jemand durch sein Urteil den Anstoß dazu geben muß, damit sich (für ihn selbst oder für andere) etwas entwickelt, das sich als Gewohnheit bezeichnen läßt.

Macrobius, Saturnalia III 8, 9

Varro *de moribus* morem dicit esse in iudicio animi, quem sequi debeat consuetudo.
(Varro sagt in seiner Schrift über die Sitte, daß die Sitte [das Gewohnheitsrecht] in einem Urteil eines Verstandes besteht, dem [damit Gewohnheit entsteht] die Übung folgen muß.)

¹⁴¹ Aristoteles, Rhet. 1369^b: ἔθει δὲ ὄσα διὰ τὸ πολλάκις πεποιθῆναι ποιῶσιν (Aus Gewohnheit handelt man, wenn man etwas tut, weil es häufig getan worden ist.)

¹⁴² Man sagt bekanntlich: „Das kann man halten wie der Pfarrer Aßmann; der macht es wie der Pfarrer Nolte; der machte, was er wollte.“

In den Fragen der Praxis des Rechts, also dort, wo in einer von der Gerichtsbarkeit anzuerkennenden Weise über Geltung und Nichtgeltung, über Gebote und Verbote entschieden wird, können in Rom diejenigen, auf die im Sinne dieser Gewohnheitstheorie geblickt wird, nur die Juristen sein. Es muß also, wenn sich im Rechtsleben Gewohnheitsrecht bilden soll, der Anstoß von den Juristen kommen.

Diese Tatsache läßt sich an dem Beispiel, auf das wir uns in dieser Untersuchung im Bereich des *ius humanum* beschränken müssen, sehr gut zeigen. Wenn der Kaiser Caracalla oder sein Kanzleijurist sagt:

Kaiser Antoninus Caracalla bei Ulpian 32 ad Sabinum D 24,1,3 pr

„Miores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt“
(Unsere Vorfahren haben Schenkungen unter Ehegatten verboten)

dann können diese *miores* nur Juristen gewesen sein. Nur ein Jurist hatte in Rom die Möglichkeit, eine Schenkung unter Verwendung der Kategorie des *mos maiorum* mit Wirkung der Nichtigkeit für verboten zu erklären. Und nur die übrigen Juristen hatten die Möglichkeit, sich dieser Entscheidung in ihrer Praxis anzuschließen und damit den betreffenden *mos maiorum* als solchen anzuerkennen. Von diesem Vorgang der Anerkennung spricht Ulpian in bezug auf die gleiche Regel in der folgenden Stelle.

Ulpian 32 ad Sabinum D 24,1,1

Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent.
(Durch Gewohnheitsrecht ist bei uns anerkannt, daß Schenkungen unter Ehegatten nicht gelten.)

Der von Ulpian eingenommene Standpunkt des „wir“ zielt dabei naturgemäß zunächst auf die Juristen und erst in zweiter Linie auf das von der juristischen Praxis betroffene Publikum. Der damit berührte Unterschied zwischen der Formulierung und Anerkennung der Regel des *mos maiorum* durch die Juristen einerseits und ihrer Beachtung in der „Gewohnheit des Rechts“ durch die Rechtsbetroffenen andererseits läßt sich in der klassischen Terminologie noch näher nachweisen.

Zuvor ist aber noch hervorzuheben, daß sich in dem Fall des Ehegattenschenkungsverbotes die Tatsache, daß Formulierung und Anerkennung des im *mos maiorum* eingeordneten Rechtssatzes durch die Juristen erfolgt, noch aus einem selbständigen Grund ergibt, der exemplarischen Charakter hat.

Die vorklassischen Juristen haben nämlich den Grundsatz, daß Ehegatten einander nicht schenken können, ganz anders, nämlich naturrechtlich begründet: In der Ehe, die für diese Juristen eine vollkommene Lebens- und Gütergemeinschaft darstellt, konnten die Eheleute nicht schenken, weil es in ihrem Verhältnis zueinander die Kategorie des den anderen ausschließenden Eigenvermögens nicht gab. Da eine Schenkung voraussetzt, daß der Schenker den Beschenkten bereichert, die Ehe aber im naturrechtlichen Verständnis bereits alle Güter vergemeinschaftet hat, und zwar ohne Vorbehaltsgut, fehlt es im Verhältnis der Eheleute an einer Grundvoraussetzung der Schenkung, der Möglichkeit einer Bereicherung des einen durch den anderen. Im relativen Naturrechtskommunismus der Ehe ist für eine Schenkung, die strikte Eigentumsabgrenzungen voraussetzt und erstrebt,

kein Raum. Die Ehe ist nach vorklassischem Recht eine vollkommene *societas* und daher (im Innenverhältnis der Ehegatten) eine eigentumslose, ausschließlich auf vollkommener Nutzungsgemeinschaft beruhende Gesellschaftsform¹⁴³. In diesen Zusammenhang gehört auch die berühmte *praesumptio Muciana*, welche im Rahmen des schönen vorklassischen Eheideals die Vermutung aufstellte, daß Geschenke in der Hand einer Ehefrau im Zweifel von ihrem Ehemann herrühren und daher, da unwirksam zugewandt, ihm gehören¹⁴⁴.

Das klassisch skeptische Menschenbild konnte eine so hochgestimmte Argumentation nicht gelten lassen. In klassischer Sicht wurde die Ehe zu einer von einem soziobiologischen *ius naturale* unterfangenen Konsensstruktur zwischen Bürgern verschiedenen Geschlechts, deren Wirkung darin bestand, den Eheleuten einen (weitere gleichzeitige Ehen ausschließenden) Status zu verleihen und die geborenen Kinder ehelich zu machen. Weitere Wirkungen hatte die Ehe nicht. Die bisher geübte Praxis der vorklassischen Jurisprudenz, Schenkungen unter Ehegatten als unwirksam zu behandeln, konnte die klassische Jurisprudenz nur als Praxis gelten lassen, für die sich mehr als Zweckmäßigkeitsgründe nicht anführen ließen. Die klassischen Juristen reduzierten daher das vorgefundene Ehegattenschenkungsverbot nach dem Prinzip: *Mos autem longa consuetudo est, de moribus tracta tantundem* auf die Praktizierung der Nichtigkeit, und gaben der auf diese Weise formalisierten Regel eine ganz nüchterne und, wie gegenwärtige Erfahrungen lehren, durchaus Lebenserfahrung beweisende Motivierung: Ohne Schenkungsverbot bestünde die Gefahr, daß ein Ehepartner den anderen durch Drohung, ihn andernfalls zu verlassen oder nicht zurückzukehren, in Gestalt von Veröhnungsgeschenken um bedeutende Vermögenswerte brächte, und sogar die Besorgnis – dies eine etwas dramatisierende Zuspitzung –, daß die Ehefrauen sich,

¹⁴³ Vgl. *Schlei*, (oben Anm. 3) 23 ff., 33 ff. Es ist im Prinzip die gleiche naturrechtliche Argumentation, die unter der Herrschaft des naturrechtlichen Diebstahlstatbestands, der das naturrechtliche als Nutzungszuständigkeit definierte Vermögen schützte (vgl. Gesetz und Sprache [oben Anm. 1.] 225 ff.), auch den Diebstahl unter Ehegatten ausschloß, während ihn die klassische Gegenmeinung als ungeschriebenen positiven, die Ehe schützenden Rechtssatz und damit, wie wir ergänzen dürfen, als *mos maiorum* einordnete. Vgl. *Paulus* 7 ad Sabinum D 25,2,1, wo der (nach Auflösung einer früh erkannten Überlieferungsstörung auf Sabinus und Cassius zurückgeführte) naturrechtliche Grundsatz lautet: *quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret*. An die naturrechtliche Art dieser gesellschaftlichen „Eigentümerstellung“ knüpft die sabinianische Rechtsschule an, wenn sie die Schenkung an die Ehefrau nach der Scheidung an dem naturrechtlichen Gesichtspunkt des „*locupletiolem fieri*“ mißt. Vgl. *Javolen* 13 epistularum D 24,1,50; *Julian* 5 ex Minicio D 24,1,39 und das (mit Auflösung der Ehe eingreifende) naturrechtliche Bereicherungsverbot *Pomponius* 21 ad Sabinum D 12,5,14 und 9 ex variis lectionibus D 50,17,206. Das vermögensrechtliche *consortium* der Ehegatten (*Modestin* 1 regularum D 23,2,1) entsprach dem der vorklassischen Brudergesellschaft (*Gaius* III 154a), die in der späteren naturrechtlich inspirierten *societas omnium bonorum* fortlebt (*Paulus* 32 ad edictum D 17,2,1,1).

¹⁴⁴ Vgl. *Mucius*-Zitat bei *Pomponius* 5 ad Quintum Mucium D 24,1,51 und die Kaiserkonstitution von 229 n. Chr. CJ 5,46,6,1, die ganz richtig von einem Rechtssatz der *veteres iuris auctores* spricht.

statt in Ruhe Kinder aufzuziehen, nur noch auf das Spiel verlegten, sich das Verbleiben in der Ehe mit Schenkungen bezahlen zu lassen¹⁴⁵.

Dieses Beispiel ist zugleich, wie schon bemerkt, exemplarisch. Es war die eigentliche Aufgabe der spezifisch jurisprudentiellen Rechtsquellenkategorie des *mos maiorum*, den vorklassischen Regeln, deren naturrechtlich-spekulative Begründung nicht mehr trug, deren Anwendung aber auch unter den neuen Vorzeichen für wohltätig gehalten wurde, eine neue Grundlage zu geben. Von den zahlreichen weiteren Beispielen des Privatrechts, die dasselbe bezeugen, haben wir bereits einige gestreift¹⁴⁶. Das kann hier vorerst genügen, da wir weiter unten noch das große Beispiel des klassischen *ius divinum* erörtern werden, durch das die vorklassische Religionslehre, die sich auf das in der Natur unmittelbar wahrnehmbare Wirken der Götter berief, vollständig auf das skeptische *mos maiorum* umgestellt wurde.

Nur diese Genese des klassischen *mos maiorum* macht verständlich, wie es möglich war, in der Rechtspraxis zahlreiche Sätze angewendet zu finden, die sich in einer Weise technisch-jurisprudentiell ausformulieren ließen, die den geschriebenen Gesetzesnormen an Prägnanz nicht nur gleichkamen, sondern sie in der Regel überboten. Die Grundlage dieses (neuformulierten) Gewohnheitsrechts fand sich eben nicht, wie man unbefangener- oder naiverweise erwarten würde, im Rechtshandeln des Volkes selbst, sondern in den Normen einer älteren Rechtswissenschaft, die sich, als sie an der Herrschaft war, mit ihren naturrechtlichen Prämissen durchzusetzen gewußt hatte.

Wir halten also fest, daß der *mos maiorum* der klassischen *ratio iuris* (vgl. Cicero, part. ort. 37, 130) eine von den professionellen Juristen gehandhabte Kategorie der klassischen Rechtskunst war. Wir müssen uns freilich noch mit einem möglichen Einwand auseinandersetzen. Cicero sagt in seiner Schrift *de inventione* an einer Stelle, in der mit dem Wort *consuetudo* nach dem Zusammenhang unzweifelhaft der *mos maiorum* gemeint ist, daß die Regeln des Gewohnheitsrechts von dem Willen aller gebilligt sein müssen.

Cicero, *de inventione* II 22, 67

Consuetudine autem ius esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobabit

(Aufgrund Gewohnheit hält man für Recht, was aufgrund des Willens aller ohne Gesetz das Alter bekräftigt hat.)

Wie ist das zu verstehen? Danach hätten also doch nicht die Juristen, sondern die Rechtsbetroffenen über die Geltung der Rechtssätze entschieden. Der Wider-

¹⁴⁵ So im wesentlichen übereinstimmend *Ulpian* 32 ad Sabinum D 24,1,1; *Paulus* 7 ad Sabinum D 24,1,2 und die von *Ulpian* D 24,1,3 an der gleichen Stelle des Sabinus-Kommentars zitierte Konstitution seines Kaisers Caracalla.

¹⁴⁶ Erwähnt haben wir als weitere Regeln, die von einer naturrechtlichen Begründung auf *mos maiorum* umgestellt worden sind, den Ausschluß der Verfolgung eines während der Ehe begangenen Diebstahls (oben Anm. 143), die gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter einer Bank (oben S. 70) und den Ausschluß der weiblichen Deszendenten von der Intestaterbfolge jenseits des Kreises der *consanguineae* (oben Anm. 134).

spruch ist indes nur scheinbar. Er verschwindet durch die Unterscheidung zwischen den das Recht technisch bearbeitenden und professionell verantwortenden Juristen und den nach dem Recht lebenden Bürgern.

Cicero nimmt in der zitierten Stelle das partikuläre Gewohnheitsrecht von der Seite der allgemeinen *consuetudo*, der „Gewohnheit des Rechts“, in den Blick und nicht als technisches *mos maiorum* von der Seite der juristischen Formulierung. Er definiert das Gewohnheitsrecht von der Seite des Normadressaten, der Bürger.

Tatsächlich finden wir bestätigt, daß die klassische Theorie auf diese Weise zwei Aspekte des Gewohnheitsrechts terminologisch unterscheidet. In der *ratio iuris* wechselt nämlich Cicero ganz ersichtlich zwischen eben diesen beiden Aspekten. In der ersten Erwähnung nennt Cicero das Gewohnheitsrecht als schriftloses Recht neben dem *ius gentium* und nennt es *mos maiorum*. Hier geht um die technischen Rechtsquellenkategorien der Jurisprudenz.

Cicero, *Partitiones oratoriae* 37, 130

propria legis ... quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur
(die besonderen Normtatbestände ... die ohne Schrift entweder nach den Figuren des allgemeinen Zivilisationsrechts oder nach den Vorschriften des partikulären Gewohnheitsrechts in Geltung stehen)

In der alsbald anschließenden zweiten Erwähnung, in der die Reihenfolge des Vorkommens der beiden Rechtsquellen mit Rücksicht auf den in der Antike beliebten Chiasmus umgekehrt ist, geht es um die Geltungsweise der beiden Rechtsquellen im menschlichen Zusammenleben.

Quae autem scripta non sunt, ea aut consuetudine aut conventis hominum et quasi consensu obtinentur. (Die Normen, die nicht schriftlich abgefaßt sind, gelten entweder allgemein kraft der Gewohnheit des Rechts oder speziell aufgrund der Übereinkunft der Menschen und gleichsam aufgrund vernünftigen Konsenses.)

Die in der zweiten Stelle genannte *consuetudo* ist die Gewohnheit des Rechts in ihrer Anwendung auf den *mos maiorum*. Man muß bei dieser Anwendung des Wortes gewissermaßen ein „nur“ mitdenken. Die Bürger des jeweiligen Gemeinwesens fügen als Normadressaten dem rechtstechnisch formulierten *mos maiorum* einzig und allein die allgemeine Normbefolgung hinzu. Dagegen beruht das *ius gentium*, das um nichts weniger Inhalt der „Gewohnheit des Rechts“ ist, wie Cicero ausspricht, zusätzlich auf der „Zusammen- und Übereinkunft der Menschen“ zur Rechtsordnung, das kraft der allen Menschen gemeinsamen Naturanlage zum Recht möglich ist und daher infolge der Vernunftfähigkeit aller Menschen auf einem universalen Quasikonsens aufbaut.

Als Ergebnis können wir festhalten, daß der *mos maiorum* von Juristen formuliert, aber in seiner Geltung wie alles Recht auf die Beachtung durch die Bürger zurückgeführt wird. Der Jurist formuliert, die Rechtsbetroffenen folgen. Darin drückt sich zum Teil die typisch skeptische Überzeugung aus, daß Gedanken, auch wenn sie soziale Geltung erlangen, letztlich aus einem individuellen menschlichen Intellekt stammen müssen. Freilich kommt noch das Alterserfordernis hinzu, das verlangt, daß die auf die Rechtsregel des *mos maiorum* gebrachte Praxis

der Juristen schon vorher als beobachtbar vorhanden gewesen sein muß. Es bedarf gesonderter Würdigung.

8. Die althergebrachte Regelanwendung als formaler Geltungsgrund des *mos maiorum* und die Zwecke der Regeln

Das Alterserfordernis, das Prinzip, daß die auf den Begriff gebrachte Praxis vorgefunden sein muß, verleiht der Kategorie des *mos maiorum* die formale Strenge, die ihm Eintritt in die klassische *ratio iuris* verschafft. Denn durch dieses Erfordernis werden die Regeln des *mos maiorum* der individuellen Willkür entzogen.

Das Altersprinzip, das die Anerkennung der Regel als Recht und das Leben nach ihr als einen Tatbestand der Vergangenheit fordert, bündigt das Gewohnheitsrecht. Es schließt es aus, daß ein Jurist eine plötzlich auftretende Volksmeinung zur Rechtsquelle erklärt oder gar mit der Erklärung auftritt, ihm sei plötzlich ein neuer Gewohnheitsrechtssatz eingefallen. Es begründet vielmehr umgekehrt die Vermutung, daß der Zweck, dem die Regel des *mos maiorum* dient, einem objektiv empfundenen Bedürfnis des Bürgerverbandes entspricht.

Der für die Rationalität entscheidende Altersfaktor ist nachdrücklich dokumentiert. Der Auctor ad Herennium spricht vom *ius quod ... usitatum est*¹⁴⁷, Cicero spricht in seiner Jugendschrift von einem (II 22, 67) *ius, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit* und von (II 54, 162) *ius quod in morem vetustas vulgi approbatione perduxit*, in den Partitiones oratoriae (37, 310) von *consuetudo*, in seiner Topik (23, 90) von *pars moris vetustate firmata*, in einem noch näher zu behandelnden großen Fragment spricht Julian (84 digestorum D 1, 3, 32) von *inveterata consuetudo*, Ulpian seinerseits von *diuturna consuetudo*¹⁴⁸, Hermogenian von *longa consuetudo*¹⁴⁹ und Isidors Quelle schließlich teils von *(ex) vetustate probata consuetudo* (II 10, 1; V 3, 2) und teils ebenfalls von *longa consuetudo* (II 10, 2; V 3, 3).

Der Wille der Vorfahren, der in dem Wort *mos* enthalten ist – der Ausdruck *morem gerere alicui* heißt bekanntlich ‚jemandem gehorchen, willfahren‘ und wird in diesem Sinne auch von den Juristen gebraucht¹⁵⁰, – ist in dem Ausdruck

¹⁴⁷ Auctor ad Herennium II 13, 19.

¹⁴⁸ Ulpian 1 de officio proconsulis D 1,3,33: *Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet.*

¹⁴⁹ Hermogenian 1 iuris epitomarum D 1,3 35: *Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iure servantur.*

¹⁵⁰ Paul 13 Sab. D 6,1,71: *Quod si ... actor... iurare non vult, ... mos ei gerendus est; Ulpian 19 ad edictum D 10,2,16 pr ... si volent heredes a communionem ... discedere, morem eis gerat (sc. iudex); Julian 8 digestorum D 10,2,51,1 ex causa utriusque nostrum mos gerendus est (sc. a praetore); Ulpian 2 de officio consulis D 22,3,14 opinor morem ei geri probandi se ingenuam (a consule). Diese juristischen Wendungen folgen altem Sprachgebrauch. Vgl. Plautus, Bacchides 459 *opsequens oboediensque est mori atque imperio patris; Mostellaria 120 nam amator meretricis mores sibi emit auro et purpura.**

mos maiorum notwendig der Wille von Verstorbenen¹⁵¹. Diesem vergangenen Willen der Vorfahren werden auch, wie wir gesehen haben, die in den Quellen genannten Motive der Rechtssetzung zugeordnet¹⁵².

Diese Motive geben Rechtfertigungen, die auf Zweckmäßigkeiten verweisen, nicht auf unmittelbar einsichtige Wahrheiten. So wurde die Zurücksetzung der Frau im Erbrecht nach klassischer Auffassung anders als nach vorklassischer Ansicht nicht auf unmittelbar einsichtige Gründe, also auf die Geschlechtsunterschiede selbst, sondern auf Zweckmäßigkeitsgründe zurückgeführt, nämlich auf die damalige Rollenverteilung der Geschlechter und die hohe Belastung der Männer durch die Kosten der ihnen vorbehaltenen öffentlichen Ämter¹⁵³.

In klassischer Sprache wird diese Art Begründung unter die Kategorie der *necessitas* gefaßt. Diese als Rechtsbildungsfaktor anerkannte *necessitas*¹⁵⁴ ist keine

¹⁵¹ Das Wort *maiores* bezeichnet, wenn es ohne nähere Bestimmung verwendet wird, einfach die Vorfahren (Javolen epistularum D 38,2,36 *praedia ... in quibus maiorum patroni sepulchra sint*), in Zusammenstellung mit den spezielleren Ausdrücken für Aszendenten wie Vater oder Großvater bezeichnet es relativ die weiteren Aszendenten (vgl. *Alfenus* I epitomatum D 48,22,3 *non enim haec patrem, sed maiores eius eis dedisse*; Paulus libro singulari de gradibus et adfinibus et de nominibus eorum D 38,10,10,7 *Parentes usque ad tritavum apud Romanos proprio vocabulo nominantur: ulteriores qui non habent speciale nomen maiores appellantur*). Der Versuch der vorklassischen Juristen, den Ausdruck *parens* auf die Aszendenten bis einschließlich den *tritavus* (Aszendent des 6. Grades) zu beziehen und erst darüber hinaus die *maiores* beginnen zu lassen, hat sich nicht durchgesetzt. Vgl. *Ulpian* 5 ad edictum D 2,4,4,2 *quidam parentem usque ad tritavum appellari aiunt, superiores maiores dici: hoc veteres existimasse Pomponius refert; sed Gaius Cassius omnes in infinitum parentes dicit, quod et honestius est et merito optinuit*. In der klassischen Sprache, in der auch der Ausdruck *mos maiorum* einen technischen Wert erhält, ist *maior* ein relativer Begriff. Daher kann Cicero auch die Jurisprudenz seines Lehrers Q. Mucius, welcher der Generation seines eigenen Vaters angehörte, in Übereinstimmung mit der Terminologie seiner Zeit die der *maiores* nennen (vgl. *Cicero*, de officiis III 17, 69 ff.). Das paßt zu dem technischen Begriff des *mos maiorum* besonders gut, da sein Hauptzweck ja darin bestand, den Regeln der Jurisprudenz der *maiores*, an denen man festhalten wollte, ohne ihre naturrechtliche Rechtfertigung übernehmen zu können, eine neue Grundlage zu geben.

¹⁵² Vgl. oben Anm. 143 und 145.

¹⁵³ Vgl. zu der erbrechtlichen Regelung selbst meine Bemerkungen in *Behrends, Knüttel, Kupisch, Seiler*, Institutionen (21996) 284 f. Das Motiv, warum es „vorteilhafter erschien, daß die Erbschaften in der Regel Männern zuflossen“ (Inst. 3,2,3) ergibt sich, wenn man sieht, daß den Frauen nach klassischer Lehre wiederum gewohnheitsrechtlich – und nicht etwa wegen angeblich geschlechtsspezifisch gegebener, geringerer Befähigung – die kostspieligen, öffentlichen Ämter verschlossen waren (*Paul* 17 ad edictum D 5,1,13,2: *moribus ... non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur*; *Paulus* 30 ad edictum D 16,1,1,1; *Ulpian* 1 ad Sabinum D 50,17,2 pr; vgl. auch *Gaius* I 190).

¹⁵⁴ Vgl. die Quellen unten Anm. 157 und *Modestin* I regularum D 1,3,40: *Ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo*. Die aller Wahrscheinlichkeit nach nicht originelle, sondern tratatizische Trichotomie *Modestins* bezieht sich in ihrem ersten Teil mit dem *ius quod consensus fecit* ersichtlich auf das in der *ratio iuris* auf den *quasi consensus* zurückgeführte *ius gentium* (*Cicero*, Part. orat. 37, 130), in dem letzten Teil mit *consuetudo quae firmavit* auf die das Recht generell stärkende „Gewohnheit des Rechts“. Für das *ius quod necessitas constituit* bleibt das *ius proprium*, das aus Zweckmäßigkeitsgründen entweder durch den *mos maiorum* oder eine *lex publica* eingeführte positive Recht.

zwingende Notwendigkeit, sondern nur eine relative, zweckabhängige Notwendigkeit. Es ist die Notwendigkeit, die durch einen zweckmäßigen Zustand, den man erhalten oder erreichen will, bestimmt wird. So verhält es sich mit der *necessitas* der *impensae necessariae*, die z. B. für ein Grundstück nicht nur Erhaltungs- und Sicherungsaufwendungen, sondern auch investitive Aufwendungen umfassen¹⁵⁵. Kennzeichnenderweise spricht Cicero auch von der *necessitas*, wenn er sich Zweckmäßigkeitsentscheidungen vor Augen ruft, wie sie einst vom historischen Gründer Roms getroffen worden sind, und sie in ihrer Konkretheit von den idealen Konstruktionen Platons absetzt¹⁵⁶. Der Ausdruck dürfte daher zum alten klassischen Bestand gehören.

Die Motive sind nicht Teil des Rechts. Geltung haben nur der Text des Gesetzes oder die ausformulierte Regel des *mos maiorum*. Folgerichtig heißt es später zur Abwehr analoger Anwendungen solcher Motive, daß mit den Rechtssetzungen der *necessitas* nicht argumentiert werden dürfe. Sie seien auf ihren Geltungskreis beschränkt und einer ausdehnenden Interpretation nicht fähig¹⁵⁷. Die Regeln des *mos maiorum* werden damit, was ihre Geltung angeht, streng auf die Tatsache der in der Vergangenheit beobachtbaren Anwendung zurückgeführt. Da die Rechtfertigung aus (oft durchaus einsehbaren) Zwecken nicht die Geltung der Regeln trägt, stehen sie damit im Ergebnis Rechtssetzungen gleich, die infolge eines Irrtums gewohnheitsrechtlich zur Geltung gelangt sind¹⁵⁸.

9. Die gesetzeseqliche Geltungskraft des *mos maiorum*

Die Tatsache, daß im klassischen System sowohl das schriftliche Gesetz als auch der *mos maiorum* den Bedürfnissen der Bürgerschaft entsprechend Recht einführen konnten, rief die Notwendigkeit hervor, das Verhältnis zwischen den beiden Rechtsquellen untereinander zu bestimmen. Da beide Rechtsquellen in der *ratio*

¹⁵⁵ *Ulpian* 36 ad *Sabinum* D 25,1,1,3. Die *necessitas impendendi* wird nicht nur bejaht für Instandsetzungsarbeiten an einem auffälligen Grundstück, sondern auch für die das Grundstück sichernde Molen und für die Neuanlage einer Mühle oder eines Kornspeichers auf einem Gutsbetrieb.

¹⁵⁶ *Cicero*, de re publica II 11, 22. *Laelius* lobt im Dialog die konkrete Perspektive des *Scipio*: *illa de urbis situ revoces ad rationem quae a Romulo casu aut necessitate facta sunt, et disputas non vaganti oratione, sed defixa in una re publica. (Jene Tatsachen über die Lage der Stadt Rom bezieht du auf Gründe, die von Romulus zufällig oder aus Zweckmäßigkeitserwägungen verwirklicht worden sind, und erörterst sie nicht in schweifender Rede, sondern konzentriert auf ein und dasselbe Gemeinwesen.)* Das Gegenbild ist der platonische *Sokrates*, der einen Idealstaat entwirft, der dem gewöhnlichen Leben der Menschen widerspricht (*a vita hominum abhorrentem et a moribus*) und eine freie Erfindung darstellt (*ut facit apud Platonem Socrates, ipse fingere*).

¹⁵⁷ *Paul* 70 (?) ad edictum D 50,17,162: *Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi. (Mit Hilfe von Regeln, die um einer zweckhaften Notwendigkeit willen anerkannt sind, darf man nicht rechtsfortbildend argumentieren.)*

¹⁵⁸ Vgl. *Celsus* 23 *digestorum* D 1,3,39: *Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.*

iuris selbständig verzeichnet sind (Cicero, part. orat. 37, 130), überrascht es nicht zu erfahren, daß ihr Verhältnis zueinander das der grundsätzlichen Gleichrangigkeit war.

Hermogenian 1 *iuris epitomarum* D 1,3,35

Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur.

(Aber auch die Rechtsregeln [ea iura¹⁵⁹], die durch lange Gewohnheit bekräftigt oder viele Jahre lang beachtet worden sind, werden gleichsam als stillschweigende Übereinkunft der Bürger¹⁶⁰ nicht weniger als diejenigen beachtet, die schriftlich abgefaßt worden sind.)

Zwar wird dem Gewohnheitsrecht gegenüber dem Gesetz ein gewisser Vorrang zugesprochen, weil es der Schriftform nicht bedarf.

Paulus 7 ad Sabinum D 1,3,36

Immo magnae auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.

(Vielmehr hat dieses Recht eine große Geltungskraft, weil es in dem Maß anerkannt worden ist, daß es nicht nötig war, es in schriftliche Form zu fassen.)

Aber dieses Argument gibt gegenüber dem klassischen, die *ratio iuris* prägenden Unterschied zwischen *ius scriptum* und *ius non scriptum* nichts Neues, sondern reproduziert ihn nur mit anderen Worten. Allenfalls kann man hinter ihm noch das Selbstbewußtsein der Juristen spüren, denen ja nicht verborgen geblieben sein kann, daß in der Sache sie es waren, welche die Regeln des klassischen Gewohnheitsrechts formulierten und in der Praxis zur Geltung brachten.

Die derogierende Kraft des Gewohnheitsrechts, wie wir sie in dem berühmten, gleich noch gesondert zu besprechenden Julianfragment ausgesprochen finden, ist eine einfache Folge der Gleichrangigkeit.

Julian 84 digestorum D 1,3,32,1

... rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

(Völlig zutreffend ist auch das anerkannt worden, daß die Gesetze nicht nur durch die Entscheidung des Gesetzgebers, sondern auch durch den stillschweigenden Konsens aller im Wege des allgemeinen Nichtgebrauchs außer Kraft gesetzt werden können.)

Es ist einfach eine Anwendung des klassischen (in der offener argumentierenden vorklassischen Tradition nicht geltenden) Satzes: *lex posterior derogat legi priori*¹⁶¹.

¹⁵⁹ Eine typische klassische Bedeutung. Vgl. einerseits Gaius I 47 *iura eius legis* (die Regeln oder Vorschriften dieses Gesetzes) und die Belege bei Heumann, Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts s.v. *ius* 1 a), andererseits Cicero, de inventione II 22, 67 f. *quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem; ... iura legitima*.

¹⁶⁰ Diese Begründung des Gewohnheitsrechts ist nicht mehr rein klassisch, sondern setzt bereits Julians Willenstheorie voraus. Zu ihr gleich u. S. 95 ff.

¹⁶¹ Vgl. Gesetz und Sprache (oben Anm. 1) 158 ff.

10. *Der mos maiorum als Recht der ratio iuris ohne Anteil an der universalen ratio*

Der Umstand, daß der *mos maiorum* klassisch definiert wird als *longa consuetudo, de moribus tracta tantundem*, als Quelle von Rechtsregeln, die lediglich aus der Tatsache ihrer langen Beachtung in der Praxis gewonnen werden, sichert ihr einen Platz in der *ratio iuris*, macht aber zugleich deutlich, daß diese Regeln, mögen sie auch regelmäßig Zwecke verfolgen, keinen Anteil an der universalen, aus der inneren Struktur seiner Institute folgenden Systemrationalität des *ius gentium* haben. Diese Eigenschaft des *mos maiorum*, die negativ gesehen ein Mangel an aufweisbarer innerer Rationalität ist, positiv gewendet dagegen die Fähigkeit, auch ohne von menschlicher Beobachtung aufweisbare, innere Rationalität zu gelten, erklärt die beherrschende Stellung des *mos maiorum* im klassischen *ius divinum*, wie wir weiter unten sehen werden, sie ist aber auch die Grundlage seiner systematischen Sonderstellung im *ius humanum*.

Justinian läßt in zwei aufeinanderfolgenden Fragmenten des einschlägigen Titels D 1,3 *DE LEGIBUS SENATUSQUE CONSULTIS ET LONGA CONSUETUDINE* zwei in etwa zeitgenössische hochklassische Schulhäupter der konkurrierenden Rechtsschulen, Julian, den Vorsteher der von ihm im klassischen Sinn reformierten sabinianischen Rechtsschule, und Neraz, den Vorsteher der prokulianischen, von Hause aus klassisch denkenden Rechtsschule, mit der übereinstimmenden und daher ersichtlich tralatizischen Aussage zu Wort kommen, daß es verfehlt und gefährlich wäre, den *mos maiorum* auf eine rationale Geltungsgrundlage zurückzuführen. Denn wer dies versuche, würde seine Geltung gefährden.

Julian 55 dig D 1,3,20

Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.

(Nicht für alles, was die Vorfahren festgesetzt haben, kann ein innerer Grund angegeben werden.)

Neratius 6 membranarum D 1,3,21

et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur.

(Und daher soll man die inneren Gründe der Regeln nicht erforschen. Ansonsten würde vieles von dem, was gewiß ist, umgestoßen werden.)

In diesen Äußerungen, deren einstiger Kontext nicht mehr erkennbar ist¹⁶², aber auf den auch angesichts ihrer Allgemeinheit verzichtet werden kann, hat das Wort *ratio* den technischen Sinn eines universal einsehbaren Geltungsgrundes. Es sei verfehlt – dies die übereinstimmende Aussage der beiden Fragmente –, für eine Regel des von den *maiores* festgesetzten Rechts eine solche unmittelbar einsichtige Vernunftgrundlage nachweisen zu wollen. Dieser Versuch würde scheitern und die Geltung der Regel in Frage stellen. Es ist dies in der Anwendung auf das *ius humanum* mutatis mutandis die gleiche Argumentation, die wir mit gleicher Be-

¹⁶² Vgl. Lenel, Palingenesia I, Sp. 461 und Sp. 771.

wußtheit für das insgesamt aus Regeln des *mos maiorum* zusammengesetzte *ius divinum* finden werden.

Man versteht diese auf das klassische Rechtssystem bezogene Aussage am besten anhand eines Beispiels. Die vom *mos maiorum* bestimmte Ausschließung der Frau von öffentlichen Ämtern würde auf einem allgemeinen einsehbaren Grund beruhen, wenn sie sich auf einen geschlechtsspezifischen Mangel des Urteilsvermögens berufen könnte. Das ist aber nach klassischer Auffassung gerade nicht der Fall (vgl. oben Anm. 153).

Die partikulären Zwecke, die man für diese und andere Regeln des *mos maiorum* anführen kann, begründen keine innere Rationalität. Zwecke haben als Bestimmungsgründe menschlichen Handelns keine Konstanz. Man kann ihnen zustimmen oder sie bestreiten, man kann ihnen folgen oder sie fallen lassen, man kann sie wohltätig finden oder nicht. Da ihnen die Konstanz fehlt, können sie nach klassischer Auffassung nicht Gegenstand einer Erkenntnis sein, die ihnen einen Platz in den Ursachen einer wissenschaftlichen *ars* oder der exakt beschriebenen Natur sichern könnte¹⁶³. Ihnen fehlt mit anderen Worten die Eigenschaft, die sie zu dem Gegenstand einer Erkenntnis im skeptischen Sinne machen könnte, da sich ihnen gegenüber das nach der akademischen Skepsis die höchste Erkenntnisstufe verleihende Urteil „wahrscheinlich“, „unwidersprochen“, „allseitig geprüft“ gar nicht bilden kann (vgl. oben Anm. 30).

Das ist bei den Figuren und Grundlagen des klassischen *ius gentium* anders. So lassen sich etwa Figuren wie – ich beschränke mich auf Beispiele des klassischen Edikts – die Personengesamtheit (*universitas*) in Gestalt der Bürgerschaft (*civitas*) eines Munizipium oder eines mit Rechtsfähigkeit ausgestatteten Vereins, die Personen gleicher Art zu einer Einheit verbinden¹⁶⁴, oder Übereinkünfte (*conventiones*) und Kontrakte, welche eine Person mit einer anderen verbinden¹⁶⁵, oder Besitz und Eigentum, die eine Person mit einer Sache¹⁶⁶, oder Servituten, die Sachen mit Sachen verbinden¹⁶⁷, alle dauerhaft vor das geistige Auge rufen und als geistige Figuren der konstanten Rechtswirklichkeit in den Status einer hohen, allseitig geprüften und unwidersprochenen Wahrscheinlichkeit erheben.

Die gleiche Konstanz gilt aber auch für die dem menschlichen Instinkt eingepflanzten Verhaltensdispositionen, wie sie im soziobiologischen *ius naturale* enthalten sind, und für die kulturellen Haltungen, die *initia iuris*, von denen wir in dieser Untersuchung für das *ius humanum* die *fides humana* (o. S. 59) und für das

¹⁶³ Vgl. die für die skeptische Wissenschaftslehre grundlegende Äußerung Cicero, Topica 16, 63: *Omnium autem causarum in aliis inest constantia, in aliis non inest. In natura et in arte constantia est, in ceteris nulla.* Die inkonstanten Gründe, die nach klassischer Auffassung der Wissenschaft nicht fähig sind, stammen, wie Cicero weiter ausführt, teils aus dem freien, von verschiedenen Zwecken beherrschten Willen des Menschen, teils aus der göttlichen Sphäre der *fortuna*. Vgl. dazu noch unten S. 111.

¹⁶⁴ Vgl. Lenel, Edictum perpetuum 97 ff., 100 f.

¹⁶⁵ Vgl. Lenel, Edictum perpetuum 64 f., 231 ff., 188 ff.

¹⁶⁶ Vgl. Lenel, Edictum perpetuum 461 ff., 169, 185 f.

¹⁶⁷ Vgl. Lenel, Edictum perpetuum 191 ff.

ius divinum die *religio* (u. S. 105 ff.) kennengelernt haben bzw. noch näher kennenlernen werden.

Zwar bleibt der theoretische Blick auch gegenüber dem Phänomen des *mos maiorum* nicht ohne Gegenstand. Nur ist es hier die beobachtbare, langandauernde Beachtung der rechtlichen Regel selbst, welche nach der klassischen Theorie die Feststellung der *longa consuetudo, de moribus tracta tantundem* erlaubt.

Das Gesamtergebnis ist eine differenzierte, von Wertungen nicht freie Positionierung des Gewohnheitsrechts. Das klassische System erkennt mit der Aufnahme der Kategorie des *mos maiorum* an, daß der Mensch nicht nur nach allgemeinen und universalen Wahrheiten leben will und kann, also nicht nur nach den rationalen Strukturen des *ius gentium* sowie den sie tragenden und das *ius gentium* zum *ius commune* vervollständigenden Regeln des *ius naturale* und den kontrollierenden und ergänzenden Regeln der *naturalis aequitas*, sondern daß er für die Ordnung seines Lebens auch solcher Rechtsregeln bedarf, die lediglich für notwendig gehaltenen Zwecken seines engeren Bürgerverbandes entspringen.

Die auf diese Weise zugelassenen Rechtsregeln, die entweder aufgrund *mos maiorum* oder kraft einer *lex publica* in Kraft gesetzt werden, geben jedem staatlich organisierten Volk die Möglichkeit, besondere Zwecke in der Rechtsordnung zu verwirklichen, aber nach klassischer Auffassung doch nur im Rahmen der auf dem Gleichheitssatz aufbauenden *ratio iuris* und mit dem deutlichen, aus diesem System folgenden Hinweis, daß Zwecke, die durch tatsächlich praktizierte Rechtsregeln oder durch den Buchstaben des Gesetzes verwirklicht worden sind, auch wenn sie sich als wohlätig erweisen sollten, nicht die gleiche Dignität haben, wie die universal einsehbaren Grundlagen des klassischen Systems.

11. Der hochklassische *mos maiorum* – ein Erzeugnis des Volkswillens

Die klassische Rechtslehre hatte ein hochdifferenziertes Bild des Rechts, in dem alle Rechtsregeln auf eine von der menschlichen Vernunft getragene, ordnende Weltwahrnehmung zurückgeführt wurden. Dieser menschlichen, letztlich immer auf Vorstellungsinhalte individueller Menschen zurückgehenden Vernunft entspringen die Rechtsformen für Personen und Sachen, die rechtserheblichen Eigenschaften dieser Personen und Sachen einschließlich der zwischen ihnen bestehenden Strukturen, die das *ius gentium*, sowie die Gesetzestexte und die Regeln der gewohnheitsrechtlichen Praxis, die das *ius proprium* erzeugen.

Objektive Quellprinzipien, die das Recht ohne den Durchgang durch eine individuelle menschliche Vernunft schaffen, kennt das klassische Recht nicht. Das ändert sich im hochklassischen Recht, und zwar infolge des Kompromisses, den Julian durch seine Reform seiner, der sabinianischen Schule, zwischen dem klassisch-institutionellen und dem vorklassisch-prinzipiellen Rechtsdenken herstellt.

Der wichtigste Kunstgriff dieses Kompromisses war die Annahme produktiver Willensprinzipien. Im Gewohnheitsrecht führte das zur Annahme eines das Recht setzenden produktiven Volkswillens. Das bezeugt das folgende hochklassische Fragment, das die bekanntesten Äußerungen eines römischen Juristen zum Ge-

wohnheitsrecht darstellt. In der interpolationistischen Phase der Romanistik und ihren Ausläufern war es verbreitet, die Echtheit seiner Sätze mehr oder weniger radikal anzuzweifeln. Nicht weil sich die Aussage des Fragments in der genannten Weise von der klassischen Lehre entfernt hatte, sondern weil es Theorie enthielt und nach den spätrömisch-freirechtlichen Überzeugungen der Interpolationistik die römischen Juristen der Theorie nicht bedurften. Durch Abstammung und angeborene Genialität zu Repräsentanten ihres Volkes berufen, waren sie angeblich befähigt, ohne Theorie das Richtige wahrzunehmen und in der Praxis umzusetzen. Äußerungen zur Theorie galten daher als dem klassischen Geist fremd. Solcherlei Dinge waren byzantinisch oder nachklassisch und mußten, um das wahre Römertum freizulegen, aus den Quellen ausgemerzt werden¹⁶⁸.

Was Julian hier, von einem besonderen Gegenstand¹⁶⁹ ins Allgemeine exkurrierend ausführt, entspricht zunächst in der äußeren Terminologie ganz der im Vorstehenden betrachteten klassischen Lehre.

Julian 84 digestorum D 1,3,32

pr. De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet. I. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declarat an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

(In den Fällen, in denen wir nicht nach geschriebenem Recht leben, müssen wir beachten, was durch Gewohnheitsrecht eingeführt worden ist. Fehlt für den Fall eine solche [unmittelbar anwendbare] Norm, dann ist die Norm zu beachten, die dem Fall nahesteht und ihm angemessen ist. Und wenn sich auch eine solche Norm nicht ergibt, dann muß das Gewohnheitsrecht beachtet werden, das in der Stadt Rom gilt¹⁷⁰. Althergebrachte Gewohnheit wird nicht

¹⁶⁸ Vgl. Kaser, in: SZ 59 (1939) 54 mit zahlreichen Nachweisen. Kennzeichnend das dort ausgesprochene Verwertungsverbot gegenüber der Tradition der philosophischen Rhetorik (S. 95 ff.).

¹⁶⁹ Es geht vermutlich um – durch Gewohnheitsrecht – ergänzte Normen, nach denen Bürgern von der Verwaltung ihrer Munizipien und gegebenenfalls auch in Rom selbst Befreiung von *munera* gewährt wurde. Vgl. Lenel, Palingenesia Iuris Civilis I Sp. 480: [Ad legem Papianam 15] [De vacatione et excusatione munerum]. Für den Inhalt des Rechts verweist Lenel auf Callistrat 1 cognitionum D 50,2,11 und Ulpian 3 opinionum D 50,5,2 pr. Die Zuschreibung ist nach Kontext und Inhalt plausibel. Zu ihr paßt vor allem, daß die zuständigen Stellen in Rom (und damit mittelbar auch die hier beratend tätigen hauptstädtischen Juristen) zum Modell des in den Munizipien des Reichs geübten Rechts erhoben werden.

¹⁷⁰ Vgl. Constitutio ‚Deo auctore‘ § 10. Über die Frage, was von dem Recht der erhaltenen Juristenschriften nicht der *desuetudo* verfallen sei, sollte nach dem Gesetz Justinians entweder die Praxis der Gerichte (*quae iudiciorum frequentissimus ordo exercuit*) oder in Anknüpfung an die obige Ansicht Julians das Rechtsleben der – mittlerweile zwei – Hauptstädte des Reichs entscheiden: (*quae ... longa consuetudo huius almae urbis comprobavit, secundum Salvii Juliani scripturam, quae indicat debere omnes civitates consuetudinem Romae sequi, quae caput est orbis terrarum, non ipsam alias civitates. Romam autem intellegendum est non solum veterem, sed etiam regiam nostram, quae deo propitio cum melioribus condita est au-*

zu Unrecht wie ein Gesetz beachtet, und es ist das Recht, von dem man sagt, daß es durch Gewohnheitsrecht eingeführt worden ist. Denn wenn die [eigentlichen] Gesetze uns aus keinem anderen Grund verpflichten, als daß sie aufgrund einer Entscheidung des Volkes anerkannt worden sind, dann verpflichtet zu recht auch alles das, was das Volk ohne alle schriftliche Form gebilligt hat. Denn was macht es aus, ob das Volk seinen Willen durch förmliche Abstimmung kundtut oder unmittelbar in Sachverhalten und Taten? Daher ist sehr zu recht auch anerkannt, daß Gesetze nicht nur durch förmliche Abstimmung des Gesetzgebers, sondern auch in stillschweigendem Konsens durch Nichtgebrauch außer Kraft gesetzt werden können.)

Die grundsätzlich gleichrangige Stellung des *mos maiorum* als *ius non scriptum* neben dem *ius scriptum* der Gesetze entspricht ebenso wie seine Rückführung auf die *inveterata consuetudo* ganz dem spätrepublikanischen, in der philosophischen Rhetorik vorbereiteten System. Auch der Doppelausdruck *mores et consuetudo* kann als Reminiszenz der klassischen Unterscheidung zwischen fachjuristischen Sätzen des *mos maiorum* und der sie aufnehmenden allgemeinen Gewohnheit des Rechts gelten. Für beides sei stellvertretend auf die große *ratio iuris* (Cicero, part. orat. 37, 129) verwiesen.

Nicht klassisch, sondern neuartig ist dagegen die zentrale Bedeutung, die dem Volkswillen bei der Erzeugung von Gewohnheits- und Gesetzesrecht beigelegt wird. Die beiden hierhergehörenden Kernsätze sind nicht klassisch. Weder die Aussage, daß das Gesetz eine schriftliche „Willenserklärung“ des Volkes über die Geltung von Rechtssätzen ist, noch die Feststellung, daß das Gewohnheitsrecht eine nichtschriftliche, *rebus ipsis et factis* erfolgende, also gewissermaßen konkludente „Willenserklärung“ des Volkes über die Geltung von Rechtssätzen ist, ist mit den klassischen Grundsätzen vereinbar.

Die Aussagen sind vielmehr spezifisch hochklassisch, nämlich sabinianisch beeinflusst. Nach klassischem Denken war das Volk eine *universitas*, d.h. eine Gesamtheit von Personen mit gleichen Eigenschaften, die als solche, als eine Struktur von gleichen Elementen, zwar Gegenstand wissenschaftlicher Vergewisserung sein konnte, aber als etwas bloß Gedachtes zu jeglicher Willensbildung unfähig war¹⁷¹. In der Rechtswirklichkeit konnte diese Personengesamtheit wie andere nur dadurch eine Rolle spielen, daß auf sie als eine sozial konstante Struktur in einer vom öffentlichen Recht oder vom privaten in präzisen Einzelheiten geregelten Weise Rechtswirkungen bezogen wurden; ihr, wie Sabinus es tat, einen rechtserheblichen Willen beizulegen, war unmöglich¹⁷².

guriis.) Bemerkenswert ist, daß Justinian nicht mehr ausdrücklich zwischen *ius gentium* und *mos maiorum* differenziert, sondern die Fortgeltung der Aussagen der klassischen Literatur generell der „Gewohnheit des Rechts“ an den Gerichten und den beiden Hauptstädten unterordnet. Das nimmt das bis heute fortwirkende Verschwinden dieses Unterschieds in der Historischen Rechtsschule vorweg. Vgl. dazu u. S. 132 f.

¹⁷¹ Die klassische *universitas* kann als reines Gedankending weder besitzen noch consentieren noch einen dolosen Vorsatz fassen. Vgl. Ulpian 11 ad edictum D 4,3,15,1; Paulus 54 ad edictum D 41,2,1,22. Die prägnante Theorie geht auf den Urheber des klassischen Edikts zurück. Vgl. die folgende Anm.

¹⁷² Nach den Regeln des *ius publicum* und *ius privatum* und nach dem klassischen Edikt, das nach der Rubrik für die *municipes* (der *universi* der Stadtgemeinden) eine eigene Rubrik für

Als Ergebnis des julianischen Kompromisses kam es zu einer Art „Belebung“ oder „Beseelung“ des klassischen Rechtssystems. Die von Julian vorgenommene Fusion zwischen dem klassischen Realismus, der die Welt aus den Einheiten und Strukturen aufbaute, und dem vorklassischen Spiritualismus, dessen Rechtslehre auf objektiv wahrnehmbaren Rechtsprinzipien aufbaute, führte dazu, daß das partikulare Recht auf den „Volkswillen“ zurückgeführt wurde, wie wir es schon in dem obigen Fragment gesehen haben, das universale Recht auf eine objektivierte *naturalis ratio*, die letztlich als ein in der Natur wirkender göttlicher Wille erscheint. In dem Lehrbuch, das als unmittelbare Folge der Tat Julians in seiner Schule erschien, dem Institutionenlehrbuch des Gaius, wird das sehr schön deutlich.

Gaius I 1

Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur (D 1,1,9 = Inst. 1,2,1). nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur.

(Alle Völker, die von [geschriebenen, staatlichen] Gesetzen und ungeschriebenen Rechtsgewohnheiten beherrscht werden¹⁷³, leben teils nach ihrem eigenen Recht, teils nach dem Recht aller Menschen. Denn was ein jedes Volk sich selbst als Recht setzt, das ist ihm als besonderes Recht zu eigen und wird bürgerliches Recht [im engeren Sinne] genannt, als das eigentümliche Recht der Bürgerschaft. Was dagegen die natürliche Vernunft unter allen Menschen eingeführt hat, das wird bei allen Völkern in gleicher Weise beachtet und wird Völkergemeinrecht [und bürgerliches Recht im weiteren Sinne] genannt, da nach dem Recht alle Völkerstämme der Menschheit leben. Daher lebt das römische Volk teils nach seinem eigenen Recht, teils nach dem gemeinsamen Recht aller Menschen.)

Für die Rechtserzeugung gibt es nur noch zwei Rechtsquellen, das handelnde Volk oder die handelnde *naturalis ratio*. Entweder hat das Volk sich selber partikulares, nur für seine Glieder geltendes Recht gesetzt (*populus sibi ipse ius consti-*

die *universitas* hatte. Vgl. Lenel, Edictum perpetuum (31927) 100. Daß diese hochgezüchtete Theorie, welche (letztlich der antiken Atomlehre folgend) nicht nur körperliche Sachen, sondern auch unkörperliche Personengesamtheiten wie das Volk auf kleinste, selbst nicht mehr teilbare Bestandteile zurückführt (vgl. den Servius-Schüler *Alfenus* 6 digestorum D 5,1,76), in der Hochzeit der Interpolationistik für interpoliert gehalten wurde, versteht sich von selbst. Zur Gegenansicht des Sabinus, der das Volk in der Gesetzgebung als rechtserheblich wollend ansieht, Inst. 4,3,15.

¹⁷³ So meint die Eingangswendung *legibus et moribus*, welche die Regeln des geschriebenen Rechts von denen des ungeschriebenen Rechts trennt, einfach formelhaft den Rechtszustand, in dem zivilisierte Völker leben, die als solche teils dem allgemein menschlichen, teils dem individuell gewollten Recht folgen. Zutreffend *Siegfried Brie*, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht I (1899) 3, Anm. 5. Daher bezeichnet die Formel *suis moribus legibusque uti* in der gleichen Zeit die rechtliche Autonomie einer Gemeinde: *Gellius* XVI 13,4: *Hadrianus ... mirari se ostendit, quod ... municipia antiqua ... cum suis moribus legibusque uti possent, in ius coloniarum mutari gestiverint. § 6 Municipiis ... sunt cives Romani ex municipiis, legibus suis et suo iure utentes.*

tuít) oder die allgemeine Vernunft hat universales, für alle Menschen geltendes Recht begründet (*naturalis ratio inter omnes homines [ius gentium] constituit*).

Es wird durch diesen Text sehr deutlich, was Julians Kompromiß bewirkt hat. An die Stelle des vorklassisch-spekulativen, in der alsabinianischen Schule bewahrten Gegensatzes von solidarischem Naturrecht und striktem Bürgerlichen Recht¹⁷⁴ trat unter dem Einfluß der klassischen, weit realistischeren Begrifflichkeit, aber unter Aufopferung ihrer für den kulturanthropologischen Rechtsaufbau grundlegenden Unterscheidung zwischen soziobiologischem *ius naturale* und zivilisatorischem *ius gentium*, ein wieder stärker spirituell gedachter Gegensatz zwischen dem partikularen Recht eines jeden Volkes und eines von der *naturalis ratio* geschaffenen *ius gentium*, das Gaius *ius omnium hominum commune* nennt. Dementsprechend nennt Gaius in seinem Lehrbuch zahlreiche Beispiele des – im Sinne des Julianschen Kompromisses erörterten, fortentwickelten und entsprechend auslegungsfähigen – *ius gentium*¹⁷⁵, ebenso Beispiele für das von *mos maiorum* und Gesetzen erzeugte *ius proprium*¹⁷⁶.

Im Ergebnis wurde die hochdifferenzierte Lehre des klassischen Gewohnheitsrechts nicht unerheblich vereinfacht oder verschliffen. Am Alterserfordernis der *inveterata consuetudo* hält zwar Julian noch fest. Aber wenn das Volk zu einem willensfähigen Organismus, das seinen Willen statt in Abstimmungen, wie Julian (84 digestorum D 1,3,32,1) sagt, auch *rebus ipsis et factis* äußern kann, wird der Gedanke des Alterserfordernisses sehr geschwächt. Der Vergleich läßt fraglich werden, warum der Tatbestand, durch den das Volk einen Gewohnheitsrechtswillen sichtbar macht, notwendig umso viel länger zurückliegen muß als der Wille, der ein Gesetz in Kraft setzt. Die Möglichkeit einer mißbräuchlichen Auslegung zeichnet sich ab. Zugleich ist der Einfluß der Prinzipatsverfassung, in der die Rechtssetzungsgewalt des Prinzeips auf einen in freier Gesetzesauslegung ge-

¹⁷⁴ Vgl. die letztlich auf den kommentierten Sabinus zurückgehenden Definitionen in *Paulus* 14 ad Sabinum D 1,1,11 von dem *ius naturale quod semper aequum ac bonum est* und dem eigennützigen *ius civile*, das *omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est* mit dem entsprechenden Dualismus *ius gentium – ius civile* der vorklassischen Jurisprudenz *Cicero*, de officiis III 17, 69.

¹⁷⁵ Vgl. etwa die zahlreichen Beispiele im Vertragsrecht bei *Gaius* III 89 ff. (93, 133, 154). *Servius Sulpicius*, der Schöpfer des klassischen Institutionensystems, wird genannt, seine Meinungen aber mit Hilfe vorklassischer Argumente zurückgewiesen. Vgl. *Gaius* III 156, 179. Für Einzelheiten sei insbesondere auf die in Anm. 1 zitierten Untersuchungen zum Mandatsvertrag verwiesen.

¹⁷⁶ Der Unterschied zwischen gesetzlichem und gewohnheitsrechtlichem Sonderrecht wird besonders deutlich in der Behandlung der Legisaktionen. Zum ersten etwa *Gaius* IV 11, zum zweiten *Gaius* IV 27 *Introductum est* (sc. die *legis actio per pignoris capionem moribus rei militaris*). Von den eindeutig spezifisch römischen Regeln der Universalsukzession im Fall der Arrogation oder der Manus-Ehe sagt *Gaius* (III 82) *iure (quod) consensu (sc. populi) receptum est, introductae*. Die Terminologie ist ersichtlich weicher geworden. Ähnlich formuliert die von den Institutionen Justinians verwendete Quelle (Inst. 1,2,9): *diuturni mores consensu utentium (!) comprobati legem imitantur*, die nach geäußerten Vermutungen auf Ulpian's Institutionen zurückgeht (*Zocco Rosa*, Institutionum Palingenesia I [1908] 67f.), aber auch auf die *Res cottidianae sive aurea* des Gaius zurückgehen könnte.

fundenen Auftrag des Volkes zurückgeführt wird, das die eigene Rechtssetzungsgewalt dem Kaiser zur Ausübung überträgt, unverkennbar¹⁷⁷.

Die Fesseln, in welche die klassische Begrifflichkeit den *mos maiorum* gelegt hat, sind sehr gelockert. Insbesondere die prägnante Unterscheidung zwischen juristischer Erzeugung und der allgemeinen Annahme durch die „Gewohnheit des Rechts“ der Bürger ist nicht mehr sichtbar.

12. Exkurs: Die Quelle des Isidor

Die beiden in den vorstehenden Abschnitten für den spätrepublikanischen Kodifikationsstreit und für die Definition des Gewohnheitsrechts ausgewerteten Isidor-Fragmente sind so wertvoll, daß eine kurze Vergewisserung über ihre mögliche Quelle gerechtfertigt erscheint. Kübler vermutete als unmittelbare Quelle eine in Spanien nach Abfassung des Codex Theodosianus verfaßte Vorlage¹⁷⁸. Fragt man weiter nach der Quelle dieser Vorlage, so wird man angesichts der starken inhaltlichen Übereinstimmungen zunächst an Ulpian's Institutionen denken, zumal da dieses Werk in der Spätantike auch sonst, z. B. von Boethius in seinem Kommentar zu Ciceros *Topica*, benutzt worden ist¹⁷⁹. Die Definition des *ius publicum* ist so gut wie identisch (oben Anm. 123). Ferner ist die für Ulpian kennzeichnende dreigliedrige Rechtsquellenlehre des Privatrechts immerhin noch deutlich erkennbar, da Isidor ein *proprium ius civile* (Isidor V, 5) von einem in zwei Elemente zerlegten *ius naturale* (V 4, 1) unterscheidet, das, da es neben einem instinktgetragenen Naturrecht auch ein rechtsethisches, durch den Hinterlegungsvertrag veranschaulichtes Naturrecht¹⁸⁰ umfaßt, mit dem von Ulpian bewahrten *ius commune* identifiziert werden kann. Es bleibt freilich die Frage, wem man die auffälligen Verschiebungen innerhalb der drei Kategorien *ius civile*, *ius gentium* und *ius naturale* zuschreiben soll. Sie beeindrucken durch ihre gedankliche Kontinuität. Wenn durch sie der Begriff des *ius gentium* auf das Völkerrecht beschränkt wird, so folgt das einem von Anfang an vorhandenen und deutlich abgrenzbaren Teilinhalt des klassischen Begriffs. Und wenn damit im gleichen Zuge der Begriff des *ius gentium* seinen das Privatrecht ordnenden Teilinhalt an das *ius*

¹⁷⁷ Ulpian I inst D 1,4,1 pr *lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*. Vgl. die gesetzliche Grundlage bei Mommsen, *Römisches Staatsrecht II*, 2 (31887) 909.

¹⁷⁸ Vgl. den Nachweis bei Manilius, (oben Anm. 127) 63, Anm. 5.

¹⁷⁹ Vgl. Wieacker, *Textstufen römischer Juristen* (1960) 212 f.

¹⁸⁰ Der Sache nach ist damit auf das klassische *ius gentium* verwiesen. Die Rückgabe des *depositum* war im klassischen Edikt zunächst eine Pflicht der *naturalis aequitas*, die allein vom Prätor durch eine *formula in factum concepta* sanktioniert wird, aber zugleich schon früh kraft einer bekannten Formeldublette eine Pflicht des *ius gentium*, die ein *initium a natura ductum* überformt. Spätestens seit hochklassischer Zeit werden beide Pflichten dem *ius gentium* untergeordnet, nicht nur die (ursprünglich vorklassische und daher im Edikt an zweiter Stelle stehende) Formel, welche die Klausel *ex bona fide* hat und *in ius* konzipiert war, sondern auch die strenge klassische, im Edikt an erster Stelle stehende und eigentlich *in factum* (nicht *in ius*) konzipierte Formel. Vgl. Lenel, *Edictum perpetuum* (31927) 288 ff.

naturale abgibt, so ergibt sich dadurch ein Begriff, der in seiner Binnengliederung dem *ius commune* bei Ulpian entspricht. Die von Kübler vermutete spanische Zwischenquelle ist als Urheberin dieser beachtlichen Begriffsarbeit eher unwahrscheinlich.

Vielmehr verdient eine weitere Quelle ernsthafte Erwägung, nämlich die von Boethius ebenfalls zitierten Institutionen des Paulus¹⁸¹. Während Ulpian gerade auch in seinen Institutionen den Schlußpunkt der für ihn vor allem von Celsus repräsentierten Tradition der die klassische Lehre von Anfang an hochhaltenden Schule des Proculus repräsentiert – dies erklärt die bei ihm auffallende reine Bewahrung der dreigliedrigen Rechtsquellenlehre –, repräsentiert sein zeitgenössischer Rivale Paulus die Fortsetzung der Tradition Julians. Und es war Julian, der dadurch, daß er die klassische Begrifflichkeit in seine Schule rezipiert, aber zugleich an der traditionellen, aus der vorklassischen Jurisprudenz stammenden prinzipiellen und höheren Herkunft des Rechts festgehalten hatte, den Anstoß dazu gab, daß der Bedeutungsumfang der Ausdrücke *ius naturale* und *ius gentium* verschmolz und neu bestimmt werden mußte. Diese Möglichkeit würde bedeuten, daß sich die von Isidor übernommene Neufassung der Begrifflichkeit bei Paulus oder in seinem Umkreis vorbereitet hätte. Die beiden Möglichkeiten schließen einander auch nicht aus, da sich die von Isidor verwertete Tradition beider Quellen bedient haben kann.

Schließlich kommt für das, was Isidor über das spätrepublikanische Rechtssystem zu berichten weiß, auch eine nicht-juristische Quelle in Betracht. Da Isidor im fünften Buch Cicero mit einer Einteilung der Strafen in acht *genera* zitiert (V 27, 4) und die Einordnung der Rechtsquellenlehre nicht nur im Buch V DE LEGIBUS ET TEMPORIBUS, sondern auch im Buch II DE RHETORICA ET DIALECTICA ein Bewußtsein davon verrät, daß das klassische Rechtssystem mit seiner differenzierten Begrifflichkeit einen spezifischen Bezug zur Dialektik hat, und zwar zu einer Dialektik, die den Akzent nicht auf die logischen Schlußformen, sondern auf die Begriffsbildung legt (Cicero, Brutus 42, 153), ist es nicht gänzlich ausgeschlossen, daß die von Isidor ausgeschriebene Quelle Kenntnis von der verlorenen Cicero-Schrift *De iure civili in artem redigendo* hatte, in der Cicero von einer Aufgabe handelt, von deren Notwendigkeit jeder Zögling der philosophischen Rhetorik der späten römischen Republik überzeugt sein mußte und deren Erfüllung den Ruhm seines Freundes und Studienkollegen Servius Sulpicius Rufus begründen sollte¹⁸².

¹⁸¹ Wieacker, Textstufen römischer Juristen (1960) 150; vgl. Lenel, Palingenesia iuris civilis II, Sp. 1114.

¹⁸² Vgl. Krüger, Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts (21912) 85 mit Anm. 12.

III.

Ius divinum und *religio* in der klassischen *ratio iuris*1. Das klassische *ius divinum* als *mos maiorum* im Dienste der natürlichen Religion

Die klassische Kategorie des *mos maiorum*, welche die Geltung von Geboten und Verboten unmittelbar in der althergebrachten Praktizierung der entsprechenden Rechtsregeln findet, hat im *ius divinum* des klassischen Systems ein Gebiet gefunden, in dem sie allein herrscht. Denn ein religiöses *ius gentium*, einen Grundbestand von universalen Rechtsnormen für die Religion, hat die skeptische Weltbetrachtung nicht wahrnehmen können. Ausgehend von der großen Unterscheidung zwischen (körperweltlich gegebener) Natur und (gedanklicher) Norm, hat sie wohl im *ius humanum* der *aequitas*, also im Verhältnis zwischen den Menschen, allgemeingültige Formen und Strukturen beobachten können, nicht aber im Verhältnis zwischen dem Menschlichen und dem Göttlichen. In der von Cicero überlieferten, klassisch gewordenen *ratio iuris* zeigt sich das in einer deutlichen Asymmetrie.

Der Unterschied zwischen dem zwischenmenschlichen Recht und dem das Verhältnis der Menschen zu dem Göttlichen ordnenden Recht wird gleich zu Anfang als grundlegender Gegensatz eingeführt und auch für beide Bereiche der Unterschied zwischen beobachtbarer Natur und gedanklicher Norm durchgeführt.

Cicero, *Partitiones oratoriae* 37,129

... iuris est omnis ratio nobis explicanda [sc.[cf *ibid.* 40, 139] e media illa nostra Academia]. Quod et dividitur in duas primas partis, naturam atque legem, et utriusque generis vis in divinum et humanum ius est distributa; quorum aequitatis est unum, alterum religionis. (... das gesamte Rechtssystem müssen wir entfalten [das mitten aus unserer, der dritten, Akademie stammt]. Es wird einerseits in zwei Teile geteilt, Natur und Norm, andererseits wird die Bedeutung beider Kategorien [von Natur und Norm] auf das göttliche¹⁸³ und das menschliche Recht verteilt; das eine gehört [mit der Unterscheidung Natur/Norm] unter den Begriff der Gleichheit der Regel, das andere [mit der gleichen Unterscheidung] unter den Begriff der Religion.)

Aber nur für das menschliche Recht folgt dann in dem auf den zurückliegenden Seiten bereits interpretierten (und hier daher nicht mehr wiederzugebenden) weiteren Text die Aufschlüsselung nach Normarten. Das erklärt sich daraus, daß, wie wir gleich näher sehen werden, das skeptische Denken auf dem Gebiet des *ius divinum* lediglich *mos maiorum* oder bei genauer Betrachtung, da Regelungen durch Gesetze gelegentlich vorkommen (vgl. unten Anm. 184), nur von Gewohnheit oder Gesetz geschaffenes *ius proprium* für möglich hielt.

¹⁸³ Die Aufzählung verfährt jeweils nach dem assoziativen Kunstprinzip des Chiasmus und nennt daher, anknüpfend an die *lex*, erst das *ius divinum*, dann das *ius humanum*, um dann die Folge mit der Reihung *aequitas* – *religio* umzudrehen.

Die Tatsache, daß Religion und Recht, *ius divinum* und *ius humanum*, in der klassischen *ratio iuris* in paralleler Weise als Ordnungsaufgaben eines Gemeinwesens erscheinen, entspricht der Realität der antiken Polis, der unsere Trennung von Staat und Kirche fremd ist. Auch in Ulpian's Institutionen erscheint das Recht, das die *sacra* und die *sacerdotes* ordnet, als ein grundlegender Bestandteil des *ius publicum* eines Gemeinwesens¹⁸⁴.

Den grundlegenden Gegensatz zwischen Natur und Norm, in dessen Rahmen im menschlichen Recht die Normseite *institutio aequitatis* oder *aequitas constituta* (Einrichtung der Gleichheit vor der Rechtsregel) oder mit dem in den Ediktcommentaren vorkommenden Terminus *aequitas civilis* (*bürgerliche Rechtsgleichheit*) heißt, gibt es auch in dem das Verhältnis zum Göttlichen betreffenden Recht. Man kann daher von *religio civilis* sprechen. Dieser erschließbare Ausdruck wird durch den verwandten Ausdruck *theologia civilis*, den der jüngere Zeitgenosse Ciceros, Varro, als einen gebräuchlichen Systembegriff mitteilt, bestätigt¹⁸⁵. Beide Ausdrücke, Religion der Bürgerschaft wie Götterlehre der Bürgerschaft, machen deutlich, daß die Regeln, die sie meinen, nicht der universalen, wissenschaftlich analysierbaren Natur angehören, sondern allein der jeweiligen Bürgerschaft eigen sind. Für das skeptische Denken gilt das in besonderer Schärfe: Da das *ius divinum* ein Rechtsverhältnis ordnet, dessen Gegenüber der wissenschaftlichen Beobachtung entzogen ist, kann dieses Rechtsgebiet universale Ordnungen und Strukturen, wie sie dem aus *ius naturale* und *ius gentium* zusammengesetzten *ius commune* eigen sind, nicht kennen, sondern nur im wesentlichen aus *mos maiorum* gebildetes *ius proprium* enthalten.

Formen der Verehrung des Göttlichen, die Anspruch auf allgemeine Geltung haben könnten, sind unmöglich. Sie würden voraussetzen, daß der Mensch im Verhältnis zum Göttlichen zu Wahrnehmungen fähig wäre, die den körperweltlich-strukturellen Einsichten vergleichbar wären, wie sie der Mensch nach dieser Lehrtradition im Bereich des Rechts machen kann, z. B. wenn er sich die vom *ius commune*, vom Zusammenwirken von *ius naturale* und *ius gentium*, bestimmte Struktur der Ehe oder der Übereignung (*translatio cum iusta causa*) vor Augen führt oder die Kontraktfigur des konsensualen Geldkaufs, der durch die Übereinkunft

¹⁸⁴ Ulpian 1 institutionum D 1,1,1,2. Die religiösen Riten und Priestertümer sind damit in skeptischer Tradition als Institutionen des Gemeinwesens eingeordnet. Vgl. auch Wissowa, Religion und Kultus der Römer (21912) 380f. Zu bemerken ist, daß bei den entsprechenden Regelungen gelegentlich auch Gesetze eine Rolle spielen konnten. Man denke an die durch Gesetz erfolgte Einführung der Wahl der Pontifizes durch 17 (aus den 35 zuvor ausgelosten) Tribus. Mommsen, Röm. Staatsrecht II, 1 (31887) 27, Anm. 3.

¹⁸⁵ Augustinus, de civitate dei 6,5 zu den *tria genera theologiae*: *Ait (Varro): Mythicon appellant, quo maxime utuntur poetae, physicon quo philosophi, civile quo populi*, wobei die erstgenannte Gattung lateinisch *fabulosa*, die zweite *naturalis* genannt werde. Der Zusammenhang im Text wird durch die Unterscheidung der bürgerlichen Theologie von der auf universale Einsichten gerichteten philosophischen Theologie bestätigt. Die Folgen dieser Entgegensetzung sind aber sehr verschieden, je nachdem, wieviel der wissenschaftlichen Theologie zugetraut wird. Vgl. dazu die Bemerkungen zur entsprechenden Dreiteilung bei dem vor-klassischen Juristen Q. Mucius Scaevola pontifex maximus unten Anm. 190.

zwischen zwei Personen über einen Austausch einer Quantität Geldes und etwa einer körperlichen Sache in Geltung gesetzt wird. Solche körperweltlich radizierten Strukturen erlauben für die skeptische Akademie Wahrscheinlichkeitsurteile der höchstmöglichen Wahrheitsstufe (vgl. oben Anm. 30). Sie sind ordnende Schöpfungen des Menschen, *instituta* in diesem Sinn. Dergleichen ist in der Religion nach der Überzeugung der skeptischen Akademie nicht möglich. Auf der Naturseite der Religion sieht die Skepsis vielmehr allein den Menschen mit einer ihm keimhaft eingepflanzten religiösen Disposition.

Cicero, de inventione II 22,65

Initium ... eius (sc. iuris) ab natura ductum videtur; ... ac naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem (!), pietatem, gratiam, vindictionem, observantiam, veritatem.

(Der Ursprung des Rechts ist ersichtlich von der Natur abgeleitet. ... Und von Natur aus gilt als Recht, was uns nicht bloße Meinung, sondern eine gewisse angeborene Kraft einpflanzt, wie Religion (!), Achtung vor Nabestehenden, Dankbarkeit, Vergeltung, Respekt, Wahrhaftigkeit.)

In der Parallelstelle, die, wie gesehen, dem *genus deliberativum* der „beratenden und erörternden Rede“ gilt, beschreibt Cicero diese religiöse Naturanlage als Tendenz zur Verehrung einer gewissen höheren Natur, die durch den religiösen Kult gestärkt wird, und gibt, wenn man das folgende Fragment mit den oben S. 58 interpretierten Gesamttext vergleicht, zugleich deutlich zu erkennen, daß für das *ius divinum* der Unterschied zwischen *ius gentium* und *mos maiorum*, der für das *ius humanum* so wichtig ist, nicht vorhanden ist, vielmehr nur das zweite gilt.

Cicero, de inventione II 53, 160

Eius (sc. iuris) initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit. 61 Naturae ius est quod non opinio genuit, sed quaedam in natura vis insevit, ut religionem ... Religio est, quae superioris cuiusdam naturae, quam divinam vocant, curam caerimoniamque affert ... 54, 162 Consuetudine ius est, quod aut leviter a natura tractum aluit et maius fecit usus, ut religionem ...

(Die Anfänge des Rechts gehen von der Natur des Menschen aus; einige Rechtsregeln sind daraufhin nach dem [reinen] Prinzip der Nützlichkeit zum Gegenstand der Gewohnheit des Rechts geworden [= *ius gentium*]; weiter hat die Furcht vor den Gesetzen und die Religion Verhältnisse, die sowohl von der Natur ausgegangen als auch von der Gewohnheit gebilligt worden sind, in Geltung gesetzt. 61 Von Natur aus gilt als Recht, was nicht bloße Meinung erzeugt, sondern eine gewisse in der Natur des Menschen enthaltene Kraft eingepflanzt hat, wie die Religion ... Religion ist, was Sorge und rituelle Verehrung für eine gewisse höhere Natur, die wir die göttliche nennen, hervorbringt. ... 54, 162 Recht aufgrund Gewohnheit ist entweder, was die Übung als etwas, was im ersten Ansatz von der Natur herrührt, genährt und größer gemacht hat, wie die Religion ...)

Als Ergebnis wissenschaftlicher Naturbetrachtung ergibt sich für die Skepsis folglich in der Religion lediglich das *initium religionis a natura profectum*, die *religio naturalis*, das Gefühl des Menschen, höhere, in ihrem Wirken menschlicher Einsicht entzogene Mächte über sich zu haben, denen er ausgeliefert ist, und das daraus entstehende Bedürfnis, diese Mächte zu verehren und womöglich zu beeinflussen.

Ethisch betrachtet ist dann diesem Bedürfnis folgend die nach den Regeln des Gemeinwesens praktizierte Religion, wie Cicero in den *Partitiones oratoriae* sagt, die Verwirklichung der Gerechtigkeit gegenüber den Göttern¹⁸⁶.

2. Die natürliche Religion: die Verehrung des Unbegreiflichen jenseits der verstandenen menschlichen Welt

Die *religio naturalis*, das Bedürfnis, die Götter als Mächte des Schicksals zu verehren, hat für die Skeptiker ihre Quelle in den Grenzen der Erkennbarkeit und Berechenbarkeit der Welt. Soweit die Welt erkennbar und berechenbar ist, weil sie von konstanten Ursachen beherrscht wird, wird sie von seinem Standpunkt aus verständlich und in gewissen Grenzen sogar beherrschbar, so daß der Mensch sich ihrer zu seinen Zwecken bedienen kann. Dieser Blick auf eine berechenbare und in Grenzen beherrschbare Welt gilt im Bereich des *ius humanum*. Hier steht der Mensch mit seinem Wissen auf eigenen Füßen und ordnet die Welt nach eigener Einsicht, nicht dagegen im *ius divinum*.

Die Sphäre des Göttlichen fällt für die Skeptiker mit derjenigen der Fortuna zusammen. Gegenüber den unberechenbaren Mächten, die über Glück und Unglück entscheiden, gibt es kein Mittel, sondern nur die Möglichkeit, die dort anscheinend frei wirkenden Kräfte zu verehren. Dem *pontifex* Cotta, der in Ciceros Schrift über das Wesen der Götter nicht ohne historische Berechtigung den Part der akademischen Skepsis wahrnimmt¹⁸⁷, werden die Worte geliehen (Cicero, de natura deorum III 36, 88): *iudicium hoc omnium mortalium est, fortunam a deo petendam, a se ipso sumendam esse sapientiam. (Dies ist das Urteil aller Sterblichen, sein Glück muß man von Gott erbitten, Einsicht aus eigenen Kräften gewinnen.)*

Die Religion beginnt folgeweise genau dort, wo die menschliche Einsicht (*sapientia*) endet. Die menschliche Einsicht gelangt an ihre Grenze, einmal dort, wo sie den Lauf der Natur weder beherrschen noch auch nur verstehen kann, zum anderen dort, wo die menschlichen Verhältnisse nicht mehr durch die Künste der

¹⁸⁶ Cicero, *partitiones oratoriae* 22, 78 *iustitia ... erga deos religio*. Parallel gestellt wird dort, typisch für das relationale Denken unter anderem, die *pietas* als Gerechtigkeit [*adversus*] *parentes* sowie die *fides* als Gerechtigkeit in Kreditverhältnissen (*creditis in rebus*). Wissowa, *Religion und Kultus der Römer* (21912) 380, Anm. 4 zitiert die Stelle, nimmt sie aber für „die Römer“ in Anspruch und versäumt es ganz, ihre Herkunft aus der akademischen Skepsis herauszustellen.

¹⁸⁷ Vgl. die Informationen bei Klebs, in: RE (1896) s.v. Aurelius 96 Sp. 2482 ff. Cotta, dessen Nachfolger als *pontifex* Caesar wurde, zählt als Redner zu den bedeutendsten seiner Generation und schloß sich in seinem Redestil im Besonderen an Licinius Crassus an (vgl. oben Anm. 16). Weiteres sei wörtlich zitiert: „Wie er philosophisch der neueren Akademie angehörte (Cicero, *deor. nat.* II 1, 147), die überall das Für und Wider abzuwägen liebte, so wußte Cotta durch allseitige Beleuchtung seines jeweiligen Themas die Richter zu überzeugen. Er hielt sich streng an die Sache (*haeret in causa*) und mied alle Abschweifungen (*de or.* III 31). Er sprach frei und ungezwungen, alles Überschwängliche lag ihm fern, seine Rede machte den Eindruck gesunder Nüchternheit (*nihil sine siccum ac sanum*). Sein Ausdruck war rein, treffend und bei aller Einfachheit sorgfältig gefeilt“.

Zivilisation, vor allem des Rechts, in eine stabile Ordnung gebracht werden können. Die Kenntnis der Kräfte der Natur und die Ordnungen der Zivilisationen machen die Welt zu einer Welt der Menschen.

Der Kernsatz lautet, daß die Natur dort, wo sie nachweislich von konstanten Ursachenverläufen beherrscht ist, nicht göttlich ist, sondern, insoweit von Menschen verstanden, zu einer menschlichen Welt geworden ist. Die erkannte Natur bewegt sich für den Skeptiker nach eigenen, den Gegenständen der Natur innewohnenden Naturkräften.

Hier liegt der entscheidende Differenzpunkt zum stoischen Pantheismus, der die vorklassische Jurisprudenz und vor allem auch die vorklassische Religionslehre beherrscht hat. Denn die gesamte Naturlehre der Stoa beruht auf dem Grundsatz, daß alles in der Welt von göttlichen, Wirkungen erzeugenden Kräften hervorgerufen werde.

Wenn daher der letzte der großen vorklassischen Juristen Q. Mucius Scaevola pontifex maximus, der wie viele seiner Vorgänger neben seiner Rolle als führender Jurist zugleich der höchste Amtsträger in Fragen der Religion war, in einer uns von Augustinus (aus Varro¹⁸⁸) zitierten Stelle die Götter der Philosophen von den Göttern unterscheidet, die von den verantwortlichen Männern des Gemeinwesens gelehrt werden, dann meint er mit dieser Unterscheidung, deren stoische Herkunft feststeht¹⁸⁹, keineswegs, daß beide Bereiche miteinander nichts zu tun hätten. Die Götter sind für Mucius philosophisch gesehen die in der Wirklichkeit vorhandenen Kräfte, die den Menschen erfassen und leiten und die als göttliche Naturprinzipien den Menschen zu der seiner höheren Natur entsprechenden Lebensweise hinführen¹⁹⁰. Es ist methodisch die gleiche philosophische Überzeu-

¹⁸⁸ Daß Augustinus, de civitate dei IV 27 diese Nachricht nicht aus erster Hand, sondern aus seiner Hauptquelle in diesen Fragen geschöpft hat, hält Zeller, Philosophie der Griechen III, I (21923) 586, Anm. 5 mit Recht für gewiß. Vgl. dazu noch unten Anm. 192.

¹⁸⁹ Vgl. Wieacker, Römische Rechtsgeschichte I (1988) 549; Wissowa, Religion und Kultus der Römer (21912) 68; Latte, Römische Religionsgeschichte (1960) 277.

¹⁹⁰ Vgl. Augustinus, de civitate dei IV, 27. Augustinus berichtet, Mucius habe die von den Philosophen herausgestellten Wahrheiten, daß Herkules, Aeskulap, Castor und Pollux keine Götter, sondern Menschen gewesen seien und daß ferner überhaupt die Götterstandbilder der Gemeinwesen keine wahren Abbilder seien, weil der wahre Gott weder Geschlecht noch Alter noch bestimmte Körperglieder gehabt habe, nicht bestritten, aber für schädlich erklärt, weil es die Götter, die von den für die Religion verantwortlichen Staatsmännern gelehrt würden (*genus deorum a principibus civitatis traditum*) gefährde; deswegen seien sie nach Mucius trotz ihrer Wahrheit vor dem Volk geheimzuhalten: *Haec pontifex nosse populos non vult: nam falsa esse non putat. Expedire igitur existimat falli in religione civitates*. Die Schlußfolgerung des Augustinus (*Also hielt er es in der Religion für nützlich, die Gemeinwesen zu täuschen*) darf nicht so verstanden werden, als sei es Mucius um das Täuschen an sich gegangen. Es ging ihm und den stoisch gebildeten Pontifizes, für die er sprach, um die wahre Religion, wie sie sie sahen: Die tradierten Kultformen sollten trotz der nicht unberechtigten Kritik im Staatskult gewahrt werden, um den nicht philosophisch gebildeten Menschen einen ihnen gemäßen Zugang zur Religion zu ermöglichen und um zu verhindern, daß mit den gestürzten Götterbildern auch die Glaubenssubstanz verlorengelange, die aus der wahren Religion in sie eingeflossen war. Aus dieser Überzeugung von einer inneren Verbindung der wahren und der bürgerlichen Religion (vgl. zu diesem Argument unten Anm. 192) erklärt sich auch das von

gung, kraft der Mucius in seiner Rechtslehre an die große Kraft des die menschlichen Verhältnisse durchströmenden Vertrauensprinzips der *bona fides* glaubt. Auch diese Naturkraft ist göttlich und von der in Rom als Göttin verehrten Fides (vgl. unten Anm. 200) nicht prinzipiell verschieden¹⁹¹. Die Götter des Gemeindeglaubens sind von den wahren Göttern nicht getrennt, sondern versinnlichte äußere Formen von ihnen. Wenn sie auf diese Weise zwar kein wahres Abbild geben, eröffnen sie doch dem nicht philosophisch gebildeten Bürger den Zugang zur Wahrheit und gewähren damit den wahren göttlichen Kräften Einfluß auf ihn. Varro, der als Anhänger der zu seiner Lebenszeit von dem stoisierenden Antiochos von Askalon geprägten alten Akademie dem Denken des von ihm zitierten Mucius nahestand, spricht diese Zusammenhänge in aller Klarheit aus, wenn er sagt, daß die Theologie der Bürgerschaft von der philosophischen nicht getrennt sei, sondern eine temperierte Form der philosophischen Theologie darstelle¹⁹². Es handelt sich bei der Dreiteilung der Theologie in eine bürgerlich-staatliche, eine philosophisch-natürliche und eine dichterisch-mythische denn auch nicht, wie man gemeint hat, um eine späte rationalistische Abweichung von der traditionellen Lehre der Stoa, sondern um altes Schulgut, das Mucius schon als Überzeugung der führenden Pontifices Roms vorfand¹⁹³.

den Skeptikern kritisierte Bestreben der stoisch geprägten Pontifices, die Vielfalt der Göttergestalten als äußere Erscheinungen von wahren Naturprinzipien zu deuten (vgl. im Text), durch die hindurch trotz ihrer Zufälligkeit der Zugang zu den wahren pantheistischen Naturprinzipien möglich ist. Bei diesem hermeneutischen Vorgehen spielt die spezifisch stoische Unterscheidung zwischen sinnfälliger Erscheinung (*species*) und dem hinter der Erscheinung wahrnehmbaren Prinzip (*genus*), dessen Handhabung durch Q. Mucius ich nachgewiesen habe (vgl. meine ‚Wissenschaftslehre‘ [oben Anm. 1], 286 ff.), eine entscheidende Rolle.

¹⁹¹ Cicero, de officiis III 17, 70. Die Göttlichkeit der Rechtsprinzipien ist generell. Denn wenn die objektive, das Gerechtigkeitsvertrauen aller Menschen schützende *bona fides* die beherrschende göttliche Naturkraft des naturrechtlichen *ius gentium* darstellt, so beruhen nach stoischer Auffassung auch die Verbesonderungen im vorklassischen *ius civile* (vgl. zu dem Dualismus der älteren Jurisprudenz Cicero, de off. III 17, 69) letztlich wiederum auf göttlichen Kräften, die die einzelnen Menschen oder die von ihnen geschaffenen Gemeinschaften beseelen.

¹⁹² Augustinus, de civitate dei VI 6: *cum memoratus auctor (sc. Varro) civilem theologian a fabulosa et naturali tertiam quandam sui generis distinguere conaretur, magis eam ex utraque temperatam quam ab utraque separatam intellegi voluit. Ait enim, ea quae scribunt poetae, minus esse quam ut populi sequi debeant; quae autem philosophi, plus quam ut ea vulgum scrutari expediat.* Und als wörtlich gekennzeichnetes Zitat aus Varro: „*maior societas debet esse nobis cum philosophis quam cum poetis.*“ Es gibt also für dieses Denken eine innere Verbindung zwischen philosophischer und bürgerlicher Religion, und nicht einmal zwischen der dichterischen und der philosophischen Religion fehlt sie ganz. Wir dürfen davon ausgehen, daß das, was Varro hier berichtet, im wesentlichen mit der Auffassung übereinstimmt, die er bei dem von ihm ausgewerten (vgl. oben Anm. 190) Mucius vorgefunden hatte. Zur philosophischen Prägung Varros durch die alte Akademie Hellfr. Dahlmann, Varro, in: RE Suppl. 6 (1935) s. v. M. Terentius Varro Sp. 1174.

¹⁹³ Zeller, (oben Anm. 183) 586, der die Göttertrichotomie Panaitios zuschreibt, weist selbst darauf hin, daß sie in der Überlieferung als gemeinstoische Lehre auftritt (a.a.O. 587, Anm. 3; 326, Anm. 3), und Latte, der die Zuschreibung teilt, bemerkt zutreffend, daß sie ganz unbe-

Gegen diesen Glauben an in allen Erscheinungen der Natur wahrnehmbare göttliche Kräfte, der in Ciceros Dialog über die Götter von Q. Lucilius Balbus vertreten wird¹⁹⁴, richten sich die Argumente des Skeptikers Cotta. So seien konstante Abläufe nicht Göttern, sondern der Natur zuzuschreiben.

Cicero, de natura deorum III 9, 24 – 10, 25

sed non omnia, Balbe, quae cursus certos et constantis habent ea deo potius tribuenda sunt quam naturae ... vide quaeso, si omnis motus omniaque quae certis temporibus ordinem suum conservant divina dicimus, ne tertianas quoque febres et quartanas divinas esse dicendum sit, quarum reversione et motu quid potest esse constantius. sed omnium talium rerum ratione reddenda est: quod vos cum facere non potestis, tamquam in aram confugitis ad deum.

(Nicht alles, Balbus, was einen bestimmten und beständigen Verlauf hat, ist darum eher einer Gottheit als der Natur zuzuschreiben. ... Gib bitte acht, daß wir, wenn wir jede Bewegung und alles, was sonst nach bestimmten Zeiten seine Ordnung bewahrt, göttlich nennen, dann nicht auch die alle drei oder vier Tage wiederkehrenden Malariaanfalle göttlich nennen müssen, deren Konstanz in Wiederkehr und Verlauf nicht überboten werden kann. Aber für alle diese Dinge muß man Gründe angeben. Weil ihr das nicht könnt, flieht ihr wie zu einem Altar zu einer Gottheit.)

Die Szeptiker leugnen nicht die in der Natur wahrnehmbaren Konstanten. Sie sind jedoch der (die Moderne vorwegnehmenden) Überzeugung, daß das, was menschliche Wissenschaft erfassen kann, gerade darum nicht göttlich, sondern natürlich ist.

Cicero, de natura deorum III 11, 28

Itaque illa mihi placebat oratio de conveniente consensuque naturae, quam quasi cognatione continuatam conspirare dicebas, illud non probabam, quod negabas id accidere potuisse, nisi ea uno divino spiritu contineretur. illa vero cohaeret et permanet naturae viribus, non deorum, estque in ea iste quasi consensus, quam συνπλάθειαν Graeci vocant; sed ea, quo sua sponte maior est eo minus divina ratione fieri existimanda est.

(Mir gefiel daher jene Rede über die wohlgeordnete Harmonie der Natur, von der du [sc. der Stoiker Balbus] sagtest, daß sie, in ihren Teilen gewissermaßen durch Verwandtschaft zusammenhängend, in einem einheitlichen Geist wirke, während ich dir nicht zustimmen konnte, wenn du behauptetest, daß das nur möglich sei, wenn die Natur von einem göttlichen Geist zusammengehalten werde. Zusammenhang und Dauer der Natur folgt vielmehr aus ihren eigenen Kräften, nicht aus denen der Götter, und es gibt in ihr selbst diese Harmonie, welche die Griechen „Sympathie“ nennen. Je stärker diese aber aus eigener Kraft hervortritt, um so weniger ist anzunehmen, daß sie kraft göttlicher Vernunft vorhanden ist.)

glaubt ist; vgl. (oben Anm. 189) 277, Anm. 2: *Der Name* [sc. des Panaitios] *steht freilich nirgends.* Es ist denn auch ganz unrichtig, wenn Zeller, 586 Mucius einen „Schüler des Panaitios“ nennt. Der stoische Philosoph, der wirklich auf Mucius Einfluß hatte, und zwar über seinen Vater P. Mucius pontifex maximus, war Antipater von Tarsos, der in der Stoa eine neue bedeutende, das Naturrecht stärkende Strömung eröffnet hatte. Und dieser Einfluß trennte die beiden Mucii, Vater wie Sohn, vom liberalen Scipionenkreis, zu dem Panaitios gehörte und der Jurist Tübero, der ausdrücklich als Hörer des Panaitios genannt wird (*Pomponius* Ig sg D 1,2,2,40). Vgl. zu diesen Zusammenhängen meine Abhandlung „Tiberius Gracchus“ (oben Anm. 1) 25 ff., 51 ff.

¹⁹⁴ Näher zu diesem vor allem als kenntnisreicher Anhänger der Stoa bekannten Freund Ciceros Münzer, in: RE (1927) s.v. Lucilius 20 Sp. 1640.

Wenn die Stoiker überall dort, wo die Natur sich *physica constantique ratione* (III 39, 92) (*nach beständigen Naturprinzipien*) bewegt, das Wirken eines göttlichen Geistes wahrzunehmen meinen, machen ihnen die Skeptiker folgerichtig den Vorwurf, nicht zwischen der Natur und dem menschlichen Denken zu unterscheiden.

Cicero, *de natura deorum* III 10, 26

quid inter naturam et rationem intersit, non distinguitur
(*Der Unterschied zwischen Natur und menschlichem Denken wird nicht wahrgenommen*).

Aus dem menschlichen Denken, das die Natur versteht, darf kein der Natur immanentes, dem Menschen erkennbares, lebendiges Prinzip gemacht werden. Aus der Gesetzmäßigkeit der Natur, die sie dem Menschen verständlich macht, schließt der Skeptiker nur, daß sie sich aus der Perspektive der menschlichen Wahrnehmung ordnet. Diese Seite der Natur ist ihm daher folgerichtig nicht göttlich, sondern menschlich. Das Göttliche manifestiert sich in dem, was über dem menschlichen Verständnis ist. Das Göttliche steht als eine freie willkürliche Macht außerhalb der festen Ordnungen der Natur.

3. Die menschliche Freiheit und das Schicksal

In dem Verhältnis des Menschen zu den berechenbaren Ordnungen der Natur und den geordneten Formen der menschlichen Zivilisation wiederholt sich für die akademische Skepsis auf menschlicher Stufe etwas, was dem Verhältnis des Göttlichen zur geordneten Natur analog ist.

Die natürliche menschliche Freiheit, welche die Skeptiker in den inneren Willensbewegungen finden, die sich selbst Ursachen sind und mit denen der Mensch neue Ursachenketten anstößt¹⁹⁵, steht diesen Ordnungen unabhängig gegenüber. Der Mensch ist selbst, soweit er ein Naturwesen ist, zwar von der Natur beherrscht und ihren Gesetzen unterworfen. Im übrigen aber lebt er, insoweit er bewußt und frei ist, in der Natur und in den von ihm geschaffenen Ordnungen der Zivilisation mit der Fähigkeit, sich beider zu bedienen. In dem Maß, in dem er in der Natur und in der Zivilisation beherrschbare Kausalverläufe nachweist, kann er seine Freiheit vermehren. In dem Sinne sagt Cicero an einer Stelle seiner im skeptisch-akademischen Geist geschriebenen *Topica*, daß es nur in der Natur und der „Kunst“ (d. h. in den Ordnungen, die den Regeln erzeugenden menschlichen Tä-

¹⁹⁵ Vgl. Cicero, *de fato* 11, 25 *ad animorum motus voluntarios non est requirenda externa causa; motus enim voluntarius eam naturam in se ipse continet, ut sit in nostra potestate nobisque pareat, nec id sine causa, eius rei enim causa ipsa natura est*. Die Natur, die einen in unserer Macht liegenden und uns gehorchenden Willen beweist, ist die menschliche Natur. Dazu vorzüglich klärend *Alfons Weische*, Cicero und die neue Akademie (21975) 49 f. „In der Philosophie der Neuen Akademie hat ... die eigentliche Entdeckung des Willens für das abendländische Denken stattgefunden.“ Und man kann hinzufügen, daß das römische Recht für lange Zeit der Hauptvermittler dieses Gedankens einer mit hinreichender Wahrscheinlichkeit empirisch beobachtbaren Freiheit des Menschen, einer Freiheit nach menschlichem Maß, gewesen ist. Siehe dazu näher zuletzt „Die Person oder die Sache“ (oben Anm. 1) 49 ff.

tigkeiten entstammen), beständige Ursachen gebe, auf deren Wirkung man sich verlassen könne, weil sie Konstanz hätten.

Cicero, Topica 16,63

Omnium autem causarum in aliis inest constantia, in aliis non inest. In natura et arte constantia est, in ceteris nulla. (*Von den Ursachen aber wohnt den einen Konstanz inne, den anderen nicht. In der Natur und den Formen der „Kunst“ ist Beständigkeit, in den übrigen nicht.*)

Aus dem hier vorausgesetzten Bemühen, dem Menschen die Konstanz der Ursachenverläufe, wo sie in Natur und „Kunst“ vorhanden sind, zur Vermehrung seiner Freiheit und Verantwortung vor Augen zu rücken, stammt nicht nur die klassische, dem *ius commune* angehörige Übereignungslehre, die eine *traditio cum iusta causa* verlangt und damit eine die Verfügungswirkung auslösende *causa* einer *ars* voraussetzt, sondern auch die rationale, die lex Aquilia ergänzende Haftung für *causam praestare*, wo der die deliktische Verantwortlichkeit klärende Begriff der *causa* der Natur angehört¹⁹⁶.

Den Bereich, der keine Beständigkeit aufweist, teilen sich die Götter und die Menschen. Unberechenbar ist das Schicksal, das die Sphäre der Götter repräsentiert, aber auch die menschliche Willkür. Im Unterschied zum göttlichen Wirken ist die menschliche Willkür jedoch prinzipiell verständlich, da menschlich nachvollziehbar.

Topica 17, 63

... earum causarum quae non sunt constantes aliae sunt perspicuae, aliae latent. Perspicuae sunt quae appetitionem animi iudiciumque tangunt; latent quae subiectae sunt fortunae. Cum enim nihil sine causa fiat, hoc ipsum est fortunae eventus, <qui (ins. Madwig)> obscura causa et latenter efficitur.

(*Von den Ursachen, die nicht beständig sind, sind die einen durchsichtig, die anderen verborgen. Durchsichtig sind diejenigen, welche Begehren und Urteil eines Bewußtseins berühren. Verborgen sind diejenigen, die dem Schicksal unterliegen. Da nämlich nichts ohne Grund geschieht, kennzeichnet eben das eine Wirkung des Schicksals, daß sie aus einem unbekanntem Grund und aus dem Verborgenen eintritt.*)

Ursachen, die auf menschliches Begehren und menschliches Urteil zurückgehen, sind, da spontan gesetzt, zwar unbeständig, aber man kann sie grundsätzlich, falls man alle Voraussetzungen kennt, verstehen. Unbeständig und zugleich undurchsichtig und unerforschlich ist dagegen, was die Fortuna verhängt. Was sie lenkt, „wissen die Götter“.

Auf das unbeständige und unerforschliche Wirken der Fortuna antwortet nach der skeptischen Kulturtheorie die Religion, auf menschliche, in ihren Gründen grundsätzlich nachvollziehbare Willkür antworten die Formen und Werte der Zivilisation, insbesondere die des Rechts.

Die menschliche Freiheit wird dadurch nicht aufgehoben, sondern teils erweitert, teils in Schranken gehalten. Soweit die natürliche Freiheit wirkt, bleibt der Mensch den von Mitmenschen ausgehenden Zufällen unterworfen.

¹⁹⁶ Vgl. meine Untersuchung ‚Iusta causa traditionis‘ (oben Anm. 1) 70ff.

„*Casus et natura in nobis dominatur*, „Wir sind dem – von der Willkür der Götter und der Menschen herkommenden – Zufall¹⁹⁷ und der – sich nach ihren Gesetzen bewegenden – Natur unterworfen“, schreibt Servius, der Gründer der klassischen Jurisprudenz aus dem Geist der skeptischen Akademie seinem Freund Cicero, dem glänzendsten Schüler dieser Philosophie. Anlaß war ein Todesfall: Ein gemeinsamer Freund war nach einem Essen den Messerstichen eines privaten Feindes erlegen. Dieser Mensch hatte plötzlich zugestochen, und nach schweren Verletzungen hatte die Natur ihren Lauf genommen. Da sich der Vorfall in Athen zutrug, veranlaßte Servius, der bei dem Vorfall zugegen war und als Proconsul der Provinz Achaia seinen Willen durchsetzen konnte, daß der gemeinsame Freund auf dem Gelände der Akademie, in seinen Worten „der vornehmsten Lehranstalt des Erdkreises“ bestattet wurde und die Athener ihm dort ein Marmordenkmal errichteten¹⁹⁸.

Die anderen Menschen und die Götter stellen aus der Sicht des Einzelnen die unüberwindlichen Grenzen seiner Freiheit dar. Was sie tun, muß er grundsätzlich hinnehmen. Aber es gibt den einen entscheidenden Unterschied. Mit den anderen Menschen kann er immerhin versuchen, sich zu arrangieren oder sich gegen sie zu wehren. Gegenüber den Göttern bleibt ihm nur die Verehrung.

4. Der traditionalistische Professionalismus eines der skeptischen Philosophie anhängenden pontifex und das Bekenntnis zum *mos maiorum*

Da die prüfende und analysierende Beobachtung über die Götter nichts Gewisses ausmachen kann, folgt ihre Verehrung tradierten Formen. Daß die Religion auf diese Weise in besonderem Maße eine Stätte der Tradition und der Wahrung über-

¹⁹⁷ Der *casus fortuitus*, der eine *vis* erzeugt, *cui resisti non potest*, kann, wie eine ausdrücklich mit Servius Sulpicius in Beziehung gesetzte Überlieferung lehrt, ebenso gut von Menschen stammen wie von einem Zusammenhang ausgehen, der auf unberechenbares göttliches Wirken deutet (vgl. Servius bei *Ulpian* 32 ad edictum D 19,2,15,2 und bei *Ulpian* 81 ad edictum D 39,2,24,4 *violentia ventorum vel qua alia ratione, quae vim habet divinam*). Auf Servius dürfte daher auch der Sache nach die Formel von dem maior casus *cui humana infirmitas resisti non potest* zurückgehen. Vgl. *Gaius* 2 <rerum cottidianarum sive> aureorum D 44,7,1,4.

¹⁹⁸ Cicero, ad familiares 4, 12 *SERVIUS CICERONI SAL. PLUR* (Brief vom 31. März 45 aus Athen): *Etsi scio non iucundissimum me nuntium vobis allaturum: tamen, quoniam casus et natura in nobis dominatur, visum est faciendum, quoquo modo res se haberet, vos certiores facere. Casus und natura* folgen hier einander mit Grund unmittelbar, als rasche Tat und als Todesfolge. *Casus* ist der unberechenbare Zufall. Aus der Sicht des ihn erleidenden Menschen ist er auch dann unberechenbar, wenn er wie hier von einem Menschen ausging. Die *natura* ist der Bereich, dessen konstante Abläufe unerbitlich gelten und auf menschliche Wünsche keine Rücksicht nehmen. M. Marcellus, aus hochadliger Familie, war nach dem Essen plötzlich von einem P. Magius Cilo mit dem Dolche angefallen worden und am Unterleib und hinter dem Ohr am Kopf verletzt worden. Kurz vor Tagesanbruch verstarb er. Zur Bestattung vgl. ebenda § 3: *nos in nobilissimo orbis terrarum gymnasium Academiae locum delegimus ibique eum combussimus: posteaque curavimus, ut eidem Athenienses in eodem loco monumentum ei marmoreum faciendum locarent*. Zur Staatshalterschaft, die Servius Caesar verdankte, vgl. Kübler, in: RE (1931) s.v. Sulpicius 95, Sp. 856.

kommener Formen und Riten darstellte, war in spätrepublikanischer Zeit auch dem allgemeinen Bewußtsein gegenwärtig.

Festus ep. ed. Lindsay 146 (ex Verrio Flacco)

Mos est [institutum] patrium, id est memoria veterum pertinens maxime ad religiones (caerimoniasque antiquorum. *(Das Gewohnheitsrecht ist eine Einrichtung der Vorfäter, d. h. eine Überlieferung der Alten, die sich insbesondere auf die religiösen Riten und kultischen Zeremonien der Alten bezieht.)*)

Nicht minder deutlich sind die professionellen Äußerungen, die Cicero dem in seinem Dialog über das Wesen der Götter auftretenden und wie er selbst der skeptischen Akademie anhängenden pontifex C. Aurelius Cotta in den Mund legt.

Cicero, de natura deorum III 2, 5

... me et Cottam esse et pontificem: quod eo credo valebat, ut opiniones, quas a maioribus accepimus de dis immortalibus, sacra caerimoniasque religionesque defenderem. ego vero eas defendam semper semperque defendi, nec me ex ea opinione, quam a maioribus accepi de cultu deorum immortalium, ullius umquam oratio aut docti aut indocti movebit. sed cum de religione agitur, Ti. Coruncanium P. Scipionem P. Scaevolam pontifices maximos, non Zenonem aut Cleanthem aut Chrysippum sequor, ...

(Ich bin Cotta und Staatspriester. Das hat sich, wie ich meine, dahin ausgewirkt, daß ich die Überzeugungen, die ich von meinen Vorfahren über die unsterblichen Götter entgegengenommen habe, und die [in ihnen begründeten] Opfer, Riten und religiösen Verbote verteidigen werde. Ich werde sie immer verteidigen und habe sie immer verteidigt, und es wird mich an dieser Überzeugung, die ich von den Vorfahren über die Verehrung der unsterblichen Götter entgegengenommen habe, niemandes Rede jemals irre machen, sei er gelehrt oder ungelehrt. Vielmehr werde ich, wenn es um die Religion geht, den höchsten Staatspriestern Tiberius Coruncanius, P. Scipio [Nasica Corculum] und P. [Mucius] Scaevola folgen, nicht [den stoischen Philosophen] Zeno oder Cleanthes oder Chrysipp.)

Folgerichtig nennt Cotta das *ius pontificium* in einem Atem mit dem technischen aus der *ratio iuris* bekannten (Cicero, part. orat. 30, 137) Terminus des *mos maiorum*.

Cicero, de natura deorum III 17, 43

Quando enim me in hunc locum deduxit oratio, docebo meliora me didicisse de colendis diis immortalibus iure pontificio et more maiorum capedunculis his, quas Numa nobis reliquit, de quibus in illa aureola oratiuncula dicit Laelius, quam rationibus Stoicorum. *(Da mich das Gespräch auf diesen Punkt gebracht hat, möchte ich darlegen, daß ich über die Art, wie man die unsterblichen Götter nach dem Pontifikalrecht und dem Gewohnheitsrecht der Vorfahren verehrt, aus den bescheidenen Opfergeräten des Numa [des zweiten Königs Roms, der nach der legendären Tradition die Religion geordnet hat], über die Laelius in jener kleinen goldenen Rede spricht, mehr gelernt habe als aus den Argumenten der Stoiker.)*

Cotta unterscheidet von seinem professionellen Blickwinkel aus scharf zwischen dem Standpunkt des Priesters, der die Religion kraft seiner Amtsstellung vertritt, und der freien Meinung des Philosophen. Als Priester folge er allein dem *mos maiorum*, wie er ihn aus der Tradition seines Priesterkollegiums kennengelernt habe. Die Persönlichkeiten, die er nennt, Coruncanius (Consul 280), Nasica (Consul 165) und P. Mucius (Consul 133), sind nicht zufällig alles Vorsteher der Priesterschaft, die als solche zugleich bedeutende vorklassische Juristen

waren¹⁹⁹ und deren Auffassungen von Recht und Religion in der Tat tiefgreifend von stoischen Vorstellungen geprägt waren²⁰⁰.

Cotta berührt es nicht, daß die stoischen Beweise der Existenz der Götter in seinen Augen gescheitert sind, denn er gründet die Religion nicht auf die *ratio*, sondern auf den *mos maiorum*. Gewiß könne er sich auf den Standpunkt des Philosophen stellen. Dann müsse er zeigen, daß die Gründe, die Balbus, der im Dialog den Part des Stoikers vertritt, nicht überzeugen. Als Pontifex und Staatsmann aber glaube er den Vorfahren auch ohne Gründe.

Cicero, de natura deorum III 2, 6

a te (sc. Balbe) enim philosopho rationem accipere debeo religionis, maioribus autem nostris etiam nulla ratione reddita credere (von dir Balbus, als Philosophen darf ich Gründe für die Religion erwarten, unseren Vorfahren aber auch glauben, ohne daß Gründe gegeben werden.)

Nur auf diese Weise sei eine sichere Geltung des Kultus zu gewährleisten. Umgekehrt würde jeder Versuch, die Religion auf einsichtige Gründe zurückzuführen, ihre Geltung gefährden, da die zahllosen, von den Stoikern zusammengetragenen Argumente die ihnen beigelegte Evidenz in Wahrheit nicht hätten. Die sich hier zeigende Grenze menschlicher Wahrnehmung habe die skeptische Vernunft (*ratio*) dazu bestimmt, die Regeln der Religion allein auf die Tradition der Vorfahren zu gründen.

¹⁹⁹ Vgl. Wieacker, Römische Rechtsgeschichte I (1988) 527, 535, 547.

²⁰⁰ Für das Recht Cicero, de officiis III 17, 69f.; für die Religion die abstrakten Tugendpersonifikationen oder Wertbegriffe (vgl. Wissowa, [oben Anm. 188] 327f.; Latte, [oben Anm. 188] 233), die ohne den starken stoischen Einfluß, wie wir ihn für das Recht wahrnehmen, ganz unerklärlich bliebe. Die Logik der Kulte ist ganz stoisch. Vgl. Cicero, de legibus II 10, 28: Bene vero quod Mens, Pietas, Virtus, Fides consecrantur humanae, quarum omnium Romae dedicata publice templa sunt, ut illas qui habeant – habent autem omnes boni – deos ipsos in animis suis conlatos putent. (Wohlgetan vollends, daß die menschlichen Fähigkeiten des Verstandes, der Ehrerbietung, der Tugend und der Treue, für die wir alle in Rom von Staats wegen geweihte Tempel sehen, zu Göttern erhoben worden sind, auf daß jene, die sie haben – alle „Guten“ haben sie –, glauben können, daß wirkliche Götter in ihre Seelen eingepflanzt worden sind.) Siehe auch Cicero, de natura deorum II 23, 60f. Er läßt dort Balbus mitteilen, daß die Vorfahren solchen Tugendkräften deswegen Tempel geweiht hätten (a maioribus nostris constitutae nominataeque sunt), weil sie überzeugt waren, daß alles, was den Menschen großen Nutzen bringt, von göttlicher Güte herrühre. Daher sei die Tugendkraft der Fides zum Gott erhoben worden (ipsa vis nominetur deus, ut Fides). Die Parallele zur magna vis der bona fides des Mucius (Cicero, de off. III 17, 70) und den causae efficientes, die die vor-klassischen Juristen in den Wertbegriffen der Schriftformeln fanden (Cicero, Topica 17, 66f.), ist schlagend. Daß diese Zusammenhänge bisher kaum hervorgehoben worden sind, zeigt, daß die bisherige römische Religionsgeschichte die gleichen Schwierigkeiten hatte wie die römische Rechtsgeschichte, Rezeptionen griechischer Gedanken, die wirklich in das Innere der Vorstellungen führender Römer der Republik vorgedrungen sind, anzuerkennen. Vgl. dazu die Ausführungen zur Historischen Rechtsschule u. S. 116ff. Der „Kult von Wertbegriffen“ beginnt im 3. Jh.; der Tempel der Fides wird um 250 v. Chr. gegründet. Vgl. Latte, 233ff., 237.

Cicero, de natura deorum III 4, 9–10

quia non confidebas tam esse id perspicuum quam tu velis, propterea multis argumentis deos esse docere voluisti. mihi enim unum sat erat, ita nobis maioris nostros tradidisse. sed tu auctoritates contemnis, ratione pugnas; 10 patere igitur rationem meam cum tua ratione contendere. *(Weil du nicht das Vertrauen hattest, daß es so durchsichtig sei, wie du möchtest, deswegen wolltest du mit vielen Beweisgründen dartun, daß es Götter gibt. Mir genügte das eine: So haben es uns unsere Vorfahren überliefert. Aber du verachtetest die Tradition, und kämpfst mit Gründen. Dann dulde auch, daß meine Gründe mit deinen Gründen in Wettstreit treten.)*

Wir haben hier das gleiche Argument vor uns, das wir schon für den *mos maiorum* des *ius humanum* kennengelernt hatten. Dort stimmten die hochklassischen Juristen überein, daß man nach Gründen für das, was die Vorfahren selbst als Recht festgesetzt haben, nicht suchen dürfe, da andernfalls viel von dem, was sicher sei, umstürzen würde (vgl. oben S. 93). Dahinter steht dort wie hier das skeptische Wissenschaftsverständnis. Wissenschaftsfähige Aussagen im Sinne hoher geprüfter Wahrscheinlichkeit (vgl. oben Anm. 30) sind möglich in bezug auf beobachtbare Gegenstände der Körperwelt, in bezug auf die ihnen zukommenden Eigenschaften und die zwischen ihnen bestehenden Strukturen. Daher sind die Aussagen über die Anlagen des Menschen für Religion und Recht wissenschaftlich möglich, ebenso über seine Fähigkeiten, für Bedürfnisse wie die Verehrung des Göttlichen oder für ihm nützlich scheinende Zwecke, wie für die Aufgabenteilung der Geschlechter im Gemeinwesen, normative Regeln für ein in beobachtbarer Weise wiederkehrendes Verhalten zu fixieren. Nicht wissenschaftsfähig ist dagegen, was sich nur denken, aber in keiner Weise beobachten läßt.

Ziel war eine Grenzziehung der Wissenschaft. Der skeptischen Kritik ging es daher nicht darum, die Existenz der Götter zu widerlegen – denn damit würde der skeptische Philosoph ganz unphilosophisch nur in negativer Weise die Grenzen seines Urteilsvermögens überschreiten – sondern darum, durch den Aufweis, daß die Stoiker über die Götter nichts Gültiges vorzubringen vermögen, falsche Gewißheiten zu beseitigen.

Cicero, de natura deorum III 17, 44

Haec Carneades aiebat, non ut deos tolleret, – quid enim philosopho minus conveniens –, sed ut Stoicos nihil de dis explicare convinceret; *(Das pflegte Carneades nicht zu sagen, um die Götter zu leugen – was stünde einem Philosophen weniger an –, sondern um erfolgreich darzutun, daß die Stoiker über die Götter nichts Klärendes zu sagen vermögen.)*

Die Religion würde dadurch nicht Schaden nehmen, sondern im Gegenteil sicherer werden, da durch den Pantheismus, der alles religiös zu erklären und überall Götter wahrzunehmen vermöchte, das Gebiet der Religion seinen wahren, jenseits des Wißbaren liegenden Ort verliere.

Cicero, de natura deorum III 23,60

quibus intellegis resistendum esse, ne perturbentur religiones; vestri autem non modo haec non refellunt verum etiam confirmant interpretando quorsum quidque pertineat. *(Du siehst ein, daß man solchen Dingen [den Auswüchsen der Mythologie] Widerstand entgegensetzen muß, damit die Kulte nicht verwirrt werden. Eure Leute [sc. die Stoiker] widerlegen dergleichen aber nicht nur nicht, sondern bekräftigen es noch, in dem sie erklären, auf welche angebliche Wahrheit sich ein jedes [dieser zahllosen Mythologeme] bezieht.)*

Der methodische Wandel, für den Cotta als *pontifex* eintritt, ist sehr klar. An die Stelle der durch Interpretationen hergestellten Beziehung zwischen den spekulativen Wahrheiten der von der Stoa geprägten philosophischen Götterlehre und den Göttern des Staatskults (vgl. oben Anm. 200) tritt die Haltung, die in der Religion als mit hinreichender Gewißheit erkennbar nur das religiöse Bedürfnis des Menschen gelten läßt und im übrigen die Geltung der Religion allein auf die traditionelle Übung ihrer Riten legt. Es ist die gleiche Methode der Geltungsersetzung, die im Recht die Geltung der von den Juristen vordem spekulativ begründeten Rechtssätze aus der bloßen Praxis herleitete. Die ältere Jurisprudenz wurde in diesen Bereichen auf den in der dauernden Praxis erkennbaren Willen reduziert, die betreffende Regel zu beachten. Insofern steckt in dem in der klassischen Jurisprudenz technisch gewordenen Ausdruck *mos maiorum* tatsächlich ein Hinweis auf die Jurisprudenz der *maiores*.

Die Rede Cottas endet denn auch mit der Bekräftigung, daß er als skeptischer *pontifex* kein Leugner der Religion sei; er sei nur jemand, der die Grenzen des Wissens deutlich machen wolle.

Cicero, de natura deorum III 39, 93

Haec fere dicere habui de natura deorum, non ut eam tollerem, sed ut intellegeretis, quam esset obscura et quam difficiles explicatus haberet. (*Dies etwa wollte ich über die Natur der Götter sagen, nicht um sie zu leugnen, sondern damit ihr begreift, wie dunkel sie ist, und wie schwierig zu erklären.*)

Es ist letztlich die Position des großen Sophisten Protagoras, die mit den Pflichten eines verantwortlichen Staatspriesters in Einklang gebracht ist. Von ihm sind die Worte überliefert:

„Was die Götter betrifft, so kann ich weder sagen, daß sie sind, noch daß sie nicht sind. Denn vieles hindert hier die Erkenntnis – sowohl die Dunkelheit des Gegenstandes wie die Kürze des menschlichen Lebens.“²⁰¹

Die in dieser Haltung zum Ausdruck kommende Selbstbescheidung und Selbstbeschränkung des Wissens ist dem heutigen Denken, das vergangene Exzesse scheinbarer Gewißheiten nicht vergessen kann, wieder nahe. Als Beleg dafür sei Horst Dreiers Kommentierung der Gottesanrufung der Grundgesetz-Präambel in dem von ihm herausgegebenen Grundgesetzkommentar (Mohr-Siebeck 1996) angeführt. Die Präambel lautet:

Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, ... hat sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben.

Der Kommentar dazu führt aus:

Rz. 15

„Richtig verstanden, erweist sich der Gottesbezug der Präambel als eine Art von *Demutsformel*. Nicht um eine transzendente Überhöhung der Verfassung als zumindest mittelbar gott-

²⁰¹ Passend zitiert als Motto der einführenden Erläuterungen in der schönen, von Wolfgang Gerlach und Karl Bayer besorgten zweisprachigen Ausgabe von Cicero, Vom Wesen der Götter (De natura deorum) (Tusculum-Bücher 1978) 553.

gegebener Text oder auch nur ihre legitimierende überpositive Verankerung geht es, sondern um die Betonung der Weltlichkeit und damit der Immanenz, vor allem der Endlichkeit und Fehlbarkeit auch einer demokratischen Verfassungsordnung. Daß es sich beim Staat um eine diesseitige, niemals perfekte Ordnung handelt, die keinen absoluten Wahrheitsgehalt für sich beanspruchen kann, daß der Staat „*Menschenwerk*“ und als solches fehlerhaft ist – dies zu betonen gab die historische Situation im Jahre 1949 ebenso Anlaß wie die des Jahres 1990. Totalitären Staatsmodellen jedweder Provenienz wird durch die Präambel eine Absage erteilt. So ruft der Gottesbezug vor allem die „Begrenztheit der positiven Verfassungsgebung“ wie die Relativität aller staatlichen Macht in Erinnerung, ohne sich an bestimmte Inhalte überpositiver, metaphysischer, natur- oder vernunftrechtlicher Lehren zu binden oder von deren Nimbus zehren zu wollen.“

Diese Worte entsprechen dem Geist der von der akademischen Skepsis weitergeführten griechischen Aufklärung. Die Anerkennung einer unerforschlichen Sphäre, derer sich legitimerweise die Religion annimmt, konstituiert das *ius humanum* als Sphäre menschlicher Tätigkeit und Verantwortung.

IV.

Das Gewohnheitsrecht der Historischen Rechtsschule, die Behandlung Ciceros durch Puchta und ein Blick auf die moderne „Gewohnheit des Rechts“

1. Das Gewohnheitsrecht bei Savigny

Savigny ist als der Begründer einer seitdem niemals wirklich abgerissenen neuen Tradition für das deutsche Recht und über die von ihm ausgehende Pandektistik auch weit darüber hinaus der Schlüssel für den Einfluß des römischen Rechts auf die Moderne.

Für Savigny ist das Gewohnheitsrecht die „Gewohnheit des Rechts“, gelebt und verwirklicht im „Volksgeist“ einer Nation und betreut durch die Juristen. Dieses Gewohnheitsrecht hat, ähnlich wie die klassische, das Recht stärkende *consuetudo* im allgemeinsten Sinn, nicht die Funktion, die Regeln des Rechts zu erzeugen, sondern nur diejenige, sie sichtbar und wirksam zu machen. Wie Savigny in § 12 „Gewohnheitsrecht“ des Systems klar ausspricht, ist die „Gewohnheit“ „das Kennzeichen des positiven Rechts“, nicht ihr „Entstehungsgrund“ (System I S. 35)²⁰².

²⁰² Die verbreitete Annahme, die das Recht aus der Gewohnheit selbst entstehen lasse, hat nach Savigny nur insofern eine teilweise Berechtigung, als bei Regeln, bei deren näherer Fassung innerhalb bestimmter Extreme eine gewisse Willkür nicht fehle, z. B. bei Verjährungsvorschriften, die Gewohnheit ein „mitwirkender Entstehungsgrund“ sei (I S. 36 f.). Den klassischen Begriff des *mos maiorum*, dessen Regeln zwar jeweils auf einen Zweck zurückgeführt werden, denen aber ihrer Natur nach die Begründbarkeit durch allgemein einsehbare Strukturen fehlt, nimmt Savigny nicht wahr. Im Index zum System fehlt das Stichwort *mos maiorum*.

Die Herkunft des Rechts, das sich in der Gewohnheit zeigt, wird dadurch freilich für Savigny zur großen Frage. Die klassisch-skeptische Antwort einer Unterweisung der Menschen durch Einzelne, die ihrer Zeit voraus sind, war nicht die Antwort Savignys. Zwar war es dem Inhalt nach im wesentlichen das römische Recht, das für Savigny in der Gewohnheit des Rechts sichtbar wurde. Aber mit dem Hinweis allein auf das römische Recht hätte Savigny noch keine Antwort auf die Frage nach der Entstehung des Rechts gegeben. Eine neuere Publikation zum Gewohnheitsrecht meint, es sei sogar nur ein Zufall, daß Savigny seine Rechtslehre am römischen Recht verdeutlicht habe. Dieser Zufall hänge damit zusammen, daß Savigny die Programmschrift der Historischen Schule „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ ursprünglich als Einleitung der „Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter“ geschrieben habe²⁰³. Dieser Einfall ist aber so verfehlt, wie nur irgend möglich. Das römische Recht ist für die Historische Rechtsschule schlechterdings unersetzlich. Nur die eigentümliche Geschichte des römischen Rechts hat Savigny die Antwort ermöglicht, die er schließlich gab. Nur sie erlaubte es ihm, in sich den Glauben auszubilden, daß das positive Recht, das sich in der Geschichtlichkeit zeigte, „eine unsichtbare Entstehung“ habe, daß der „in allen Einzelnen gemeinschaftlich lebende und wirkende Volksgeist, der das positive Recht erzeugt, ... nicht zufällig, sondern nothwendig, ein und dasselbe Recht ist“ (System I S. 14) und daß das „Gefühl innerer Nothwendigkeit“, von der diese Vorstellung des „positiven Rechts“ begleitet werde, „sich am bestimmtesten aus(spricht) in der bestimmten uralten Behauptung eines göttlichen Ursprungs des Rechts oder der Gesetze“. Savignys supranaturalistische, d. h. offenbarungsgläubige Rechtslehre setzte in der Tat voraus, daß Gott den Völkern und unter ihnen aus geheimnisvollen Gründen dem römischen Volk in besonderer, es auszeichnender Weise von Anbeginn an die Prinzipien von Recht und Staat offenbart habe²⁰⁴. Der „allgemeine Menschengestalt“ „offenbart“ sich im Recht dem „einzelnen Volk“, und zwar auf „individuelle Weise“ (System I S. 20f.), und wird dadurch notwendig zum „Volksgeist“. Daher muß für Savigny „jedes Volk, sobald es als solches erscheint, sogleich als Staat erscheinen, wie auch dieser gestaltet sein möge“; und daher ist es für Savigny auch undenkbar, daß in dem Leben der Völker „eine Zeit vor Erfindung des Staates vorkäme, worin das Privatrecht diese unvollkommene [d. h. noch nicht durch staatliche Gerichte gewährleistete] Natur hätte (Naturzustand)“ (I S. 23). Der Staat ist die „leibliche Gestalt der geistigen Volksgemeinschaft“; seine Erzeugung auch eine „Rechts-erzeugung“, ja „die höchste Stufe der Rechtserzeugung überhaupt“. Seine Entstehung wird wie die des Privatrechts „in eine höhere Nothwendigkeit“ gesetzt (I S. 22); er verleiht dem Privatrecht „durch Aufstellung des Richteramts“ „Leben und Wirklichkeit“.

²⁰³ Theodor Böhler, Rechtsquellenlehre. Band I Gewohnheitsrecht, Enquête, Kodifikation (1977) 26.

²⁰⁴ Vgl. meine Untersuchung „Geschichte, Politik und Jurisprudenz in F. C. v. Savignys System des heutigen römischen Rechts“, in: Römisches Recht in der europäischen Tradition, Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstag von Franz Wieacker (1985) 257–321.

An die Stelle des klassischen Redners, der die Menschen zur gesitteten Lebensform hinführt und auch sofort Gerichte ins Leben ruft, ist in Savignys Vision ein das Gleiche leistendes, unsichtbares, göttliches Wirken getreten. Wenn Savigny das *ius gentium* der römischen Quellen als einen Begriff bezeichnet, der „aus der Erfahrung geschöpft ist“ (I S. 110) und von ihm sagt, daß es ein „ganz positives, geschichtlich entstandenes und fortgebildetes Recht“ ist, dann muß man sich klar machen, daß die Worte „Erfahrung“, „geschichtlich“, „positiv“ ihren Sinn aus diesem supranaturalistischen Zusammenhang erhalten. Savigny selber stellt ihn für Rom unmißverständlich her, wenn er sagt, daß die Römer den Entstehungsgrund dieses Rechts „im Allgemeinen in der *naturalis ratio*, d. h. in dem der menschlichen Natur eingepflanzten gemeinsamen Rechtsbewußtsein (fanden), wovon wieder die Unveränderlichkeit dieses Rechts als eine nothwendige Folge angesehen wurde“; und er bekräftigt es, indem er in der Fußnote (p) „auf die allgemeineren Wurzeln dieser Ansicht“ verweist, d. h. auf die schon mitgeteilte, nach Savigny von allen Völkern gehegte Überzeugung von der unsichtbaren Entstehung des Rechts.

Unsichtbares göttliches Wirken hat für Savigny auch die weiteren Gesicke des Römischen Rechts bestimmt. Daß sich der Bereich des „*ius gentium*“ auf Kosten des besonderen „*ius civile*“ immer mehr erweiterte, war ein Werk „innerer Nothwendigkeit“, so sehr, daß das justinianische Zeitalter „das höchste Lob“ empfängt, weil es „das allmähliche und stille Wirken jener Nothwendigkeit“ „richtig erkannt“ und „so“ – durch anpassende Interpolationen – „der Buchstabe des Rechts mit dem sehr veränderten Geist und Wesen desselben befriedigender ausgeglichen worden ist, als es von diesem Zeitalter erwartet werden durfte“ (I S. 113). Der „größte und merkwürdigste Act eines Gewohnheitsrechts“ war schließlich „die Reception des Römischen Rechts“ (System I, S. 78). Und auch in ihr, „in dieser großen Erscheinung eines allgemeinen Gewohnheitsrechts, in vielen Staaten gleichmäßig (wenngleich nicht zu derselben Zeit) vorkommend“, findet Savigny einen höheren Hinweis, der für das künftige Europa selbst in der heutigen säkular gewordenen Zeit eine gewisse Aktualität beanspruchen kann. Die Rezeption des römischen Rechts in so vielen Staaten zeige, daß „die neueren Nationen nicht in dem Maße wie die alten, zu einer abgeschlossenen Nationalität berufen waren, daß vielmehr der gemeinsame christliche Glaube um sie alle ein unsichtbares Band geschlungen hatte, ohne doch die nationale Eigenthümlichkeit aufzuheben“. Hier liege „der große Entwicklungsgang der neueren Zeit, deren letztes Ziel vor unsren Augen noch verborgen“ sei. (I S. 80).

Mit dieser Zukunftsvision macht Savigny deutlich, daß seine Rechtslehre, die einen vorstaatlichen und rechtlosen Zustand nicht zugeben will, keineswegs den nationalen Macht- und Kulturstaat im Auge hatte, dessen Bedeutung sich in seiner Epoche bereits deutlich abzeichnete und der denn auch die europäische Geschichte des 19. Jahrhunderts und die der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts bestimmen sollte. Die Völker sind für ihn nicht die eigentlichen Träger des Geschichtssinns. Ein Staat, der wie Recht und Sprache die Völker von Anbeginn begleitet, ist ein geistiges Prinzip und wahrlich nicht geeignet, die verpflichtende

Idee nationaler Machtpolitik zu erzeugen. Wenn vielmehr Savigny wie der für ihn einflußreiche Montesquieu überzeugt war, daß die Regeln des Rechts, welche die menschlichen Verhältnisse ordnen, etwas mit der göttlichen Weisheit und dem Schöpfungssinn zu tun haben (*ont du rapport avec sa sagesse et sa prudence*)²⁰⁵, dann liegt dies für Savigny eindeutig darin, daß das Recht eine Ordnung schafft, die bei Rahmenbedingungen der Sozialverträglichkeit Freiheit ermöglicht, auf daß der Einzelne sich in diesem Leben bewähre oder nicht²⁰⁶.

Diese aufgeklärt christliche und zugleich mit der Übertragung christlicher Motive in die konkrete Geschichtlichkeit tief romantische Rechtslehre konnte dem römischen Recht eine Geltungsidee geben, die es nachhaltig getragen hat. Was sie nicht konnte, war, das römische Recht aus seinen wahren historischen Bedingungen erklären. Da die Historische Rechtsschule dem Recht eine supranaturalistische Herkunft zuschrieb, konnte sie der klassischen Rechtslehre, welche die Entstehung des Rechts auf menschliches Handeln in der Geschichte zurückführt, weder als Theorie Gerechtigkeit widerfahren lassen, noch die historische Tatsache anerkennen, daß diese Theorie die Grundlagen des praktisch geltenden, klassischen, römischen Rechts gelegt hat. Überall wo die Tradition der Historischen Rechtsschule fortwirkt, bleibt das Phänomen des römischen Rechts ein höheres Geheimnis, ein Mysterium fascinans, wie es ein für diesen Umstand sensibler spanischer Romanist vor nicht langer Zeit ausgesprochen hat²⁰⁷.

Für den klassischen, allein vom *ius naturale* beherrschten Naturzustand ist im Denken Savignys nach allem genauso wenig Platz wie für einen distinkten Übertritt in die *civitas*, der für das klassische Denken durch die entsprechende Rechtsfigur des *ius gentium* ermöglicht wird, und mit dem die Rechtsordnung beginnt. Vielmehr wendet sich Savigny in einem ausführlicheren Exkurs gegen die diese Vorstellung bekundende, dreigliedrige Rechtsquellenlehre, die Ulpian bewahrt hat (System I S. 413 ff.). Neben dem „reinen Rechtsbegriff“, der die Freiheit nach klaren Strukturen organisiert und dem *ius gentium* entspricht, und dem „gemischten Rechtsbegriff“, der die Sozialverträglichkeit der Rechtsordnung mit offenen Prinzipien durchsetzt (I S. 53 ff.), kennt Savigny nur den entweder notwendigen oder durch Durchsetzung des Richtigen zu überwindenden Buchstaben des Rechts. Die Kategorie des *mos maiorum* mit ihrer spezifischen Aussage, daß Regeln, die, weil ihrer Struktur nach nicht rational einsichtig, nur unter bestimmten eingeschränkten Bedingungen in Kraft treten, fehlt bei Savigny; der Index zum System führt das Wort nicht auf. Savigny erörtert nur das *ius singulare* (I S. 61 f.),

²⁰⁵ De l'esprit des lois. I 1: „Il y a donc une raison primitive; et les lois sont les rapports qui se trouvent entre elle et les différents êtres, et les rapports de ces divers êtres entre eux. Dieu a du rapport avec l'univers, comme créateur et comme conservateur: les lois selon lesquelles il a créé sont celles selon lesquelles il conserve. Il agit selon ces règles, parce qu'il les connaît; il les connaît parce qu'il les a faites; il les a faites, parce qu'elles ont du rapport avec sa sagesse et sa puissance.“

²⁰⁶ Vgl. noch einmal meinen Beitrag „Geschichte, Politik und Jurisprudenz“ (oben Anm. 204) 267 ff., 276 ff., 287 ff.

²⁰⁷ Juan Iglesias, Mysterium fascinans, in: Arte del Derecho, Escritos Romanísticos – Nuevas Miniaturas – Última Lección (1995) 47–53.

das in den klassischen Quellen gewissermaßen *mos maiorum* der kleinen Münze ist, nämlich anomalisches, aus Zweckmäßigkeit anerkanntes Juristenrecht.

Es ist aber immer wieder zu betonen, daß Savigny dem Humanismus seiner klassischen Quellen sehr nahe ist. Destinatär des Rechts ist auch für Savigny der einzelne Mensch. Zwar ist richtig, daß Savigny (System I S. 24) gelegentlich den Volksgeist als „Gesamtwillen“, als *volonté générale* deutet, und an einer Stelle auch gut rousseauisch und hegelisch sagt, daß (I 24) „die des Unrechts fähige individuelle Freiheit von dem Gesamtwillen gebunden und in ihm untergehend“ erscheint. Aber diese Anleihe beim objektiven Idealismus ist nicht in das Zentrum seines Denkens vorgedrungen. Der Kern seines Rechtssystems blieb die vom Recht ermöglichte Freiheit. Und diese Freiheit ist eine natürliche, keine idealistisch-normative, welche die natürliche Freiheit aufhebt. Als natürliche Freiheit ermöglicht sie, wie Savigny betont, eine Wahl zwischen Gut und Böse, zwischen Sittlich und Unsittlich (I S. 332). Hierin blieb Savigny konsequent. Seine Volksgeistlehre gilt den Entstehungs- und Geltungsbedingungen des Rechts, nicht dem Zweck, dem das Recht dient. Sein romantischer Glaube, daß Gott das Recht den Völkern offenbart, ändert nichts an seiner Überzeugung, daß das Recht der Freiheit des Einzelnen dient.

Die bedeutendste Folge der Volksgeistlehre war, daß mit ihr geltungstheoretisch ausnahmslos alles Recht zu Recht des Nationalstaates wurde. Das vom konkreten Volk gewollte Recht ist nicht mehr nur, wie noch bei Julian, das jeweils besondere Recht, das ein Volk kraft Gesetzes oder *mos maiorum* ins Leben ruft, sondern jeweils alles Recht. Die Historische Schule kennt kein kraft Universalität überall in gleicher Weise geltendes Recht mehr, sondern nur noch gleichwertiges, in den Völkern jeweils parallel geltendes Privatrecht. Diese Sicht gab bekanntlich dem Internationalen Privatrecht, wie Savigny noch selbst im berühmten 8. Band seines Systems auseinandersetzte, eine neue zentrale Bedeutung.

Solange die humanen, durch christlichen Individualismus unterfangenen Gehalte des römischen Rechts den verbindlichen Stoff der Gewohnheit des Rechts lieferten, hatte diese Nationalisierung des Rechts keine nachteiligen Folgen. In dem Maße aber, in dem sich die Rechtsquellenlehre säkularisierte, mußte sich auswirken, daß die Volksgeistlehre, soweit sie das *ius gentium* zum Inhalt des Volkswillens machte, die universalen Gehalte des Rechts nach ihrer Geltungsweise auf die Ebene des *ius proprium* der besonderen Gesetze und besonderen Gewohnheitsrechtssätze herabstufte. Damit wurde Regeln, um deren unverbrüchlicher Geltung willen überall Rechtsordnungen gegründet werden, der Vorrang höherer Rationalität entzogen. Darin lag für die Zukunft ein gefährliches Potential. Es zeigte sich, als völkische Staatsidee, omnipotenter Gesetzgebungsstaat und freirechtliche Bereitschaft, die Gewohnheit des Rechts auch ohne Gesetz nach den völkischen Staatszwecken zu ändern, aufeinandertrafen. Savigny konnte dies von seiner Grundanschauung nicht absehen. Sein Denken zielte nicht auf den nationalen Machtstaat, sondern auf individuelle, selbstverantwortliche Freiheit, die er sich mit großer Folgerichtigkeit auch in einem den Nationalstaat überwindenden Europa vorstellen konnte.

2. Puchtas Cicero-Bild oder „Wie kann man von Cicero trotz seines Philhellenismus etwas über Gewohnheitsrecht lernen?“

Puchta, der die Gewohnheitsrechtslehre Savignys in seiner berühmt gewordenen zweibändigen Monographie „Das Gewohnheitsrecht“ (Erster Theil [1828], Zweiter Theil [1837]) näher ausgeführt hatte und von Savigny vor dem Gewohnheitsrechtsparagrafen seines Systems (I [1840] S. 34) als der maßgebende Autor zitiert wurde, stand vor der nicht einfachen Aufgabe, die Ansprüche der romantischen Rechtsentstehungslehre Savignys, deren Grundsätze er sich ganz und gar angeeignet hatte, und der er bekanntlich sogar das (eigentlich hegelsche) Stichwort „Volksgeist“ geliefert hatte, mit den antiken Quellen in Einklang zu bringen. Cicero stellte ihn dabei vor eine besondere Schwierigkeit. Puchta verkannte nämlich nicht, daß die Rechtsquellenlehre, wie wir sie bei Cicero finden, den Schlüssel für das Verständnis der klassischen Quellen liefert. Nicht weniger klar jedoch war ihm, daß Cicero bei all diesen Texten von griechischen Quellen abhing. Das bedeutet nun aber für ihn nach den Prämissen der Volksgeistlehre eigentlich ein Verwertungsverbot. Ein dem römischen Volk offenbartes Recht kann nicht griechisch beeinflusst sein. Die Lage war für ihn recht zwiespältig: Cicero war eine wertvolle, aber zugleich tief verdächtige Quelle.

Puchta gelang es jedoch, sich das Recht zu bewahren, Cicero zu verwerten, ohne seinen Idealen untreu zu werden. Er erreichte das dadurch, daß er sozusagen den Stier bei den Hörnern packte und die Frage zu einem eigenen Thema machte. Er widmete Cicero ein eigenes Kapitel, das vierte des ersten Bandes (S. 44–56), das überschrieben ist „Cicero über das Gewohnheitsrecht“.

In diesem Kapitel wird nun Cicero zunächst wegen seiner Neigung zur griechischen Kultur auf das Schärfste kritisiert. Sie sei ebenso verderblich wie fruchtlos gewesen. Cicero habe durch sie nicht nur, man höre, die lateinische Sprache verdorben²⁰⁸; auch seine Liebe zur Philosophie sei unerwidert geblieben (S. 47), seine diesbezüglichen Schriften wenig wert, seine Rechtskenntnisse vollends fragmentarisch. Dann kommt aber eine gewisse Rehabilitierung. Trotz allem, trotz aller Verirrungen und Mängel, die er ihm vorwirft, läßt Puchta in Cicero doch noch den Römer gelten, ja beschwört in Cicero geradezu sein Römertum und stellt die These auf, daß in Ciceros Äußerungen zum Gewohnheitsrecht trotz aller griechischer Übermalung immer wieder einmal der echte Römergeist durchbreche. Auf diese Weise zerfällt Puchtas Cicero-Kapitel in zwei Teile. Es beginnt mit Invektiven:

Gewohnheitsrecht I S. 44: „So schwach er befunden werden mag, wo er auf sich verwiesen ist ...“ S. 45: „Die Argumente, womit er die juristischen Sätze unterstützt, häufig ganz schief angebracht...“ S. 46 „Seine Kenntnisse in der Jurispru-

²⁰⁸ Gewohnheitsrecht I, S. 46 *Was man von seiner Sprache bemerkt hat* [ich habe trotz Recherchen bei Altphilologen noch nicht herausfinden können, wen Puchta hier meint], *daß sie dem römischen Sprachgeiste zuwider, ja daß durch seinen Einfluß in dieser Hinsicht die römische Sprache verdorben worden ist, das gilt von seiner wis/47/senschaftlichen Tendenz überhaupt, nur daß ihm hier nicht, wie dort, eine bedeutende Einwirkung beschieden war.*

denz ... zu abgerissen und unvollständig ..., zu wenig eigentlich juristischen Sinn.“ S. 47 „Man muß vielmehr behaupten, daß auf dem griechisch-philosophischen Wege, den er einschlug, die Jurisprudenz Papinians²⁰⁹ nicht hätte entstehen können.“

Dann aber kommt das große „Dessenungeachtet“, das Cicero jedenfalls zum Teil seinem Volkstum zurückgibt. S. 47 „Dessenungeachtet ... war er doch ein Römer, und seine Ansichten, namentlich wo er es mit einheimischen Gegenständen zu thun hat, haben, wenn auch kein reines, so dennoch immerhin ein römisches Gepräge.“

Daher kann ihn ein – für wahres Römertum sensibler – Exeget entsprechend auswerten und mit den gewonnenen Ergebnissen die späteren Quellen, insbesondere die Überlieferung der klassischen Juristen, besser verstehen lernen. Bemerkenswerterweise sollte die hier formulierte These eines das römische Recht tragenden Volksgeistes, der selbst im gräzisierungsbewussten Cicero durchbrechen und von einem – für das Wirken des Volksgeistes sensiblen – Romanisten der Historischen Rechtsschule erkannt werden könne, in der Argumentationsstruktur der Interpolationistik verallgemeinert werden, die es sich ja gegenüber ihren Juristentexten zutraute, überall, wo es theoretisch und lehrhaft wurde, aus deswegen angeblich byzantinisch oder nachklassisch überkrusteten Texten das reine römische Recht herauslösen zu können. Für Puchta gab das Argument die Möglichkeit, in Ciceros Äußerung griechische Form und römische Substanz zu unterscheiden.

S. 48 „Deswegen halte ich die Kenntniß seiner Äußerungen für eine sehr ersprißliche Vorbereitung zum Verständniß der Juristen, namentlich der Pandektenstellen über unseren Gegenstand, und vielleicht kann mit dieser Hülfe mancher Irrthum vermieden werden, der bey den Neueren darin seine Hauptquelle hat, daß sie immer wieder in ihren eigenen, modernen Ansichten befangen an die Betrachtung jener fragmentarischen Ueberlieferungen gegangen sind. Aus diesem Grund habe ich für dienlich erachtet, ehe ich auf die römischen Juristen übergehe, dieses Kapitel einzuschalten; es rechtfertigt sich aber auch aus dem bisherigen die einsame Stellung, welche ich hiermit Cicero's Ansichten gegeben habe.“

Die „einsame Stellung“, die Puchta Cicero in dem vierten Kapitel seines Gewohnheitsrechts gegeben hat, war eine Art Quarantäne. Aus dieser Quarantäne ließ Puchta nur heraus, was mit der ihn erfüllenden romantischen Lehre des Volksgeistes vereinbar schien. Auf diese Weise wachte Puchta darüber, daß nur das angeblich Römische in Cicero in die von ihm formulierte Gewohnheitsrechtstheorie übernommen werde und das übrige beiseite bleibe.

Ein auch nur annähernd historisch korrektes Bild über Ciceros Verhältnis zum Recht konnte auf diese Weise nicht entstehen. Kein Wort verlautet bei Puchta davon, daß Cicero sich sein Leben lang mit dem Recht beschäftigt hat, als Zögling

²⁰⁹ In Wahrheit ist gerade auch Papinians Jurisprudenz ohne den Formalismus und moralischen Anspruch, der aus der insbesondere von Cicero repräsentierten, philosophischen Rhetorik stammt, nicht zu verstehen. Vgl. meine Würdigung „Papinians Verweigerung oder die Moral eines Juristen“, in: *Mölk* (Hrsg.), *Literatur und Recht, Literarische Rechtsfälle von der Antike bis in die Gegenwart* (1996) 243–291, insbesondere 280 ff.

der philosophischen Rhetorik, die einen geistigen Schwerpunkt in ihrer auf die römischen Verhältnisse übertragenen Rechtslehre hatte, und als Schüler beider Mucii, des Augur und des Pontifex, und schließlich als Gerichtsredner, Staatsmann und Schriftsteller und nicht zuletzt auch als Mitschüler und Freund des Servius Sulpicus Rufus, des Reformators der römischen Rechtswissenschaft im Geist der akademischen Skepsis. Cicero, der auf diese Weise die bedeutendste innere Wende in der Geschichte der römischen Rechtswissenschaft erlebt und dokumentiert hat, wird vielmehr von Puchta als Zeuge der inneren Rechtsgeschichte Roms ausgeschaltet, mit Folgewirkungen bis auf den heutigen Tag. Das gilt nicht nur für die überaus scharfen Urteile über Ciceros Rechtsverständnis, wie sie sich bei einem so bedeutenden Rechtshistoriker wie Fritz Schulz finden²¹⁰, sondern auch für die zum Dogma gewordene Zurückhaltung gegenüber den Quellen der philosophischen Rhetorik. Die von Puchta damals vorgetragene Ansicht der Historischen Rechtsschule, daß die griechische Philosophie in den römischen Quellen und bei Cicero sich auf Äußerlichkeiten beschränke und den reinen römischen Kern nie berühre²¹¹, ist herrschende Meinung geblieben. Die Tatsache, daß die Rechtsquellenlehre der philosophischen Rhetorik auf die Praxis berechnet war und in den Kategorien der Juristen fortwirkt, hat gegen den übermächtigen, als solcher kaum noch reflektierten Einfluß der Grundannahmen der Historischen Rechtsschule nichts ausrichten können.

²¹⁰ Vgl. Geschichte der römischen Rechtswissenschaft (1961) 52 und Anm. 2. Schulz wirft Cicero *völlige Fremdheit und Verständnislosigkeit gegenüber der höheren Rechtswissenschaft* vor, ohne zu begründen, was denn das sei, was er da im Auge hat und bei Cicero so vollständig vermißt. Schulz meint vermutlich die spezifisch professionelle Rechtskunde. Kraft dieser Voreingenommenheit läßt er irrig S. 53 den Juristen Mucius Augur bei dem Redner das „saubere Hausgerät der Rechtskunde“ vermissen, obwohl Cicero, de oratore I 36, 165 mit der *supellex lauta*, die er bei dem gewöhnlichen Redner vermißt, die umfassende, kulturanthropologische, psychologische, historische, politische und rechtliche Bildung des philosophischen Redners meint, für die sein Gesprächspartner Crassus eintritt.

²¹¹ I S. 55 *Ueberhaupt ist es nirgends nothwendiger, als im Recht, mit der Annahme eines griechischen Ursprungs vorsichtig zu seyn, wiewohl auf die Ansichten der römischen Juristen über allgemeinere, der Speculation anheimfallende Gegenstände, so weit sie sich damit befassen, ein Einfluß, zwar nicht Cicero's, aber der griechischen Philosophen nicht geläugnet werden soll. Auch in der Form ihrer Untersuchungen und Argumentationen läßt sich oft nicht verkennen, daß die griechische Rhetorik zu dem Elementarunterricht ihrer Zeit gehörte. Aber jene allgemeineren Sätze und diese Form dürfen unser Urtheil über den eigentlichen Inhalt ihrer Jurisprudenz nicht bestimmen.* Als Beispiele nennt Puchta S. 56 den Gegensatz *ius civile- ius gentium*, der dem Unterschied bei Aristoteles, Rhetor. 1368b in νόμος ἰδιος und νόμος κοινός, „vollkommen zu entsprechen“ schein und bemerkt dazu, es sei „nicht unwahrscheinlich, daß er auf die allgemeineren Aeußerungen der Juristen über diesen Gegenstand einen unmittelbaren oder mittelbaren Einfluß ausgeübt habe“, um sofort hinzuzufügen: *Wie offenbar falsch würde es aber seyn, ihn zur Quelle der römischen Einteilung zu machen.* Kennzeichnend für diesen Versuch, griechische Form und römische Substanz zu trennen, auch S. 60: *Ulpian theilt das Recht ein in geschriebenes und ungeschriebenes. Er beruft sich dabey auf die Griechen, und auch Cicero hat sie schon (Orat. partit. Cap. 37). Der Gedanke ist so einfach, und mit den römischen so übereinstimmend, daß man gar keine Abstammung anzunehmen braucht, welche auch Ulpian nicht geradezu behauptet.*

Kasers Aufsatz „Mores maiorum und Gewohnheitsrecht“ ist dafür in diesem Zusammenhang ein gutes Beispiel, da er Savignys Puchtas Gewohnheitsrechtstheorie zugrunde liegende Lehre, daß die Rechtseinrichtungen bei den Römern uranfänglich sind, immer wieder hervorhebt und daraus die „Grundverschiedenheit der Denkformen“ von Juristen und Rhetoren auch dort ableitet, wo sie von dem Gleichen sprechen²¹². Die darin begründete Haltung, daß man die Quellen der philosophischen Rhetorik grundsätzlich nicht ernst zu nehmen braucht, selbst da nicht, wo sie, wie bei Cicero, Aussagen über Fragen betrifft, die ihm auf das intimste vertraut sind, findet sich noch in den jüngsten Handbüchern und Monographien.

Was Puchta nun von Cicero, insoweit er ihn dem Römertum zurückgewonnen hat, für die Auswertung der gewohnheitsrechtlichen Quellen der Juristen lernt, ist der spezifisch klassische Blick auf das verwirklichte positive Recht. Puchta findet in Ciceros Darstellungen der Rechtsquellenlehre der philosophischen Rhetorik den zentralen Begriff der *consuetudo*, der „Gewohnheit des Rechts“²¹³, die das Recht im Rechtsleben wirklich macht, und faßt ihn als das „Organ, welches zum

²¹² Vgl. SZ 59 (1939) 57: *Am nächsten wird man ihrer [sc. der Römer] Anschauung kommen, wenn man annimmt, daß nicht die fortgesetzte Übung und Anwendung diese rechtlichen Grundgestalten geschaffen hat, sondern daß sie sie von Anbeginn zu den Lebens-/58/bedingungen ihres Volkes gerechnet haben, das sie in seiner Geburtsstunde mitgebracht hat und auf manche von ihnen nicht verzichten kann, ohne sich selbst aufzugeben.* Kaser bekämpft den Gedanken, daß die Römer ein rechtserzeugendes Gewohnheitsrecht gekannt hätten, ohne diese zu nennen, mit den Kategorien des Puchta'schen Gewohnheitsrechts, das nur eine Rechtserkenntnisquelle ist für die Regeln höherer Herkunft. Die Puchta'sche Lehre ist lediglich konkreter, säkularer und „völkischer“ gefaßt, hat aber dadurch von ihrem romantisch-spekulativen Stil nichts eingebüßt. Die „naturrechtliche Auffassung der Römer von dem Recht, das mit dem Volk geboren ist, und seine Regeln aus dem Wesen der im völkischen Leben zutage tretenden Erscheinungen empfängt“, begründe (S. 59), daß [der ganze folgende Satz im Original gesperrt], „die Aufgabe der Rechtswissenschaft wie der Rechtsanwendung ... sich darin [erschöpft], die Rechtssätze, die als solche von vornherein gelten, richtig zu erkennen.“ Ähnliche Urteile S. 56, 60, 61. An dieser Vorstellung einer unmittelbaren Wahrnehmbarkeit juristischer Wahrheiten hat Kaser sein Leben lang festgehalten. Vgl. dazu zuletzt abgewogen Horak, *Rechtshistorisches Journal* (1998) 285–302. Auf S. 95 heißt es dann bei Kaser vor Beginn der Durchmusterung vor allem einiger einschlägiger Cicero-Stellen: *Es kann nur immer wieder mit aller Schärfe unterstrichen werden, daß die Denkformen wie die Sprache der Rhetoren von der der Juristen grundverschieden sind, und daß darum ein Schluß /96/ von der Rhetorik auf die Anschauungen und Grundsätze des Rechts nicht zulässig ist.* ²¹³ Puchta, *Gewohnheitsrecht* I, S. 51 ff. zitiert in seiner von mir durch die näheren Ziffern ergänzten Zitierweise die folgenden, sämtlich spezifisch zur philosophischen, von der akademischen Skepsis geprägten Rhetorik gehörenden Quellen: Cicero, *de inventione* II 22 [65–68], 53 [159–161], 54 [162]; *Auctor ad Herennium* II 10 [14–15], 11 [16], 12 [17–18], 13 [19–20]; Cicero, *Topica* 2 [9], 5 [28], 23 [90]; *partitiones oratoriae* 37 [129–131]; *de oratore* II 27 [116]. Vgl. dazu die bezeichnenden Verwahrungen S. 51: *griechischem Ursprung darf man hievon das wenigste zuschreiben*, S. 55: *die Ausführung bey den Römern ist doch so eigenthümlich, daß ich keinen Anstand nehme, das für die gegenwärtigen Untersuchungen wesentliche daran den Römern zuzuschreiben, so daß die entsprechenden Stellen in den griechischen Mustern ihnen nur die Veranlassung und etwa auch die Anweisung geben, die Sache auf ihre Weise darzustellen.*

Recht hinzukommt“ (I S. 52), das die Prinzipien der freiheitlichen Rechtslehre der historischen Schule verwirklicht²¹⁴. Die wahre Rechtserzeugung geschieht bei Puchta folgerichtig unsichtbar im „Volksgeist“, in dem Medium, das durch das Volk, d. h. durch die es konstituierende Verwandtschaft seiner Glieder, gegeben ist²¹⁵. Die sich bei nüchterner, von romantischer Beseelung der Völker freier Analyse einstellende Ansicht, daß sich auch eine Kulturercheinung wie das Recht letztlich statt auf das Volk auf die Handlungen einzelner Menschen zurückführen lasse, wird von Puchta mit scharfen Worten verworfen. Sie sei „höchst oberflächlich und trivial“ und stehe auf einer Stufe mit der Behauptung, eine Handlung sei nicht aus dem Willen des Menschen hervorgegangen, sondern „Hand und Fuß“ des Menschen sei die wahre Quelle der Handlung²¹⁶.

Das auf diese Weise im gemeinsamen Rechtsbewußtsein in Geltung getretene Recht erscheint nach Puchta den Römern als etwas in der Wirklichkeit Gegebenes. Wenn sie daher das Recht klassifizieren, meinen sie nach Puchta, daß sie die „äußere Gestalt im Sinne hatten, worin es der unmittelbaren Anschauung entgegentrat“, und dies nicht etwa nur bei dem schriftlich verkörperten Gesetz, wo die Anschauung des Textes einen trivialen Aspekt darstellen würde, sondern in bezug

²¹⁴ Gewohnheitsrecht I, S. 51 *Ursprünglich ist das Recht ein mehr oder weniger dunkles Gefühl. Dieß geht über in ein Bewußt=I/S. 52/sein (voluntas), welches seine Sicherheit zunächst durch das Herkommen, nebst den diesem zugeschriebenen specielleren Organen, dann aber auch theilweise durch die Gesetzgebung erhält. Vgl. damit S. 9: Es giebt eine Form der Rechtsentstehung, welche die unmittelbare genannt werden kann, insofern das Recht hier wirklich die nationale Ueberzeugung über die rechtliche Freiheit ist, diese also für sich und ohne ein künstliches Medium wirksam wird.* Das ist der Sache nach die Lehre Savignys. Vgl. dazu den zitierten Aufsatz „Geschichte, Politik und Jurisprudenz“ (oben Anm. 204).

²¹⁵ Wie bei Savigny geht bei Puchta, Gewohnheitsrecht I 136f. mit Anm. 1, die Rechtserzeugung nicht aus vom Volk im staatsrechtlichen Sinne, in dem es Anteil an der gesetzgebenden Gewalt haben kann, sondern von dem „natürlichen“ Volke, das die Regierenden umfaßt. Vgl. S. 138: *Die Thätigkeit des Volkes im natürlichen Sinne kann also nur in einem unsichtbaren, durch seinen Begriff, nämlich jene Verwandtschaft selbst gegebenen Einfluß auf die ihm angehörigen Glieder bestehen; S. 139: Quelle dieser Ansichten [ist] nicht der Geist des Einzelnen, sondern der Volksgeist.*

²¹⁶ Gewohnheitsrecht I, S. 153 in Auseinandersetzung mit der (zutreffend als eine per analogiam relevante Kritik aufgefaßten) Äußerung W. v. Schlegels, der in einer Rezension zu den „Altdeutschen Wäldern“ der Brüder Grimm in den Heidelberger Jahrbüchern (1815) S. 723 geschrieben hatte: *Die Sage war allerdings das Gesamteigenthum der Zeiten und Völker, aber nicht so ihre gemeinsame Hervorbringung. Was man an Zeitaltern und Völkern rühmt, löset sich immer bey näherer Betrachtung in die Eigenschaften und Handlungen einzelner Menschen auf.* Puchtas organologische Sprache ist aufschlußreich. So wie der Mensch handelt, wenn sich seine Fortbewegungs- oder Greiforgane Fuß und Hand bewegen, so handelt nach seiner von Savigny übernommenen Überzeugung das Volk, wenn in ihm Menschen das Recht hervorbringen. Vgl. S. 155: *die Zusammenlebenden bilden ein organisches Ganzes, dessen Glieder sie sind, von dessen Geist sie also durchdrungen werden; sie haben dasselbe [sc. Rechtsbewußtseyn] als Glieder des Volks, und sofern sie solche sind.* In der für Puchta kennzeichnenden schöpfungsgeschichtlichen Perspektive entsteht Recht, so wie sich die mit Adam beginnende Familie „in ein Volk erweitert“. I S. 133 ff. (140). Wenn daher, wie zitiert, Puchta die „Gewohnheit des Rechts“ selbst als Organ bezeichnen kann (I S. 40 ff.), so ist für ihn der mit diesem Organ Handelnde Gott selbst, der als der Schöpfer der Welt das Zusammenleben freier Menschen zu seinen Zwecken will.

auf die auf unsichtbare Weise entstandenen Bildungen des Rechts²¹⁷. In diesen Äußerungen liegt, was die geistige Wahrnehmbarkeit der Bildungen des Rechts angeht, unbewußt die der akademischen Skepsis entsprechende und dadurch in den Quellen tatsächlich vorhandene und ihnen zu einem erheblichen Grade kongeniale Blickweise. Ein von dieser Tradition geprägter, für die moderne Romanistik repräsentativer Rechtshistoriker wie Kaser sagt später in der Sache nichts anderes, wenn er den römischen Juristen die Fähigkeit zuschreibt, die Rechtseinrichtungen kraft Intuition wahrzunehmen²¹⁸.

Durch das Gesagte tritt der Weg, auf dem das klassische römische Recht seine tiefgreifende romantische Umdeutung erfahren hat, deutlich vor Augen. Was bei Cicero und den klassischen Juristen eine skeptische, vom menschlichen Verstand herkommende Formgebung der menschlichen Verhältnisse war, wurde durch Puchta zu einer aus höheren Quellen stammenden und von dort her inspirierten geistigen Hervorbringung des römischen Volkes. Hatten die klassischen Juristen ihre Methode von der akademischen Skepsis gelernt, die in der philosophischen Rhetorik, in der sie zu Macht und Einfluß gekommen ist, eine den römischen Verhältnissen entsprechende Rechtstheorie ausgebildet hatte, so vindizierte Puchta das, was er bei Cicero gelten ließ und bei den Juristen wiederfand, dem mit der göttlichen Schöpfung in Beziehung gesetzten römischen Volksgeist.

Die Begriffsverschiebungen, welche diese Umdeutung bewirkte, waren für die beiden nichtschriftlichen klassischen Rechtsquellen erheblich. In beiden Fällen wurde die menschliche Tätigkeit zugunsten des supranaturalistisch gedeuteten Volksgeistes zurückgenommen. Im *ius gentium* betraf das die menschlichen analytischen, letztlich kulturanthropologischen Klärungen, im *mos maiorum* das Element der Freiheit der Zweckwahl.

Das *ius gentium* verlor in der *consuetudo*, der „Gewohnheit des Rechts“ Puchtas, kraft der das Recht jeweils in den Völkern aus einer höherer Sphäre kommend in Erscheinung tritt und als geistige Kraft die Freiheit ihrer Mitglieder organisiert, den zentralen Platz, den es im klassischen *ius humanum* als spezifisch menschheitliches, unter allen Menschen geltendes und unter ihnen Rechtsverhältnisse ordnendes Recht gehabt hat. Es wurde von Puchta zu einer empirischen Kategorie erklärt, unter der die Römer erst das Recht der fremden Völker im Unterschied zu dem eigenen Recht gefaßt hätten und dann im Wege eines (bedenkt man Puchtas

²¹⁷ Gewohnheitsrecht I, S. 49 unter Berufung auf Cicero und die späteren juristischen Quellen: *Wir sehen daraus, daß man das Gewohnheitsrecht und das promulgierte damals nicht auf die Art schied, wie wir es gewohnt sind, sondern daß die römischen Juristen, wenn sie die Quellen des Rechts bezeichneten, dabey die äußere Gestalt im Sinne hatten, worin es der unmittelbaren Anschauung entgegen trat.* Vgl. auch S. 52 zu Cicero, de inventione II 22, 65: *Consuetudo ist ihm ein Organ, welches zum Recht hinzukommt und zu Cicero, Topica 23, 90, wo die dreifach gegliederte institutio aequitatis dargelegt wird: Auch hier also erkennt Cicero durchaus keine directe Verschiedenheit zwischen promulgirtem und Gewohnheitsrecht an, sondern nur eine Verschiedenheit des äußeren Bestehens.*

²¹⁸ Vgl. „Zur Methode der römischen Rechtsfindung“ Göttingen (1962). Kasers Intuition ist Puchtas unmittelbare Anschauung. Dazu meinen Nachruf in dem Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen (1997) 288–295 und oben Anm. 212.

Prämissen, folgerichtigen) Erkenntnisprozesses fortschreitend die grundsätzliche Übereinstimmung aller dieser Rechte festgestellt hätten²¹⁹. Der für die Konstitution seiner Regeln grundlegende analytische Grundzug des klassischen *ius gentium* blieb Puchta durch dieses Deutungsmuster verschlossen. So konnte er auch nicht wahrnehmen, daß das klassische Rechtsdenken intellektuelle Sichtbarkeit im Sinne einer geistigen Wahrnehmbarkeit allein den Strukturen des *ius gentium* zuschrieb, da allein sie als Verhältnisse zwischen Menschen (z. B. *obligationes, universitates personarum*), als Verhältnisse zwischen Menschen und Sachen (*proprietas, proprietas pro parte pro individuo, ususfructus*) und als Verhältnisse zwischen Sachen (*servitutes, universitates rerum*) gefaßt werden konnten und daher geeignet waren, im Status von *res incorporales*, von gedachten Gegenständen, von Ordnungsformen des Gedankens, die Welt der *res corporales* zu ergänzen, die der Mensch mit seinen Händen ordnete.

Die klassische Kategorie des *mos maiorum*, dessen Regelungen diesen Rationalitätsgrad nicht haben und sich in ihrer Geltung auf das jeweilige Volk beschränken, entspricht zwar nach ihren Geltungsgrenzen der Volksgeistlehre, widerspricht ihr aber, da sie dem Verhalten der am Recht Beteiligten rechtserzeugende Kraft beilegt, umso entschiedener in ihrer Grundaussage. Puchta hat das in aller Klarheit gesehen. Diese Rechtsquelle, die in ihrer hochklassischen Fassung mit dem Willen des gesetzgeberisch tätigen Volkes in Beziehung gesetzt wurde, drohte, da ihrzufolge Recht nicht nur erkannt, sondern gesetzt wurde, nach seinem Urteil mit der Herrschaft des Faktischen²²⁰. In der Tat können ihre Regeln, da von menschlichem Wollen und Handeln erzeugt, einen Anspruch auf eine höhere Herkunft des Rechts nicht machen und daher auch kein legitimer Bestandteil der „Gewohnheit des Rechts“ sein. Der französische Rechtsvergleicher Édouard Lambert hat die daher rührende, nur auf den ersten Blick überraschende Haltung der historischen Rechtsschule, die sie ein dem empirischen Volkswillen willfahrendes Gewohnheitsrecht verwerfen läßt, in seiner großen methodischen Einleitung zur Rechtsvergleichung sehr gut ausgesprochen²²¹. Puchta hat sich folgerichtig alle Mühe gegeben, die Quellenaussagen zum *mos maiorum* zu relativieren und mit dem freiheitssichernden Gewohnheitsrecht, wie er es begründete, in Einklang

²¹⁹ Vgl. Gewohnheitsrecht I, 34, 38 ff.; siehe auch Savigny, System I, 109 ff., 413 ff.

²²⁰ Vgl. Gewohnheitsrecht I, 164: *So wie man nämlich der Meinung war, das Gewohnheitsrecht sey ein Recht, welches durch Gewohnheit entstehe, so behauptete man, dadurch, daß die Gerichte häufig und ununterbrochen nach einer gewissen Norm verfahren oder entschieden, entstehe für sie die Verbindlichkeit, auch künftig diese Norm anzuerkennen . . . Es kann nichts trostloseres geben, als eine solche Autorität, welche lediglich einem äußeren, von keinem Gedanken beseelten Factum beigelegt wird.*

²²¹ La fonction du droit civil comparé I (1903) 127 „L'idée maîtresse dont s'étaient inspirés les jurisconsultes romains dans leur tentative de justification rationnelle de l'existence de la coutume [d. h. die Idee des *mos maiorum*, welches das *ius proprium* erzeugt, in der hochklassischen Interpretation Julians], l'idée que le droit tirait exclusivement sa source de la volonté arbitraire du peuple, prenait, aux yeux des fondateurs de l'école historique, Puchta, Savigny, le caractère d'une grossière méconnaissance des lois les plus certaines de la nature.“

zu bringen²²². Der große vermittelnde Gedanke, der sich in der klassischen Kategorie des *mos maiorum* ausdrückt, daß nämlich in jeder Rechtsordnung Raum für besondere Regeln sein muß, die konkreten Zweckmäßigkeiten folgen, daß im Vergleich zu ihnen aber den universalen Regeln des *ius gentium*, die allen Menschen dienen, ein systematisch unaufgebbarer Vorrang zuwächst, blieb Puchta verschlossen.

3. Das Gewohnheitsrecht im modernen Staat – von Windscheid zur Moderne

Die bedeutende, auch tiefgreifende Umdeutungen überdauernde Wirkungsgeschichte der von Puchta näher ausgearbeiteten Gewohnheitsrechtstheorie der Historischen Schule beruhte auf der umfassenden Legitimation des positiv gegebenen Rechts durch seine Verankerung im Volksgeist. Zwar diente das Recht trotz dieser Verankerung bei Puchta wie bei Savigny der Freiheit des Individuums – nicht ohne Grund waren Puchta wie Savigny entschiedene Hegelgegner²²³ –, aber in der Volksgeistlehre lagen Potentiale, an die nur angeknüpft werden mußte, um dem Individuum seine Stellung im Zentrum des Rechts streitig zu machen.

Tatsächlich kam das Gewohnheitsrecht in der allgemeinen Bedeutung, die ihm Puchta gegeben hatte, in der Folgezeit immer stärker unter den Einfluß des Denkens, das, getragen von Grundmotiven der Philosophie Hegels, die sich immer stärker in Richtung der Lebensphilosophie naturalisierte, den Sinn der Geschichte nicht mehr in dem Leben des Einzelnen und seiner Bewährung sah, sondern im Wirken und in den Taten seines Volkes²²⁴. Daraus entstand die Tendenz, die leitenden Prinzipien, unter denen das staatlich organisierte Volk handelte, zum höchsten, alles rechtfertigenden Prinzip zu erheben. In der Gestalt des spezifisch neoromantischen, im hegelschen Sinne geistesgeschichtlich begründeten Historis-

²²² Die hochklassische Kardinalstelle *Julian* 84 digestorum D 1,3,32 will nach Puchta in Wahrheit keinen „Grund“ der Geltung des Gewohnheitsrechts angeben, sondern nur einen „Grad“ der Geltung begründen, d. h. einen, der dem Geltungsgrad der Gesetze gleichkommt. Vgl. Gewohnheitsrecht I S. 84 ff., 86. Im übrigen ist der *mos maiorum* das wenige, was von dem ursprünglichen Gewohnheitsrecht nicht in wissenschaftliche Form gebracht worden war (I S. 79 ff.; vgl. S. 53: *Mos ist nicht das aus der Volksüberzeugung hervorgegangene Recht selbst, sondern die Sitte/54/, die Form, in welcher es besteht.*) oder partikuläres Gewohnheitsrecht einzelner Gemeinden und Provinzen (I S. 71 ff.).

²²³ Sein wohlbegründetes Urteil über Hegel *Puchta*, Institutionen I (51856) 24: *beraubt uns der Freiheit* (näher dazu in meinem Beitrag in: *Bydlinski, Mayer-Maly*, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts [1994] 1 ff., 24 ff.). Savigny dachte nicht anders und zog sich aus der Berliner Juristischen Fakultät zurück, als der Hegelianer Gans in sie hineingewählt wurde. Vgl. *Kleinbeyer-Schröder* (Hrsg.), *Deutsche Juristen in fünf Jahrhunderten* (41996) 477.

²²⁴ In dem Wort Hegels „Die Weltgeschichte ist das Weltgerichte“ (Rechtsphilosophie §§ 341 ff. [§ 340]) sind nicht mehr die einzelnen Menschen, sondern das einzelne Volk, das Epoche macht (§ 347), Gegenstand des Urteils. Die das Volk leitenden Individuen sind keine gewöhnlichen, sondern, da mit dem Weltgeist „identisch“ (§ 348), Verkörperungen des Volksgeistes im hegelschen Sinne. Zur weiteren Naturalisierung dieser Vorstellungen im Neuhegelianismus vgl. meinen Beitrag „Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken“, in: *Dreier-Sellert* (Hrsg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“* (1989) 34–79, insbes. 52.

mus wurde diese Ansicht zur wohl stärksten kulturpolitischen Kraft des deutschen politischen Lebens vom deutschen Kaiserreich bis zum Zweiten Weltkrieg²²⁵. Die spezifisch juristische Freirechtsbewegung ist nichts anderes als die Anwendung dieses Denkens, das das Leben eines Volkes als geistig beseeltes organisches Ganzes aufzufassen und zu interpretieren vermag, auf die Praxis des Rechts²²⁶.

Der festgehaltene volkhaft-romantische Grundton erklärt, warum Puchta als Klassiker verehrt wurde, auch nachdem sich dieser tiefgreifende Wandel längst vollzogen hatte. Die maßgebende Darstellung der Allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus, die Nipperdey noch in zwei Auflagen nach dem Krieg fortgeführt hat, bekundet beispielsweise diese Verehrung vor dem Hintergrund einer den Volkswillen in das Zentrum rückenden Gewohnheitsrechtstheorie und stellt auch ganz richtig den Gesichtspunkt der Geistesgeschichte heraus²²⁷.

Die Wendung in der juristischen Gewohnheitsrechtslehre hatte sich schon in der Mitte des vergangenen Jahrhunderts vollzogen. Es war kein Geringerer als Bernhard Windscheid, der sie in seinem unmittelbar zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch hinführenden Pandektenwerk, einem zentralen Werk der Rechtswissenschaft der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, ausspricht, und zwar mit einer Schärfe und Bedenkenlosigkeit, die vom Grundsätzlichen her nicht mehr überboten werden konnte. In Sachen des allgemeinen Gewohnheitsrechts wird die „Vernunft der Völker“ – und alsbald präzisierend ausdrücklich auch „die schlechte Vernunft“ der Völker – zum „Maß aller Dinge“ erhoben. Dies geschieht schon in der 1. Auflage 1862. Die später hinzugesetzte Fußnote spricht nur in radikaler Form aus, was in der Grundaussage bereits enthalten war²²⁸.

²²⁵ Der im hegelschen Sinne als Weltgeschichte des „Geistes“ konzipierte „Historismus“ galt seinen enthusiastischen Anhängern als der zweite große Aufbruch des deutschen Geistes nach der Reformation. Vgl. *Carlo Antoni*, *La lotta contra la ragione* (Biblioteca Germanica, Firenze 1942, Nachdruck 1962) 11, 24 und *Friedrich Meinecke*, *Weltbürger und Nationalstaat* (31915); *Die Entstehung des Historismus I und II* (1936).

²²⁶ Vgl. dazu näher meinen schon zitierten Beitrag (oben Anm. 224 a.E.) „Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken“.

²²⁷ Vgl. *Enneccerus-Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches I (151959) § 38 S. 263 *Die Dogmengeschichte des Gewohnheitsrechts, namentlich die ihm gewidmete Arbeit der historischen Rechtsschule und der gemeinrechtlichen Wissenschaft, ist geisteswissenschaftlich von hohem Wert*. Im Literaturnachweis heißt es heraushebend (S. 263 Anm. 5) ... *An der Spitze steht Puchtas großartiges ‚Gewohnheitsrecht‘*. Großartig ist, was fortdauernd besticht. Und das war in der Epoche des Werkes von Enneccerus, das zuerst im Jahre 1902 erschienen ist (das Zitat findet sich seit 13. Aufl., 1931, § 35 III 2 (S. 107) Fn. 3), die Lehre, daß Recht ein prägendes, daher im Leben selbst wirkendes Prinzip der Volkskultur ist. Vgl. dazu noch unten Anm. 238.

²²⁸ Die Fußnote 1a findet sich schon in der 5. Auflage, 1879. Und von Anfang an wird von Windscheid der Vorbehalt der Rationabilias, daß also *der Inhalt der Uebung kein unvernünftiger sein dürfe* [im Sinne nicht bloßer *Unzweckmäßigkeit*, sondern eines *Widerstreits mit den Grundlagen der staatlichen und sittlichen Ordnung*] auf *particuläre Gewohnheiten* beschränkt. Vgl. § 16 Anm. 5 sämtlicher Auflagen: *Ein allgemeines Gewohnheitsrecht ... enthält, wie auch immer sein Inhalt beschaffen sein mag, jedenfalls die Vernunft dieses Volkes, und daher sein Recht*. Diese Lehre wurde auch von dem einflußreichen Lehrbuch des Allge-

Windscheid, Pandekten I § 15, 9. Aufl. (1906), S. 76

Unter Gewohnheitsrecht versteht man dasjenige Recht, welches, ohne vom Staate gesetzt worden zu sein, tatsächlich geübt wird. /S. 77/ In der Übung tritt hervor die Überzeugung der Übenden, daß das, was sie üben, Recht sei, und in dieser Überzeugung liegt der Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts. Denn die /78/ letzte Quelle alles positiven Rechts ist die Vernunft der Völker; wie für den einzelnen, so ist für die Völker in letzter Instanz ihre Vernunft das Maß aller Dinge^{1a}.

^{1a}Das ist deswegen nicht weniger wahr, weil die Vernunft, wie der einzelnen, so der Völker im gegebenen Fall eine schlechte Vernunft sein kann.

Es war ein langer Weg, der bis zu diesen Worten geführt hat. Windscheid unterläßt es nicht, an den Anfang des Weges zu erinnern, an dessen Ende an Stelle des klassischen Rechts, das dem Menschen dient und dessen Darstellung das windscheidsche Pandektenwerk eigentlich zur Aufgabe hatte, ein Recht getreten ist, das dem jeweiligen Volk dient. Denn es hat eine klare Pointe, wenn er in seiner Äußerung den berühmten Ausspruch des Protagoras vom Menschen als dem Maß aller Dinge auf das Volk ummünzt. Denn so wie die Wendung der platonischen Akademie zur Skepsis eine Hinwendung der Schule Platons zu dessen großen, durch einen eigenen Dialog gewürdigten Antipoden Protagoras war, so war auch das *ius humanum* der akademischen Skepsis von protagoräischem Geist geprägt. Es war ein Recht, das nach menschlichem Maß und aufgrund menschlichen Beobachtens und Urteilens formuliert war und auf Schlußfolgerungen aus Bereichen, die dem menschlichen Wissen unzugänglich sind, verzichtet hatte. Gegen romantische Irrationalismen war diese skeptisch prüfende Haltung gefeit.

Von Windscheids Bekenntnis kann man das nicht sagen. Wenn nicht mehr der Mensch und seine Existenzbedingungen das Maß aller Dinge im Recht sind, sondern das geschichtlich im Staat zur Handlungsfähigkeit gelangte Volk, und zwar unter bewußter Abstreifung jeglicher Bindung an die Vernunft, dann ist grundsätzlich alles möglich. Die Ersetzung des *homo – mensura* Satzes des Protagoras durch einen *populus – mensura* Satz stellt daher einen bewußten Bruch mit der nüchternen humanistischen Tradition des römischen Rechts dar, dem *hominum causa omne ius constitutum* seiner Quellen²²⁹.

Die Gewohnheitsrechtslehre der Historischen Rechtsschule war an diesem Ergebnis für sich genommen unschuldig. Denn ihre Rechtslehre galt unzweideutig dem einzelnen, kreatürlichen Menschen und seiner Freiheit. Sie bildete aber doch eine ursächlich gewordene Zwischenstation. Durch die romantische Stimmungs-

meinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches von Enneccerus übernommen. Zuerst in der 3. Aufl. 1908, § 48 S. 122: *Ein Reichsgewohnheitsrecht ... hat der Richter selbst dann anzuerkennen, wenn es seinen Ansichten über Vernunft und gute Sitten widerstreiten sollte, denn was ein ganzes Volk als bindende Norm will, das hält es für vernünftig und sittlich, und der Richter darf seine Ansichten nicht über die des Volkes stellen.* Aufgegeben wurde sie von *Enneccerus-Nipperdey*, I (141952), § 40 S. 163.; vgl. auch (151959), § 40 S. 269. Zum Erfordernis der *Rationabilitas* oder rechten Gewohnheit in der älteren europäischen Rechtsgeschichte *Siegfried Brie*, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht I* (1899), 114 ff., 177 ff., 236 ff.

²²⁹ *Hermogenian* 1 iuris epitomarum D 1,5,2; *Constitutio Tanta* § 12.

gemeinschaft wurde die Umdeutung der Volksgeistlehre ins Völkisch-Nationalstaatliche im großen Ganzen nicht als Kontinuitätsbruch erlebt. Es erschien dem späteren Denken offenbar wie ein folgerichtiger, fast unmerklicher Schritt, als das im Volksgeist vorhandene Recht nicht mehr als Ergebnis einer uranfänglichen, den Eintritt jeden Volkes in die Geschichte begleitende Offenbarung verstanden wurde, das dem individuellen Leben dient und ihm Sinn gibt, sondern als eine Sinnstiftung, die sich im Laufe des staatlichen Volkslebens in Form großer geschichtlicher Ereignisse wiederholen kann. So blieb den späteren Überzeugungen das hohe Prestige der Historischen Rechtsschule bewahrt, obwohl in Wahrheit der Einschnitt so tief wie nur irgend möglich war. Die romantische Geschichtsphilosophie, welche die Völker zu den Subjekten eines enthusiastischen Geschichtsverständnisses erhob und die Überzeugung gewann, daß große, neue Werte offenbarende Ereignisse für das Recht neue Wertetafeln aufstellen können, denen sich der einzelne Mensch, was immer sie von ihm fordern oder ihm zumuten, zu unterwerfen hat, hatte sich einen anderen Gott gewählt als denjenigen, an den Savigny glaubte. Ein für den geistesgeschichtlichen Zeitgeist überaus sensibler Jurist, Staatsrechtler und Erforscher der politischen Romantik, der den von dieser Anschauung geforderten geistigen Opportunismus in seiner Biographie mit großer Radikalität repräsentierte, hat auf dem Höhepunkt der verhängnisvollen Entwicklung in seiner „Politischen Theologie“ diese Zusammenhänge in aller Klarheit ausgesprochen²³⁰. Sie brauchen hier nicht näher verfolgt zu werden. Bemerket sei nur noch, daß sie verständlich machen, warum sich eine der nachdrücklichsten Formulierungen dieser Überzeugungen in den überaus erfolgreichen „Institutionen des römischen Rechts“ des Kirchenrechtlers und Rechtshistorikers Rudolf Sohm findet, die seit der 7. Auflage 1898 nur noch „Institutionen“ heißen. Für ihn ist Recht und Gerechtigkeit dem „Daseinskampf“ des Volkes untergeordnet und empfängt allein aus ihm Sinn und Maß²³¹.

²³⁰ Vgl. *Carl Schmitt*, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität (1922, 2., veränderte Auflage 1934). Grundlegend zu diesem geistigen Zeitzeugen ganz eigener Art *Andreas Koenen*, Der Fall Carl Schmitt, Sein Aufstieg zum „Kronjuristen“ des dritten Reiches (1995). Die Zweifel Koenens, ob die Einordnung Carl Schmitts in die Freirechtbewegung mit dem radikalen Etatismus, den ich ihm ebenfalls zugeschrieben habe, verträglich ist (vgl. das Register des zitierten Werkes), klären sich, wenn man sich klarmacht, daß der romantische Staatsbegriff Savignys nicht die rational geordnete Staatsanstalt des modernen Machtstaats meint, sondern das dem Leben des Volkes in der Staatlichkeit sinngebende und damit den Staat legitimierende oberste Rechtsprinzip. Die Politische Theologie Carl Schmitts gilt diesem obersten Prinzip und setzt an die Stelle der Organisation individueller Freiheit ein allen Wertexperimenten offenes romantisches Abenteuerertum.

²³¹ Dort heißt es 16. Aufl. 1920 (1. Auflage 1884) § 7 „Grundbegriffe“ S. 24: *Die göttliche Gerechtigkeit mißt den Menschen nach seinem sittlichen Werte (dem Wert vor Gott). ... Die menschliche Gerechtigkeit mißt den Menschen nach seinem sittlichen Wert (dem Wert für das Volk)* und S. 25: *Das Grundgesetz des Rechts ist die Selbstbehauptung des Volkes. Was der machtvollen Erhaltung des Volkes dient, das ist (menschlich) gerecht. Salus publica suprema lex. Das Recht ist die Schlachtordnung [seit der 13. Auflage 1908 für: Organistaton] des Volkes für den Kampf ums Dasein.* In der 17., von Ludwig Mitteis gründlich bearbeiteten, 1949 noch

Die praktische Wirkung der Überzeugung, daß die im staatlichen Volksleben zur Herrschaft gelangten Auffassungen als Volksgeist unmittelbar rechtserheblich waren, hing naturgemäß von der jeweiligen konkreten Verfassungswirklichkeit ab, d. h. von den im Staatsleben zur Herrschaft gebrachten Leitwerten. Unter radikalen Vorzeichen war Radikales möglich. So konnte unter dem durch eine „politische Machtergreifung“ zur Herrschaft gelangten völkisch-rassistischen Denken ein neuhegelianisch geprägter Zivilist die Rechtsfähigkeit, die § 1 BGB jedem Menschen zuerkennt, in einer durchaus rechtswissenschaftlich gemeinten Argumentation auf den Kreis der von der Rassenlehre begünstigten Bürger beschränken. Das trat als Auslegung auf, war aber in Wahrheit die Ersetzung einer Vorschrift, die nach ihrem klaren Wortlaut eine solche Auslegung in keiner Weise zuließ²³², durch eine Norm, die aus der „schlechten Vernunft“ des staatlich organisierten Volkes abgeleitet worden war, und der gegenüber der vorhandenen Norm derogierende Kraft beigelegt wurde. Das Ergebnis war ein offener, mitmenschlich rücksichtsloser, ja brutaler und in dieser Form noch nicht dagewesener Bruch mit einem sehr alten, seit Menschengedenken zur „Gewohnheit des Rechts“ gehörenden Grundsatz. Aber zugleich war diese bedenkenlose Option eines Privatrechtsjuristen für den völkischen Volksgeist eine Anwendung des schon von Windscheid in das Zivilrecht rezipierten Gedankens, daß gegebenenfalls auch einer „schlechten Vernunft“ die Vorherrschaft gebühre.

Die tiefe romantische Verirrung, welche die Geschichte des jungen Nationalstaats Deutschland in seinem historischen Handeln beherrscht hatte, ist durch die nicht minder tiefe seelische Erschütterung, welche die Wahrnehmung und Bewußtmachung seiner menschenfeindlichen Konsequenzen ausgelöst haben, zu Ende gekommen. Im sozialen Rechtsstaat des Grundgesetzes, der sich zur natürlichen, rechtlich geschützten und geförderten Freiheit des Menschen bekennt, hat die „Gewohnheit des Rechts“ wieder den Menschen in den Mittelpunkt gerückt, im staatlichen wie im gesellschaftlichen Leben.

Das Gewohnheitsrecht hat rechtsquellentheoretisch seine allgemeine Bedeutung als theoretisch umfassende Kategorie bewahrt, wie sie ihr in der Tradition der antiken *consuetudo iuris* von der Historischen Rechtsschule trotz der Umstellung auf den Volksgeist bewahrt worden war. Kennzeichnend dafür ist, daß heute Vorschriften, welche das klassische Rechtsdenken als spezielles *mos maiorum* eingeordnet hätte, methodisch nicht von dem eigentlich rechtswissenschaftlichen Bereich unterschieden werden.

Damit sind aus der Sicht des klassischen Rechts rechtstheoretisch grundverschiedene Dinge miteinander verschmolzen. Wissenschaftlich begründetes Recht, bei dem die Geltung der Regeln auf bewährtes prüfendes, der Kritik standhalten- des Urteilen zurückgeht, das allgemeine menschliche Richtigkeit beansprucht,

einmal nachgedruckten Auflage von 1923 sind diese Sätze, die dem Individuum einen geschützten Raum nicht mehr belassen, getilgt.

²³² Zu jener Auslegung Bernd Rütters, Die unbegrenzte Auslegung (3. Aufl. 1988) 30 f. und 80 ff. und meinen Besprechungsaufsatz „Das Problem einer rein etatistischen Rechtsbegründung gestern und heute“, in: NJW (1988) 2862–2865.

steht mit Rechtsregeln unter einem Begriff, die im Bewußtsein, daß die Fragen auch anders geregelt sein könnten, angewendet werden. Es ist in klassischer Terminologie die Verschmelzung der allgemeinen *consuetudo* des Rechts, deren antikes Zentrum das universale *ius gentium* war, mit dem spezifischen *mos maiorum*, dessen Kraft ausdrücklich auf die Besonderheiten einer gegebenen Rechtsordnung bezogen ist. Bei den letzteren Regeln leuchtet es ein, daß man ihre rechtserzeugende und rechtsderogierende Kraft vom Wechsel der Einschätzung ihrer Zweckmäßigkeit, die sich in Anwendung und Nichtanwendung ausdrückt, abhängig macht, nicht aber bei den Regeln, welche sich auf die privatrechtlichen Grundverhältnisse beziehen. Der Unterschied verschwindet auch nicht deswegen, weil er nicht immer leicht zu bestimmen ist.

Sieht man im geltenden Recht genauer hin, kann man unter der allgemeinen Kategorie des Gewohnheitsrechts Unterschiede wahrnehmen, an denen sich die klassischen Differenzierungen abzeichnen. So wäre die heute gewohnheitsrechtlich geltende Pflicht des Rechtsanwalts, vor Gericht eine Robe zu tragen²³³, nach klassischer Lehre eine Regel des *mos maiorum*, d. h. eine Regel, die kraft Herkommens gilt und für die sich gute Zweckmäßigkeitsgründe anführen lassen. Anders liegt es dagegen, wenn Rechtsfiguren der rechtswissenschaftlich argumentierenden Rechtsprechung wie der *Culpa in contrahendo*²³⁴, der positiven Vertragsverletzung²³⁵, dem Anwartschaftsrecht²³⁶ oder dem Persönlichkeitsrecht²³⁷ der Stem-

²³³ Vgl. *H. J. Ahrens*, Anwaltsrecht für Anfänger (1996) § 2 IV Rn. 127, 43; ferner *Lingenberg-Hummel*, Kommentare zu den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts, Richtlinien gem. § 177 II 2 BRAO (1981) § 11 Rn 2; *Hartstang*, Der deutsche Rechtsanwalt (1986) 155; *Warburg*, Zur Bedeutung der Ethik für die Tätigkeit des Rechtsanwalts, Festschrift Walter Renner (1979) 145; siehe auch BVerfGE 28, 21, 28 = NJW (1970) 851, 853; kritisch gegenüber dem Gewohnheitsrecht angesichts einer neuen Berufsordnung, die im § 20 das Robentragen vor Gericht nicht mehr als Standespflicht ansieht, sondern nur noch fordert „soweit das üblich ist“, *Kleine-Cosack*, Berufs- und Fachanwaltsordnung für Rechtsanwälte, in: NJW (1997) 1257–1262 (1260).

²³⁴ Vgl. die Kommentare zu § 276 BGB *Palandt-Heinrichs* (57/1998) Rn. 65 und in Vorbemerkung zu § 275 ff.; *Staudinger-Löwisch* (1995) 13. Barb. Rn. 52; *Soergel, Siebert-Wiedemann*, (12/1990) Rn. 101 f.; Münchener Kommentar-Emmerich (3/1994) Rn. 58. Aus der Literatur *Norbert Horn*, *Culpa in contrahendo*, in: JuS (1995) 379. Zu den dogmengeschichtlichen, bis in die Antike zurückreichenden Zusammenhängen *Byoung Jo Choe*, *Culpa in contrahendo* bei Rudolph von Jhering (1988).

²³⁵ Vgl. die Kommentare zu § 276 BGB *Palandt-Heinrichs* (57/1998) Rn. 105 und vor § 275 ff. *Staudinger-Löwisch* (13/1995) Rn. 24, Münchener Kommentar-Emmerich (3/1994) Rn. 223. Aus der Rechtsprechung BGHZ 11, 83 ff. = NJW (1954) 229.

²³⁶ Vgl. die Kommentare zu § 929 BGB *Palandt-Bassenge* (57/1998) Anm. 37; *Staudinger-Wiegand* § 929 (13/1995) Rz. 7 u. 34; *Soergel, Siebert-Mühl*, § 929 (11/1978) Rn. 37; *Jauernig*, (8/1997) Rn. 25 ff.; siehe auch BGH NJW (1984) 1185. Das dingliche Anwartschaftsrecht ersetzt das vom Gesetz abgelehnte besitzlose Mobiliarpfand und beruht konstruktiv auf der Bedingbarkeit des abstrakten dinglichen Vertrages. Seinen Charakter als „dogmatische Figur“, die mit einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung durch Übung so wenig harmoniert, betont zu Recht Münchener Kommentar-Quack § 929 Rn. 22 ff./37 (1997) 3.

²³⁷ Vgl. die Kommentare zu § 823 BGB *Palandt-Thomas*, (57/1998) Anm. 177; *Staudinger-Schäfer*, (12/1986) Rn. 195; *Soergel, Siebert-Zeuner*, (11/1985) Rn. 65; *Erman-Schiemann*, (9/1993) Rn. 48; Münchener Kommentar-Mertens (3/1997) Rn. 124.

pel des Gewohnheitsrechts aufgedrückt wird. Diese Rechtsfiguren haben mit der alten Kategorie des *mos maiorum* und der Vorschrift, als Anwalt vor Gericht eine Robe zu tragen, keine Verwandtschaft. Sie entstammen vielmehr der rechtswissenschaftlichen Bearbeitung des Rechts. Es sind Regelungen, die sich durchgesetzt haben und anerkannt worden sind, weil man sie als richtig ansieht, und dies deswegen, weil die Ordnungsleistung, die sie an dem systematischen Ort, der ihnen von den Lebenszusammenhängen angewiesen worden ist, erbringen, den anerkannten rechtlichen Grundverhältnissen und Grundwerten entspricht. Zwar wird für sie keine universale Wahrheit behauptet, wohl aber, daß die Richtigkeit ihrer das Rechtsleben ordnenden Funktion, nach dem sie einmal aufgewiesen worden ist, jederzeit dem juristischen Urteil einsichtig gemacht werden kann. Daher beruhen sie in Wahrheit nicht auf „Gewohnheitsrecht“ im Sinne des *mos maiorum*, also auf einer als zweckmäßig anerkannten Praxis, sondern auf juristischen Urteilen, die durch Anerkennung in Literatur und Rechtsprechung in der „Gewohnheit des Rechts“ zu Geltung gekommen sind. Darin zeigt sich letztlich, daß sich auch unter der Herrschaft einer rechtswissenschaftlichen Kodifikation an der Rolle der rechtswissenschaftlich arbeitenden Juristen, wie sie Savigny bei den Römern beobachtet und für die eigene Zeit gefordert und maßgebend vorgeführt hat, nichts wesentliches geändert hat. Die Tatsache, daß die Römer nur den Laienrichter kannten, der vom Juristen verbindlich angeleitet wurde, während Savigny den rechtswissenschaftlich gebildeten Richter voraussetzte und förderte, der in eigener Verantwortung die Rechtsregeln feststellt, hat, so bedeutend sie ist, an der rechtswissenschaftlichen Geltungsweise solcher Rechtsregeln nichts geändert.

Keine befriedigende Antwort wäre, wenn man für die Geltung dieser Rechtsfiguren auf den ständigen Gerichtsgebrauch hinwies und diesem als solchen die Kraft beilegte, Gewohnheitsrecht zu erzeugen. Diese Lehre hat ihre Wurzeln in der Freirechtsbewegung, die nichts anderes ist als eine Anwendung der spätromantischen Volksgeistlehre auf die richterliche Praxis. Da diese Lehre dem im staatlich organisierten Volk zur Herrschaft gekommenen Geist unmittelbare Rechtserheblichkeit zusprach, war sie auch davon überzeugt, daß der Richter dazu ermächtigt sei, unmittelbar nach diesem von ihm wahrgenommenen Geist Recht zu sprechen. Nipperdey hat sich, wie nicht überrascht, an der schon zitierten Stelle nachdrücklich für diese Ansicht, die Puchta noch als Herrschaft des Faktischen verworfen hatte, ausgesprochen²³⁸. Sie hat sich jedoch mit gutem Grund nicht durchgesetzt, da sie die Bindung der dritten Gewalt an Gesetz und

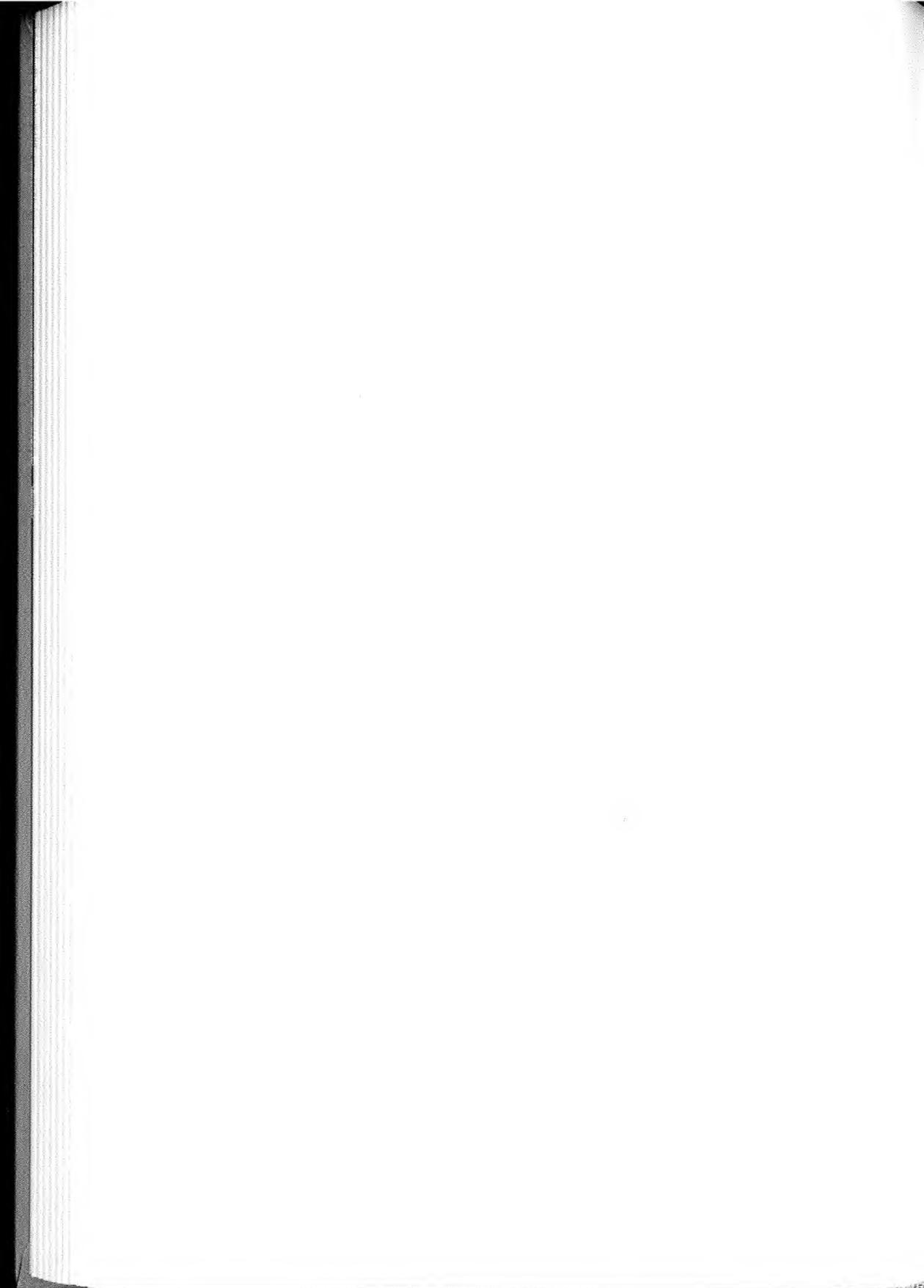
²³⁸ *Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (151959), § 39, 267, Anm. 8: *Die Erkenntnis, daß das Gewohnheitsrecht – jedenfalls in seiner maßgebenden Gestalt – vor allem durch Gerichtsgebrauch und nicht durch ‚Volksgeist‘ entstanden ist und entsteht, hat sich heute wohl allgemein durchgesetzt.* Nipperdeys Ansicht beruht kennzeichnenderweise auf der Annahme, daß die Gerichte *Organe des Rechtsgeltungswillens der Gemeinschaft* sind und damit einer Kraft, die in revolutionären Zeiten nach Nipperdey *Gewohnheitsrecht* auch ohne *langdauernde Übung* durch eine *mit elementarer Wucht* erfolgende *allgemeine tatsächliche Durchsetzung des Rechtswillens* (S. 266 mit Anm. 6) schaffen kann. Hier ist, typisch für die Umdeutung der Volksgeistlehre, die von Puchta abgelehnte (vgl. oben Anm. 220) Herrschaft des Faktischen im Recht ausdrücklich anerkannt.

Recht, d. h. an die positiven Normen und die Rechtswissenschaft, zugunsten eines unsicheren objektiven Freirechts aufhebt und für das gelegentlich auftretende Bedürfnis nach effektiver richterlicher Regelbildung die faktische Bindungswirkung, die kraft der Gerichtsverfassung durch höchstrichterliche Rechtsprechung eintritt, ausreicht²³⁹.

Die Rechtsfortbildung war in den genannten vier Fällen rechtswissenschaftlicher Art gewesen. Ihre nähere Betrachtung wäre interessant, nicht zuletzt deswegen, weil sie zwar den strengen methodischen Vorgaben des klassischen *ius gentium* allesamt nicht genügen, sich aber dennoch in das aus dieser Tradition stammende Privatrechtssystem einordnen lassen. Für eine solche vergleichende Betrachtung, die auch manches Kritische zutage fördern würde, ist aber hier nicht mehr der Ort. Für die Zwecke dieses Beitrags genügt die Vergewisserung, daß die Betreuung der „Gewohnheit des Rechts“ auch im Zeitalter der Kodifikation nach wie vor durch die Rechtswissenschaft erfolgt, und damit insbesondere dem Privatrechtssystem auch gut gedient ist, und zwar umso besser, je deutlicher die Rechtswissenschaft sich der großen verpflichtenden Tradition, in der sie steht und arbeitet, bewußt bleibt.

In ihrer um die Abklärung herrschender Meinungen bemühten Arbeit steht sie heute der skeptischen, auf Herausarbeitung wahrscheinlicher, allseits geprüfter und durch Kritik nicht erschütterter Strukturen und Prinzipien bedachten Tätigkeit der klassischen Juristen näher als dem eigentümlichen rechtlichen Offenbarungsglauben der historischen Schule, durch den die Geltung des geschichtlich wirksam gewordenen römischen Rechts in der Neuzeit erneuert worden ist. Nicht Glauben, sondern prüfendes Bemühen um gesichertes und erfahrungsgesättigtes Wissen ist das Prinzip der heutigen Privatrechtsdogmatik.

²³⁹ Vgl. *Staudinger-Merten* (131998) Art. 2 EGBGB Rz. 38 ff.; *H. J. Pawłowski*, Allgemeiner Teil des BGB. Grundlehren des bürgerlichen Rechts (1998) 5 Rz. 47 ff., 61.



Jürgen Weitzel

Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkommen

I.

Neben der Religion sind Gewohnheit, Brauch, Herkommen und Sitte, *consuetudo, mos* und *usus* nicht nur europaweit, sondern selbst menschheitsgeschichtlich und weltweit gesehen der wohl bedeutendste Geltungsgrund des Rechts. Die Verbindung ist derart eng und elementar, daß bekanntlich in Rechtsethnologie und Rechtsgeschichte breit die Frage diskutiert wird, wie Gewohnheit und Recht voneinander abzugrenzen seien – wenig aber die andere, weshalb eigentlich Gewohnheit und Herkommen Recht hervorbringen und legitimieren. Gewohnheit und Herkommen waren bislang immer im Spiel, wenn es um das Recht ging – noch dürfte es keiner Rechtsordnung gelungen sein, sie als Quelle und Grund des Rechts gänzlich auszuschalten. Ich kann mir auch nicht vorstellen, daß einer der hier Anwesenden einen solchen Zustand als erstrebenswert erachten würde. Man kann also in der Gewohnheit die urwüchsig-profane Begründungsweise des Rechts sehen, die ursprünglich nur mit religiösen Begründungsformen konkurrierte. Alle anderen Begründungen gingen folglich zu deren Lasten, mußten – systematisch gesehen – ihren Anwendungsbereich schmälern.

Im Rahmen des Gesamtthemas sehe ich bezüglich der Gewohnheit drei zu erörternde Problembereiche. Erstens die Frage nach dem Grund des Geltungsgrundes Gewohnheit, zweitens die nach der Unterscheidung von Recht und Gewohnheit und drittens die nach den Abgrenzungen und Verschiebungen zwischen der Gewohnheit und anderen Begründungsweisen des Rechts. Da die ersten beiden Fragen nur knapp angesprochen werden können und müssen, will ich nach den im dritten Teil zu erinnernden Grundzügen der mittelalterlichen Gesamtentwicklung zwei Ausschnitte dieser Entwicklung etwas näher ins Auge fassen.

II.

1.

Die Frage nach den Gründen der rechtsbegründenden Wirkung von Gewohnheit und Herkommen ist jedenfalls keine genuin rechtswissenschaftliche. Schon deshalb findet sich in rechtshistorischen Veröffentlichungen kaum etwas zu diesem Thema. Immerhin hat Gerhard Dilcher 1994 kurz darauf hingewiesen, daß „das Mängelwesen Mensch die fehlende Instinktausstattung durch kulturell erzeugte Verhaltensmuster ersetzen“ müsse. „Die allgemeine Verhaltensforschung (Ethnologie) beginnt hier auch Gemeinsamkeiten zwischen Mensch und Tier zu erkennen: Auch beim Menschen gibt es in diesem Bereich wohl genetisch festgelegte Grundmuster, und auch Tiere lernen und tradieren Verhaltensweisen.“¹ Zum Vorgang der Ausbildung dieser Verhaltensmuster und -weisen selbst ist damit aber noch nichts ausgesagt.

Neben der gerade genannten Ethnologie ordnet man unser Problem beim ersten Nachdenken auch der (Kultur-)Anthropologie und der Psychologie² zu. Es ist aber – jedenfalls in Deutschland und den freilich engen Grenzen meines Überblicks – vornehmlich die Rechtssoziologie Niklas Luhmanns³, die ausführlich und grundsätzlich den Grund der legitimierenden Wirkung von Gewohnheit erörtert. Nach Luhmann geht es um Erwartungen und um die Erwartung von Erwartungen. Auf ihnen beruhen, mehr als auf ausdrücklichen Erklärungen, die gesellschaftliche Kommunikation und Interaktion. Die Normierung von Erwartungen reduziert Komplexität und Kontingenz. Stellt sich so im Sozialsystem Gesellschaft „Erwartungskongruenz“ ein, so soll es sich bei den derart konstituierten Verhaltensregeln bereits um Recht handeln. Luhmann definiert Recht als „Struktur eines sozialen Systems, die auf kongruenter Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen beruht“⁴. Die Grundlagen seiner Lehre ordnet Luhmann übrigens einem „gleichsam vorpsychologischen und vorsoziologischen Untersuchungsfeld zu, in dem gewisse Grundbegriffe und Mechanismen geklärt werden müssen, die sowohl für die Theorie der Persönlichkeit als auch für die Theorie sozialer Systeme von Bedeutung sind“. Es ist „von einem Feld sinnhaften Erlebens und Handelns auszugehen, in dem sich Persönlichkeiten und Sozialsysteme erst konstituieren als je verschieden strukturierte Sinnzusammenhänge desselben Erlebens und Handelns“. So überrascht es nicht, den Rekurs auf die „Erwartungen

¹ *Gerhard Dilcher*, Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, in: *ders.* und andere, *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter* (Berlin 1992) 21–65, 48.

² Vgl. *Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein*, hrsg. von *Ernst-Joachim Lampe* (Frankfurt a.M. 1997).

³ *Niklas Luhmann*, *Rechtssoziologie* (Opladen 31987) 27 ff., 94, 99, 105 ff. Zur Umsetzung vgl. *Stefan Esders*, *Rechtsdenken und Traditionsbewußtsein in der gallischen Kirche zwischen Spätantike und Frühmittelalter. Zur Anwendbarkeit soziologischer Rechtsbegriffe am Beispiel des kirchlichen Asylrechts im 6. Jahrhundert*, in: *Francia* 20/1 (1993) 97–125.

⁴ *Luhmann*, (Anm. 3) 105.

„regelmäßigen“ Verhaltens“ auch bei dem Rechtsethnologen Rüdiger Schott⁵ als normbegründend erwähnt zu finden. Und schließlich steckt auch in Max Webers „Tradition“, dem Glauben an die Unverbrüchlichkeit des „ewig Gestrigen“⁶, die Wertschätzung historisch gewachsener Erwartungssicherheit.

Andererseits legitimieren bei Schott und Weber nicht nur Erwartungskongruenzen das schriftlose Recht. Beide Autoren greifen vielmehr auch auf die die Erwartungen begründenden Faktoren durch, stellen diese nicht nur als historisches Geröll dar, durch das sich die „allmähliche Ausdifferenzierung und funktionale Verselbständigung“⁷ des systemtheoretischen Rechtsbegriffs ihre Bahn bricht. Es treten dann auch ganz konkrete Ereignisse wie Eroberung, Unterjochung oder Erstbesitz von Land, ferner Mentalitäten wie Ahnenverehrung als rechtsbegründend in Erscheinung⁸. Die konkrete Geschichte eines Stammes – oder das, was der Stamm dafür ausgibt – kann das Recht maßgeblich bestimmen. Orale Traditionen dieser Art können so stark sein, daß Schott in Umkehrung eines bekannten Diktums von der Tradition als der „faktischen Kraft des Normativen“, die solche Gesellschaften beherrsche, spricht⁹.

2.

Die Frage nach der Unterscheidung von Recht und Gewohnheit ist die nach dem Rechtsbegriff. Sie gehört zwar zur Gesamtthematik – Herr Willoweit wird selbst zu „Rechtsbegründung und Rechtsbegriff“ vortragen¹⁰ –, doch setzt mein Thema die Scheidung von Recht und nichtrechtlicher Gewohnheit bereits voraus, indem Rechtsgewohnheiten und Gewohnheitsrecht ihren Grund schwerlich in rechtlicher Gewohnheit haben können, sondern mit dieser identisch sind. Damit bin ich erleichtert, dieses nahezu uferlosen Gegenstandes¹¹ enthoben zu sein. Da jedoch der Rechtsbegriff Luhmanns bereits Erwähnung fand, möchte ich noch anmerken, daß dieser meines Erachtens das spezifisch Rechtliche am Recht nicht zu er-

⁵ Rüdiger Schott, Anarchie und Tradition. Über Frühformen des Rechts in schriftlosen Gesellschaften, in: Begründungen des Rechts, hrsg. von Ulrich Nembach (Göttingen 1979) 22–48, 45.

⁶ Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft. Studienausgabe (Tübingen 1976) 581 f.

⁷ Luhmann, (Anm. 3) 105.

⁸ Rüdiger Schott, Das Geschichtsbewußtsein schriftloser Völker, in: Af BegriffsG 12 (1968) 166–208, 185 f.

⁹ Schott, (Anm. 5) 36.

¹⁰ Willoweit thematisierte allerdings in erster Linie die Abgrenzung des Rechts gegenüber dem Un-Recht. Die hier angesprochene Dimension ist das Verhältnis von Recht und Nicht-Recht. Die beiden unterschiedlichen Konnotationen des Rechtsbegriffs müssen offengelegt werden, was Hasso Hofmann in einem Diskussionsbeitrag betonte.

¹¹ In unserem Zusammenhang vgl. Simon Roberts, Ordnung und Konflikt (Stuttgart 1981); Leopold Pospisil, Anthropologie des Rechts (München 1982); Uwe Wesel, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften (Frankfurt a.M. 1985) 52 ff., 334 ff.; Rüdiger Schott, Die Funktionen des Rechts in primitiven Gesellschaften, in: Jb. f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1 (1970) 107–174, 111 ff.; Hannes Wimmer, Theorien zur Entstehung des Staates und des Rechts, in: Entwicklung (Anm. 2) 214–252.

fassen scheint. Die von Luhmann betonte Selektionsleistung im Hinblick auf Verhaltenserwartungen unterscheidet sein Recht z. B. nicht hinreichend von der Sitte, Gewohnheit und Gebräuche nicht hinreichend von der Rechtsgewohnheit. Auch zu Religion und Moral hin wird jedenfalls nicht ausdrücklich abgegrenzt. Es fehlt ein Einbeziehen von Form, Verfahren und Entscheidung in die Definition¹². Das Verfahren erscheint nur als Akzidens¹³. Erarbeitet wird die Struktur des gewohnheitlichen Sollens schlechthin, nicht die des rechtlichen Sollens.

3.

Die Grundlinien der Rechtsbildung aus Gewohnheit im Mittelalter und die diesen Prozeß begleitenden je zeitgenössischen Vorstellungen sind in den Jahrzehnten etwa seit 1960 entscheidend erhellt worden. Ich denke, man kann insoweit wohl zumindest im Problembewußtsein von einem Durchbruch sprechen. Über die Diskussion der Romanisten wurden wir gerade informiert. Von kanonistischer Seite sei an Arbeiten von Jean Gaudemet¹⁴, Winfried Trusen¹⁵ und Udo Wolter¹⁶ erinnert, bei den Germanisten sind vornehmlich Hermann Krause¹⁷, Karl Kroeschell¹⁸, Gerhard Köbler¹⁹ und die Mitarbeiter am Sammelband „Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter“ (1992) zu nennen. Erwähnt werden soll ferner Band LII der *Récueilles de la Société Jean Bodin, La Coutume (Europe occidentale médiévale et moderne)*, erschienen 1990²⁰. Durchgesetzt hat sich vornehmlich die Einsicht, daß zwischen der in gelehrten Kontexten stehenden römisch-kanonischen *consuetudo*-Tradition einerseits und einem mehr oder

¹² Das erscheint mir unabdingbar. Vgl. meinen Versuch in *Dinggenossenschaft und Recht* (Köln 1985) 41–50 unter Rückgriff auf H. U. Kantorowicz, M. Weber und F. Wieacker.

¹³ *Luhmann*, (Anm. 3) 27 f., 101 f.

¹⁴ *Jean Gaudemet*, *La coutume en droit canonique*, in: *Revue de droit canonique* 38 (1988) 224–251 = *La coutume/Custom. Deuxième partie (Recueils de la Société Jean Bodin LXII)*, (Bruxelles 1990) 41–61, wonach hier zitiert wird.

¹⁵ *Winfried Trusen*, *Gutes altes Recht und consuetudo*. Aus den Anfängen der Rechtsquellenlehre im Mittelalter, in: *Festschrift Günter Küchenhoff* (Berlin 1972) 189–204; *ders.*, *Gewohnheitsrecht*, in: *LexMA IV*, 1426 f.

¹⁶ *Udo Wolter*, *Die „consuetudo“ im kanonischen Recht bis zum Ende des 13. Jahrhunderts*, in: *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten* (Anm. 1) 87–116.

¹⁷ *Hermann Krause*, *Aufzeichnung des Rechts*, in: *HRG I*, 256–259; *ders.*, *Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht*, in: *ZRG GA 75* (1958) 206–251; *ders.*, *Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher*, in: *ZRG GA 82* (1965) 1–98.

¹⁸ *Karl Kroeschell*, *Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert*, in: *Probleme des 12. Jahrhunderts (Vorträge und Forschungen 12, 1968)* 309–335; *ders.*, *Der Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte. Das Beispiel des Mittelalters*, in: *ZRG GA 111* (1994) 310–329.

¹⁹ *Gerhard Köbler*, *Das Recht im frühen Mittelalter* (Köln 1971); *ders.*, *Zur Frührezeption der consuetudo in Deutschland*, in: *HJb 89* (1969) 337–371; *ders.*, *Recht, Gesetz und Ordnung im Mittelalter*, in: *Funktion und Form. Quellen- und Methodenprobleme der mittelalterlichen Rechtsgeschichte*, hrsg. von *Karl Kroeschell, Albrecht Cordes* (Berlin 1996) 93–116.

²⁰ (Anm. 14).

weniger unreflektierten, eher ethnologisch zu betrachtenden Verständnis von Rechtsgewohnheiten in der profan-ungelehrten Welt des Mittelalters andererseits zu unterscheiden ist. Nur im Grundelement der Rechtsbildung aus Gewohnheit und Herkommen stimmen sie problemlos überein. Die *consuetudo*-Lehren haben die Einordnung gewohnheitlich gebildeten Rechts in ein theologisches oder juristisches Wert- und Ordnungssystem zum Gegenstand. Vornehmlich geht es dabei um das Verhältnis der *consuetudo* zum göttlichen oder menschlichen Gesetz, also zu Offenbarung, *ratio* und Rechtsbildungsmonopol. Die gegebene oder aber fehlende Schriftform der einschlägigen Normen ist dabei zweitrangig.

Zu den Rechtsgewohnheiten fehlt eine zeitgenössische Theoriebildung. Ihre wesentlichen Merkmale sind die Schriftlosigkeit und damit verbunden Herrschaftsferne und Fehlen eines Systemdenkens im vorbeschriebenen Sinne²¹. Deshalb die breite Diskussion um Existenz, Verbreitung, Bedeutung und Deutung von Schriftrecht im Mittelalter. Denn allein die Existenz schriftlich überlieferter Normtexte schließt bekanntlich nicht aus, daß diese Normen als Rechtsgewohnheiten entstanden waren und auch als solche fortgalten, Stichwort „Aufzeichnung des Rechts“²². Nimmt man überlieferte Normtexte unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgeltung schärfer ins Visier, so läßt sich heute bei etlichen prominenten Texten nicht einmal mehr ihr Rechtsquellencharakter mit Sicherheit bejahen. Karl Kroeschell hat kürzlich im Hinblick auf die fränkischen Stammesrechte ausgeführt: „Die Rechtsaufzeichnungen des Mittelalters ... müssen vor dem Hintergrund eines Rechtslebens gesehen werden, das sich im Medium der Mündlichkeit vollzog. Welche praktische Bedeutung sie unter diesen Umständen hatten, ist daher oft zweifelhaft. Insbesondere fragt man sich, ob ihnen normative Geltung zukam, ob man sie also wirklich als Rechtsquellen bezeichnen sollte.“ Zu den Kapitularien merkt er an, „eine normative ‚Geltung‘ über den konkreten Anlaß hinaus ist nicht nachweisbar“²³. Nun, das geht alles etwas zu weit, ist – im Rahmen eines Lexikonartikels verständlich – zu wenig differenziert. Doch weist es nachdrücklich auf die Möglichkeit hin, daß vorliegende Rechtstexte schon deshalb den Lauf der Rechtsgewohnheiten nicht beeinflussten, weil alle Voraussetzungen fehlten, unter denen die niedergeschriebenen Regeln einen Anspruch auf Beachtung hätten erheben können. Man wird jedenfalls fragen müssen, ob der Begriff der „Rechtsgeltung“ im früheren, dem sogenannten Ersten Mittelalter für Zugriffe auf das profane Recht – insbesondere nördlich der Alpen – überhaupt sinnvoll ist²⁴, ob sich „Geltung“ nicht schlicht in einem schemenhaften Geltungsanspruch des

²¹ Vgl. Dilcher, (Anm. 1); Jürgen Weitzel, Deutsches Recht, in: LexMA III, 777–781.

²² Krause, (Anm. 17).

²³ Karl Kroeschell, Recht (allg. Darstellung, westl. Bereich), in: LexMA VII, 510–513, 511.

²⁴ In der Diskussion wies Hasso Hofmann darauf hin, daß Rechtsgeltung nach heutigem Verständnis nicht vorliegen könne, da es durchgehend an den dieses konstituierenden Merkmalen fehle. Dies akzeptiert, bleibt es rechtshistorisch notwendig, die „Rechtsgeltung des Mittelalters“ in einer Relation zum heutigen Geltungsbegriff zu beschreiben – wie sonst sollten wir die Sache verstehen können? Auf die vergleichbare Problematik der an „Staat“, „Gesetz“ und „Stadt“ orientierten Sprechweise sei hingewiesen.

Herrschers und der Herren verlor, dem im Bewußtsein der Normadressaten wenig oder nichts korrespondierte. Erst kürzlich hat wieder Paul Fouracre darauf hingewiesen, wie wenig realitätsnah die dem Rechtswesen geltende Reformrhetorik Karls des Großen und Ludwigs des Frommen in der Tat gewesen ist²⁵. Selbst für das Kirchenrecht hat Peter Landau unlängst ausgeführt, lasse sich auf die Frage nach der Geltung der Kanones vor dem 12. Jahrhundert jedenfalls „eine Antwort im Sinne des heutigen Verständnisses von Rechtsgeltung ... nicht geben“²⁶. Selbst für die Kirche verschwimmen damit die Grenzen zwischen autoritativ gemeintem Recht und Gewohnheitsrecht, das ohnehin die kirchliche Rechtsordnung bis in das 13. Jahrhundert hinein prägte.

III.

Den Überblick zur Entwicklung des Verhältnisses von gewohnheitlichem Recht und Gesetz im Mittelalter beginnt man am besten mit dem Kirchenrecht, denn die Kirche hat ihr Recht nach dem Vorbild des römischen Rechts verstanden. Zu letzterem sei nur angemerkt, daß darin der *consuetudo* „im Verhältnis zum Gesetzesrecht vor allem eine Ergänzungs- und Hilfsfunktion zugewiesen“ worden war²⁷. Sie sollte zur Anwendung kommen *si qua in re hoc deficeret*. Sie sollte ferner dem Gesetz eine verbindliche Auslegung geben können. Das Kirchenrecht hat dies dann in den Satz *quae optima est legum interpres* gefaßt. Gewohnheiten wurden in der Kirche als *consuetudines*, *mores* und auch *traditiones* bezeichnet. Dabei wurde offenbar „von vornherein auf die Gewohnheit (auch) im rechtlichen Sinn“ abgestellt²⁸. In der Kirche mußten Gewohnheiten wie Schriftrecht der göttlichen Offenbarung und der *lex aeterna* genügen. Maßstab ist die Tradition, die ihren Ausdruck schon bei Tertullian um 200 – unter Hintansetzung der Dichotomie von *ius scriptum* und *non scriptum* – in *veritas* und *ratio* findet. Gegen den Vorrang der Übung wird schon hier eingewandt: *Sed Dominus noster Christus veritatem se, non consuetudinem cognominavit*. Ergänzende Funktion hat die *consuetudo* auch bei Augustinus, der zudem stärker zwischen allgemeinen und lokalen Gewohnheiten unterscheidet. Wichtig wurde dann Isidor von Sevilla, der dem Mittelalter das antike römische Erbe vermittelte. Er erfaßte die Begriffe *ius*, *lex*, *mos* und *consuetudo* in ihrem Zusammenhang. *Ius* ist *generale nomen*, und *omne ius legibus et moribus constat*. Die *lex* ist *constitutio scripta*, der *mos vero est vetustata probata consuetudo, sive lex non scripta*. Wir haben es mit einem auf die *lex*, das schriftliche

²⁵ Paul Fouracre, *Carolingian Justice: the Rhetoric of Improvement and Contexts of Abuse*, in: *La giustizia nell'alto medioevo* (Settimane di studio del centro italiano di studi sull'alto medioevo XLII) (Spoleto 1995) 771–803.

²⁶ Peter Landau, *Die Durchsetzung neuen Rechts im Zeitalter des klassischen kanonischen Rechts*, in: *Institutionen und Geschichte*, hrsg. von Gert Melville (Köln 1992) 137–155.

²⁷ Wolter, (Anm. 16) 93.

²⁸ Wolter, (Anm. 16) 96.

Gesetzesrecht ausgerichteten System zu tun. Sowohl *lex scripta* als auch *lex non scripta* rechtfertigen sich allein und gleichwertig durch die *ratio*. Rational ist, was der göttlichen Offenbarung entspricht, der Kirchenordnung folgt und das Seelenheil fördert.

Nach den Kirchenvätern folgten die *cinq siècles de la silence* (VIe – Xe siècles)²⁹ während deren die für die Kirchenväter grundlegende Regel, daß die Gewohnheit der entgegenstehenden „Wahrheit“ zu weichen habe, nicht in Vergessenheit geriet. Welche Bedeutung allerdings dieser theologischen Rationabilität im ersten Jahrtausend der christlichen Kirche tatsächlich zukam, welchen Inhalt sie aufs Ganze gesehen und in je konkreten Problembereichen hatte, das läßt sich heute jedenfalls noch nicht sagen³⁰.

Gratian knüpfte bekanntlich bei Isidor von Sevilla an³¹, ersetzte jedoch dessen Oberbegriff *ius* durch *consuetudo*. Die *consuetudo redacta in scriptis* von der *consuetudo moribus utentium reservata* scheidend, gelangte er entsprechend den Verhältnissen seiner Zeit zu einer insgesamt auf die *consuetudo* ausgerichteten Rechtslehre. Das Gesetz als *constitutio populi* blieb ohne systembildende Kraft der verschriftlichten Gewohnheit eingeordnet. *Ratio* und *veritas* sind auch bei ihm Maßstab und Geltungsgrund der *consuetudo*. Aus diesen Bausteinen entwickelten Kirchenrechtswissenschaft und päpstliche Gesetzgebung im 12. und 13. Jahrhundert die klassische Theorie des Gewohnheitsrechts. Ihre Aufgabe bestand vornehmlich darin, den freien Wuchs der Gewohnheiten, auf die man nicht generell verzichten konnte, in die vom Papsttum seit Gregor VII. erstrebte allumfassende Gesetzgebungsmacht einzufassen. Die Strukturen dieser Lehre sind die folgenden³². Entgegen Gratian setzen die neuen Überlegungen wieder beim Gesetz an, sogenannte Legalisierungstendenz. Anerkannt wird die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts, zu der sich zuletzt noch Gratian widersprüchlich geäußert hatte. Über die Konstruktion einer Zustimmung des Papstes als des kirchlichen Gesetzgebers erfolgte die Einordnung des Gewohnheitsrechts als gesetzesgleich in dessen allumfassende Gesetzgebungsbefugnis. Indem die Kanonisten einerseits einen *tacitus consensus* als zur Rechtsbildung – auch *contra legem* – ausreichend erachteten und die Lehre von der allumfassenden Rechtskenntnis des Papstes entwickelten, andererseits weitere Kriterien für die Anerkennung einer Gewohnheit als Recht aufstellten, gewannen sie ein Instrument zur differenzierten Steuerung des Gewohnheitsrechts. Die Grundkonstruktion erfolgte offenbar in Anlehnung an Überlegungen zum römischen Recht. Unter den Einzelkriterien behauptete die *ratio* den ersten Platz, wurde jedoch stärker rechtsbildungstechnisch interpretiert: *ius naturale* und *ratio* konnten jetzt auseinandertreten. Hieraus entwickelte der Liber Extra (1234) den Begriff des *ius positivum* als Gegenbegriff zur *consuetudo*. Zum anderen erwuchs aus dem Dekretalenrecht das

²⁹ Gaudemet, (Anm. 14) 48.

³⁰ Wolter, (Anm. 16) 106.

³¹ Wolter, (Anm. 16) 101.

³² Vgl. Wolter, (Anm. 16) 104ff. zum Nachfolgenden.

Erfordernis der *legitima praescriptio*. Nach einigen Schwankungen setzte sich die 40-Jahres-Frist durch. Der Liber Sextus (1298) stellte schließlich fest, daß ein generelles Gesetz partikulares Gewohnheitsrecht dann aufhebe, wenn es dieses ausdrücklich seiner Regelung unterwerfe. Das Fortbestehen der lokalen Gewohnheiten wird im Verhältnis zum Papst als ein lediglich tatsächlicher Vorgang gedeutet, der die Gesetzgebungsposition gar nicht tangiere. In der Folge der Theoriebildung sind ferner eine Abklärung der Begrifflichkeit und die neuerliche Auseinandersetzung mit der fehlenden Schriftform der *consuetudo* zu verzeichnen. Rechtswort im Sinne einer Rechtsquellenlehre wird *consuetudo*. *Mos* und *usus* bezeichnen hinfort die nichtrechtliche Übung und *traditio* wird auf den theologischen Überlieferungszusammenhang eingeschränkt. Die fehlende Schriftlichkeit, der der *tacitus consensus* als Entstehungsbedingung entsprach, stand zwar dem Rechtscharakter der *consuetudo* nicht entgegen, doch mußte man – insbesondere der Richter – sie nicht kennen, vielmehr konnte und mußte sie bei Zweifeln an ihrem Bestand bewiesen werden – und zwar wie ein Faktum. Aufgezeichnetes Gewohnheitsrecht wurde nicht als *ius scriptum* anerkannt, andererseits sollte es doch *ius expressum, non tacitum* sein. Also gewann das schriftlich fixierte Gewohnheitsrecht eine eigenartige Zwischenstellung: weder *ius scriptum* im Sinne von Gesetzesrecht noch Gewohnheitsrecht, da durch die Aufzeichnung nicht mehr im *tacitus consensus* gründend. Gegen Ende des 13. Jahrhundert war dann mit dem *animus inducendi consuetudinem* und der Rechtsüberzeugung auch die subjektive Seite des Gewohnheitsrechts hinreichend präzisiert. Die aufgezeigten Grundzüge haben ihre Bedeutung bis zur Gegenwart bewahrt.

Was nun das weltlich-ungelehrte Gewohnheitsrecht angeht, stellen sich zwei Fragen: die nach seiner Beeinflussung durch die kirchliche und im Spätmittelalter auch durch die römischrechtliche Doktrin der *consuetudo* und die nach den Eigenstrukturen des profan-schriftlosen Rechts, wie sie sich aus grundsätzlichen Überlegungen ethnologischer und normtheoretischer Natur sowie aus dem je zeitgenössischen Rechtsverständnis der Laien, aus der Gerichtsverfassung, dem gerichtlichen Verfahren und anderem mehr herleiten lassen.

Die erste Frage ist in ihren Grundzügen vornehmlich durch Arbeiten von Gerhard Köbler und Winfried Trusen geklärt – jedenfalls für das deutsche Sprachgebiet³³. Die Wortuntersuchungen Köblers schließen eine nachhaltige Beeinflussung des fränkisch-deutschen Denkens über einheimische Rechtsgewohnheiten durch das vorgratianische Kriterium der theologischen Rationabilität wie auch durch eine kirchlich vermittelte Vorstellung von wesensnotwendigen oder konstitutiven Altersanforderungen an das Recht aus. Daß das Recht „gut“ zu sein habe, ist jedenfalls dann nichts Besonderes, wenn man unter „gut“, was naheliegt, „gerecht, richtig“ versteht. Erst seit dem 12. Jahrhundert – und das heißt im Zuge von Kirchenreform und Frührezeption der gelehrten Rechte – dringen diese Anforderungen in die Rechtsvorstellung der Deutschen ein. Dazu gibt es etliche ältere und neuere Untersuchungen, z. B. die von Rudolf Hagemann zum Basler Rechtsleben

³³ Vgl. oben (Anm. 15, 19).

im Spätmittelalter³⁴. Dieser Einschätzung widerspricht nicht, daß auch das profane Recht seit der fränkischen Zeit religiös gebunden ist, was Trusen betonte, zu Gott und zur christlichen Religion hin „offen“ war, wie dies vornehmlich Hermann Krause dargestellt und formuliert hat. Selbstverständlich waren die Auffassungen der Kirchenväter den Klerikern auch nördlich der Alpen bekannt, und dieses einschlägig formulierte Wissen hat gelegentlich sogar Laien erreicht – Trusen weist darauf hin, „De civitate Dei“ sei das Lieblingsbuch Karls des Großen gewesen – oder es findet sich in – oft klerikal beeinflussten – weltlichen Normtexten wie im Prolog zur „Lex Baiuvariorum“. Dort steht der Satz: „Longa enim consuetudo pro lege habetur“. Was besagt das aber für das aktuelle weltliche Rechtsleben? Was besagt es, wenn diese Lex möglicherweise nicht einmal Rechtsquelle war?

Zu den Eigenstrukturen der profan-ungelehrten Rechtsgewohnheiten liegen unterschiedliche Entwürfe vor, die sich innerhalb einer gewissen Bandbreite halten. Zunächst jedoch der Hinweis, daß sich der Prozeß der Umbildung und schließlich Überwindung dieser Strukturen durch das gesamte Spätmittelalter und bis weit in die frühe Neuzeit hineinzieht. Das 13. Jahrhundert bezeichnet den Beginn einer dann konstanten Entwicklung, im Zuge der Reichsreform gewinnt das Neue die Oberhand. Es gibt also hinreichend Erkenntnismöglichkeiten für den hier angesprochenen Strukturwandel des Rechts auch in gar nicht so fernen Jahrhunderten.

Überlegungen zum Charakter des schriftlosen mittelalterlichen Profanrechts nördlich der Alpen haben vornehmlich Karl Kroeschell, Gerhard Dilcher und ich vorgetragen, während Gerhard Köbler in erster Linie die von Fritz Kern postulierten Rechtswerte zu demontieren suchte³⁵. Diese Arbeiten und Vorstellungen sind angesichts der lebhaft geführten Debatte um den „Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte“ bekannt. Ich kann hier jedenfalls nur die grundsätzlich gegebenen Gemeinsamkeiten und einige Divergenzen – so wie ich sie derzeit sehe – resümierend vortragen.

Einigkeit besteht hinsichtlich der Unbrauchbarkeit der *consuetudo*-Lehren und des mit ihnen verbundenen Denkens in einer mehr oder weniger geschlossenen „Rechtsordnung“, in einem „Rechtssystem“. Dem vornehmlich trägt die Sprachkonvention „Rechtsgewohnheit(en)“ Rechnung, die sich zudem besser *coutume(s)* und *custom(s)* angleicht, Begriffe, die das kaum von Deutschen geprägte rechtsethnologische Schrifttum beherrschen. Rechtsgewohnheiten liegen in unterschiedlicher Regelungsdichte vor. Einigkeit besteht darin, daß es die fehlende Schriftform, also die Mündlichkeit dieser Rechtsgewohnheiten ist, die sie grundlegend vom Recht einer Schriftkultur unterscheidet. Erst als man die Selbstver-

³⁴ Hans Rudolf Hagemann, *Basler Rechtsleben im Mittelalter I* (Basel 1981); aus älterer Zeit Siegfried Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht* (Breslau 1899).

³⁵ Vgl. ferner Joachim Rückert, *Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte im Wandel der Forschung*, in: ZRG GA 111 (1994) 275–309. Seitens der Historiker sind als Mitdiskutanten Hanna Vollrath, Gerd Althoff und Otto Gerhard Oexle zu nennen.

ständigkeit des Denkens in schriftzentrierten Kategorien hinterfragte, wurde man der Tiefe und Grundsätzlichkeit der Fragestellung ansichtig. Konsens dürfte aber auch dahingehend gegeben sein, daß die Konsequenzen gerade dieses Befundes schwer zu erfassen sind. Jedenfalls wird sich dieses urtümliche „Rechtsbewußtsein kaum seiner Eigenart sprachlich vergewissert haben“. Es wird sich „der Gewohnheitsbegriff nur dort ausbilden, wo es auch andere Steuerungsphänomene gibt. Eine Ordnung, die wesentlich auf eingeübten Abläufen beruht, wird eine Begriffsbildung im Sinne einer Bewußtseinsklärung gar nicht hervorbringen können.“³⁶ Schon Otto von Gierke schrieb 1895: „Erst reflektierende Juristen späterer Zeitalter, in denen die Vorstellung mächtig wurde, daß eigentliche und primäre Rechtsquelle das Gesetz sei, fragten nach dem Grunde der bindenden Kraft von Gewohnheiten.“³⁷

In diesen Zusammenhang gehört auch der Befund, daß sich das Rechtsdenken des „ersten Mittelalters“ eher an subjektiven Rechten und am Verfahren als am objektiven und materiellen Recht orientierte. Übereinstimmende Folgerungen werden daraus jedoch nicht gezogen.

Es bleibt ein Hinweis auf den Vorrang des gesprochenen Wortes vor dem Schrifttext, auf den Vorrang des Rechtswissens der „Weisen“ vor der Subsumtion und Auslegungstechnik. Rechtsgewohnheit als „das Leben selbst“ (Savigny) begründet „methodisch keine Vermutung für ein hohes Alter ... Sie bleibt gleich oder ändert sich unbewußt mit den gesamten – sozialen, ökonomischen, politischen, mentalen – Verhältnissen“³⁸. De facto werden viele Rechtsgewohnheiten „alt“ sein, denn trotz des sozialen Wandels, dessen die Mediävisten zunehmend ansichtig werden, waren doch viele Lebensbereiche von Konstanz geprägt. Auch in der Anschauung entspricht die Einschätzung als „alt“ den Werten und der Mentalität einer traditionellen Gesellschaft. Doch ist das heute nicht mehr Forschungsschwerpunkt – wir sind – hoffentlich – über Kern hinausgekommen.

Nun zu einigen Divergenzen. Zunächst in der Methode. Hier werden die Akzente unterschiedlich gesetzt. Teils steht der sprachgeschichtliche Ansatz im Vordergrund, teils werden der Ethnologie entstammende Deutungsmuster bevorzugt, teils wird primär auf die Grundzüge von Gerichtsverfassung und Verfahren abgehoben. Alles verspricht diskussionswürdigen Erkenntnisgewinn.

Die stärksten Divergenzen, aber auch die objektiv größten Probleme der Beschreibung und Verständigung liegen m.E. im Bereich der Normtheorie, vielleicht kann man auch sagen des „Rechtsbegriffs“. Die Qualitäten des schriftlosen Rechts positiv zu beschreiben, ist ein schwieriges Unterfangen. Ein Beispiel aus „der Debatte um die Existenz objektiven Rechts im Frühmittelalter“. Karl Kroeschell und Albrecht Cordes berichten im Vorwort des von ihnen 1996 herausgegebenen Sammelbandes „Funktion und Form. Quellen- und Methodenprobleme der mittelalterlichen Rechtsgeschichte“ von einem Vortrag Yoichi Nishikawas, der, da

³⁶ *Claudieter Schott*, Der Stand der Leges-Forschung, in: FMS 13 (1979) 29–55, 54.

³⁷ *Otto v. Gierke*, Deutsches Privatrecht I (Leipzig 1895) 162.

³⁸ *Dilcher*, (Anm. 1) 60.

vom Vortragenden für „noch nicht publikationsreif“ erachtet, nicht habe aufgenommen werden können. Gleichwohl wird mitgeteilt, Nishikawa habe „die Hypothese entwickelt, daß sich für die Merowingerzeit das ‚Recht als Vorschlag‘ auffassen lasse: Es habe Verbindlichkeit nur für denjenigen entfaltet, der sich diesem Vorschlag anschloß und freiwillig unterwarf“. Es wird dies von den Herausgebern als ein „origineller Ansatz ... der bei hoher Suggestionskraft neue Impulse geben könnte“, bezeichnet³⁹. Einmal völlig von einer Bewertung dieser Hypothese abgesehen: Wie ließe sich so etwas normtheoretisch einpassen?

Ich bin der Auffassung, daß es im frühen Mittelalter sehr wohl auch außerhalb der Zwänge eines einmal akzeptierten Gerichtsverfahrens Streitprogramme und Unrechtskomplexe germanischer Herkunft gab, die man als objektives und materielles Recht zu verstehen hat. Diese Vorstellungen sind allerdings weitgehend subjektiv und verfahrensrechtlich eingekleidet. In diesem Sinne verstehe ich auch Gerhard Köbler⁴⁰ und zumindest in Teilen auch Gerhard Dilcher⁴¹. Kroeschell hat seine Vorstellung vom völligen Aufgehen des objektiven Rechts im Verfahren mit der Begriffsbildung „nicht normatives Recht“ versehen – „zugespitzt gesagt“⁴². Diese Diktion ist weithin als verwirrend empfunden worden. Stellt man darauf ab, Kroeschell meine schlicht „normfreies Regelverhalten“ und „wertfreie Sitte“⁴³, also Faktisches oder allein dem Brauch zuzurechnendes, doch über konstante Vertragspraxis rechtlich relevantes Regelverhalten, dann nähert sich diese Betrachtungsweise offenbar der Formel von „Ordnung und Konflikt“, die Gerhard Dilcher bevorzugt, und auch meine Formulierung, daß die Rechtsgewohnheit sich entweder in konsentierter Übung oder aber im Zwangskonsens des dinggenossenschaftlichen Verfahrens (neu) konstituiere, kann ich in diesem Sinne verstehen. Legt man jedoch Pospisil, Wesel und Luhmann zugrunde, so sind alle diese Regeln „Recht“.

³⁹ Hinsichtlich der in den Leges aufgeführten Bußsummen (-beträge) ist allerdings die Vorstellung, daß diese nur „Verhandlungsgrundlage“ zwischen den Parteien, also eine Art „Vorschlag“ des „Gesetzgebers“ seien, nicht neu. Vgl. etwa *Hermann Neblsen*, Buße (Deutsches Recht), in: *LexMA II*, 1144–1149, 1146. Das Recht der Zeit erschöpft sich jedoch nicht in jenen möglicherweise zur Disposition stehenden Tarifen.

⁴⁰ *Köbler*, Recht im frühen Mittelalter (Anm. 19).

⁴¹ *Dilcher*, (Anm. 1) 40, 55.

⁴² *Karl Kroeschell*, Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters, in: *Gegenstand und Begriffe der Verfassungsgeschichtsschreibung* (Berlin 1983) 47–77, 74 ff., 76. Er meinte damit in erster Linie den Mangel eines geschlossenen Regelsystems. Aber das hat Konsequenzen hinsichtlich der „Rechtsgeltung“.

⁴³ Von ihnen spricht *Hanna Vollrath*, Das Mittelalter in der Typik oraler Gesellschaften, in: *HZ* 233 (1985) 571–594, 583.

IV.

Mein vierter Teil will nur kurz eine Situation in Erinnerung rufen, von der man erwarten sollte, daß Tradition (*consuetudo*) und Wahrheit (*veritas*) in einem besonders ausgeprägten Antagonismus zueinander standen: der Investiturstreit und in dessen Rahmen vornehmlich die oft erörterte Rolle der vorgenannten Topoi im Denken Gregors VII. Man hat immer wieder Ambivalenzen in der Haltung dieses Papstes konstatiert. Horst Fuhrmann formulierte: „So erhielt die Bindung an die Tradition zugleich einen ahistorischen Zug“⁴⁴, und Hans-Werner Goetz fügte hinzu: „Er berief sich, wenngleich zu Unrecht, auf die Geschichte, um diese Neuerungen traditionell erscheinen zu lassen. Die Ambivalenz lag darin, daß hier ein konservatives Weltbild mit progressiven Durchsetzungsbestrebungen zusammenstieß. Die Anschauungen selbst waren traditionell: Daß die Wahrheit sich in der geoffenbarten Tradition und damit auch in der Geschichte spiegelte, das konnte und wollte auch Gregor VII. nicht leugnen.“⁴⁵ Ein klarer Antagonismus zwischen Wahrheit und Tradition ist also selbst hier nicht auszumachen. Es kam darauf an, was man wollte, welche Ziele und wessen Nutzen man verfolgte. So stand denn bekanntlich hinter der Qualifizierung rechtlicher *consuetudines* und *coutumes* als *mala* oder aber *bona* die Durchsetzung kirchlicher Interessen, weltlichen Herrschaftskalküls oder aber des gelehrten Rechts⁴⁶.

V.

Im fünften und letzten Teil möchte ich auf Probleme der Abgrenzung der *consuetudo* von anderen Teilbereichen und Klassifikationen des Rechts hinweisen. Es gibt hier eine erste Problemzone im frühen Mittelalter. Zwischen Kroeschell⁴⁷ und Köbler⁴⁸ bestehen Divergenzen über den Bedeutungsgehalt und die systematische Einordnung von *consuetudo* in dieser Zeit. Köbler sieht *ius*, *lex*, *mos* und *consuetudo* bereits in der Spätantike aufs engste miteinander verflochten, wobei *consuetudo* im Frühmittelalter eine ausgeprägte Nähe zu *mos* aufweise. Kroeschell hingegen sieht *lex* (diese als „Verfahrensrecht“ der Leges) und *mos* als verwandt,

⁴⁴ Hans Fuhrmann, Das Reformpapsttum und die Rechtswissenschaft, in: Investiturstreit und Reichsverfassung, hrsg. von Josef Fleckenstein (Sigmaringen 1973) 175–203, 191.

⁴⁵ Hans-Werner Goetz, Tradition und Geschichte im Denken Gregors VII., in: Historiographia mediaevalis. Festschrift für F.-J. Schmale (Darmstadt 1988) 138–148; vgl. auch Hans-Henning Kortüm, Necessitas temporis: Zur historischen Bedingtheit des Rechtes im früheren Mittelalter, in: ZRG RA 110 (1993) 34–55, 44 ff.

⁴⁶ Ludwig Buisson, Ludwig IX., der Heilige, und das Recht (Freiburg i. Brsg. 1954) 30.

⁴⁷ Kroeschell, Recht und Rechtsbegriff (Anm. 18) 314–318, 320 ff., 325; ders., „Rechtsfindung“. Die mittelalterlichen Grundlagen einer modernen Vorstellung, in: Festschrift für Hermann Heimpel III (Göttingen 1972) 498–517, 510.

⁴⁸ Köbler, Recht (Anm. 19) 208 ff, 226 f.; zusammenfassend: Johannes Liebrecht, Das gute alte Recht in der rechtshistorischen Kritik, in: Funktion und Form (Anm. 19) 185–204, 198 f.

lex und *consuetudo* hingegen nachdrücklich als Gegensatzpaar, als „zweierlei“. Hinter der Divergenz steht in erster Linie die unterschiedliche Einschätzung von *ēwa*, die Kroeschell über *lex* allein verfahrensmäßig deutet, während Köbler eine eindeutige Trennungslinie zwischen Ausdrücken für objektives und subjektives Recht ebenso in Frage stellt wie die Möglichkeit, das mittelalterliche Recht als bloß verfahrensmäßig zu beschreiben. Auch habe *ius* seine objektive Bedeutung nie gänzlich verloren.

Im 12. Jahrhundert sieht Kroeschell dann eine neue rechtliche Vorstellungswelt entstehen, in der deutsche Quellen *ius* und *consuetudo* als ein neues Begriffspaar im Sinne einer weitgehenden Identität zusammenfassen⁴⁹. Es handelt sich um Wendungen wie *iura et consuetudines terrae* oder *consuetudinarium ius civitatis*. Kroeschell fragt nach den „rechtsbildenden Kräften“, denen dieses neue Recht seine Entstehung verdanke. Er kommt zu dem Ergebnis, es sei „die rechtsgeschäftliche Verwillkürung im Ebelschen Sinne, die Satzung, die den Inhalt des Gewohnheitsrechts, der *iura et consuetudines*“ ausmache. Ferner nennt er noch das königliche Privileg als Grundlage. Als Beispiel für derart gewillkürtes Recht wird z. B. das *sunderleke dorprechte* in Ssp LdR III 79 § 2 genannt. Im Lehrbuch⁵⁰ führt Kroeschell aus, es handle sich bei den neuen *consuetudines* um die „der neuen Schichten und Gruppen, deren sozialer Aufstieg sich in jener Zeit vollendet: der Ministerialen, der freien Bauern und der städtischen Bürger“. Sehr zweifelhaft ist an dieser Deutung jedenfalls die Gleichsetzung der neuen *consuetudines* mit gewillkürtem Recht. Zunächst einmal fehlen in den geschilderten Wortverbindungen weitere auf gewillkürtes Recht hindeutende Begriffe: Neben *consuetudo* waren *voluntas*, *statuta*, *arbitrium*, *pacta* und *constitutio* in Gebrauch. Es ist schon deshalb wenig wahrscheinlich, daß sich gerade das Willkürrecht, also der Typus des kraft Eides vereinbarten Rechts, hinter jenen *consuetudines* verbirgt. Willküren konnten zu Recht werden; konnten es aber bereits die städtischen und kaufmännischen Willküren des 12. Jahrhunderts, die doch nur einen geringen Teil des frühen Stadtrechts ausmachten? Entsprechend wäre für ein dörfliches Willkürrecht zu fragen. Und: Inwieweit beruhten die Dienstrechte der Ministerialen überhaupt auf Verwillkürung? Die freibäuerlichen Rechtsgewohnheiten der Siedlungsperiode taten es jedenfalls nicht. Bei ihnen handelt es sich um von den Siedlern mitgebrachte, von ihnen gewählte oder ihnen verliehene Rechte, die nicht mit dem allgemeinen Landrecht übereinstimmten, insofern also „besonderes Dorfrecht“ im Sinne des Sachsenspiegels waren, doch eben besonderes Recht – und nicht Willkür. Über allen Einzelbeobachtungen steht aber auch hier die Betrachtung des Verhältnisses von „Partikularität und Universalität“⁵¹: Warum sollte ein Rechtstypus, der der Vergesellschaftung von Gruppen eigen ist, warum also

⁴⁹ Kroeschell, *Recht und Rechtsbegriff* (Anm. 18) 331 f.

⁵⁰ Karl Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte I* (Reinbek 1972) 155, 183, 210–217, 285 f.

⁵¹ Zu dieser Begrifflichkeit vgl. Otto Gerhard Oexle, *Friede durch Verschwörung*, in: Träger und Instrumentarien des Friedens, hrsg. von Johannes Fried (Sigmaringen 1976) 115–150, 144 ff.; ders., *Die Kultur der Rebellion*, in: *Ordnung und Aufruhr im Mittelalter*, hrsg. von Marie Theres Fögen (Frankfurt a.M. 1995) 119–137, 132.

sollten solche gruppengebundenen Sonderrechte die Entwicklung des gesamtgesellschaftlichen Rechtsverständnisses bestimmen? Zumal Willkür und Recht grundsätzlich schon aus politisch-sozialen Gründen in einem Spannungsverhältnis zueinander standen, von dem die Wortverbindungen des 12. Jahrhunderts nichts spüren lassen. Diese *consuetudines* waren also doch wohl Recht. Das Phänomen, daß um 1100 – also schon vor Gratian und vor der Welle der Aufzeichnungen des Stadt- und Landrechts – in deutschen Quellen die Wendung *iura et consuetudines* erscheint, verweist uns auf die grundsätzliche Frage, welche Bedeutung(en) die *consuetudo* als Rechtsbegriff in einem Gebiet schriftlosen Rechts neben diesem Recht überhaupt gewinnen konnte. Als Gegensatz zum Schriftrecht konnte sie sich hier ja nicht darstellen. Haben wir es bei Wendungen wie *iura et consuetudines*, nach *recht und harkommen* lediglich mit Pleonasmen zu tun? Oder handelt es sich um unterschiedliche Schichten schriftlosen Rechts? Wenn ja, worin unterschieden sie sich, und warum wurden die Zeitgenossen um 1100 dieser Unterscheidung ansichtig? Einwirkungen des vorgratianischen Kirchenrechts will Kroeschell nicht gelten lassen. Es handele sich um „eine Wandlung des deutschen Rechtsdenkens selbst“, um eine solche des „Rechtsgefüges und seines Verständnisses ... , die dem Eindringen der romanistischen und kanonistischen Denkweise eigentlich erst den Boden bereitet hat“⁵². Möglicherweise liegt dieser Einschätzung jedoch gerade die hier kritisierte Willkür-Deutung zugrunde.

Es bleibt die Deutung der *consuetudines* als neues Recht. Der seit längerem anhaltende Aufstieg der Ministerialität, die neuen Erscheinungen der Stadtkommune und der ländlichen Siedlungen wirkten zwar nicht über die Rechtsform der Willkür auf das Rechtsverständnis ein, wohl aber brachten sie neues – und sei es auch nur ortsfremdes – Recht herauf: Es entstanden also neue Rechtsgewohnheiten durch Übung, Verleihung, Gerichtsgebrauch⁵³. Sie gegenüber dem überkommenen Recht als *consuetudo* zu bezeichnen, entspricht der ergänzenden Rolle, die der gewohnheitlichen Rechtsbildung ansonsten gegenüber dem schriftlichen Gesetzesrecht zukam. Damit soll selbstverständlich nicht gesagt sein, daß *consuetudo* im hoch- und spätmittelalterlichen deutschen Sprachraum stets diese Bedeutung hatte. Der Hauptgedanke ist vielmehr der, daß je nach örtlicher bzw. regionaler Rechtsquellsituation mit unterschiedlichen Bedeutungen von *consuetudo* zu rechnen ist, und daß selbst innerhalb ein und desselben Rechtskreises *consuetudo* und die ihr entsprechenden deutschen Begriffe Gewohnheit, Herkommen, Brauch zum Recht in unterschiedliche Beziehungen gesetzt werden konnten.

⁵² Kroeschell, *Recht und Rechtsbegriff* (Anm. 18) 335; *ders.*, *Deutsche Rechtsgeschichte* (Anm. 50) 183.

⁵³ Möglicherweise beruht ein Teil der Verständigungsschwierigkeiten darauf, daß Kroeschell dazu neigt, „Rechtsgewohnheiten“ eng zu verstehen, nämlich im spezifischen Sinne des festen Brauchs „vertraglicher Regelung, der gleichwohl nur für den Einzelfall Recht schafft“, vgl. Kroeschell, *Recht* (Anm. 23) 512, aber auch Weitzel, (Anm. 21) 778 und *ders.*, *Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100)*, in: *Entwicklung* (Anm. 2) 371–402, 380.

Die für Basel, den lübischen und den sächsisch-magdeburgischen Rechtskreis vorliegenden regionalen Untersuchungen⁵⁴ des Sprachgebrauchs vom 14. bis zum 16. Jahrhundert deckten folgende Grundzüge auf: In der hoch- und spätmittelalterlichen lübischen Rechtssprache waren *consuetudo* und Gewohnheit, Herkommen keine relevante Größe. In den Städten lübischen Rechts lag die Rechtsbildung beim Rat. Er setzte das Recht und beherrschte die Rechtsprechung. Erst gegen Ende des 15. Jahrhunderts gewinnt die Gewohnheit geringe Bedeutung, als auch der Lübecker Rat dazu übergeht, auch nach anderem als nur dem eigenen Recht zu entscheiden.

Im Sachsenspiegel findet sich das Wort *gewonheit* nur einige wenige Male. Häufig tritt uns die Gewohnheit in den spätmittelalterlichen sächsischen Urkunden und Schöffensprüchen entgegen. In den Sprüchen wird sie als räumlich begrenztes Sonderrecht gegen das von den Magdeburger Schöffen selbst als weitläufig und gemein bezeichnete Weichbild- und Sachsenrecht abgehoben. Um 1500 erfolgte schließlich der Übergang zur gelehrten Statuentheorie. In Basel bezeichneten Gewohnheit und Herkommen einen Teil des Stadtrechts. Auch hier wird deutlich, daß wir in *recht* das ursprüngliche, gegenüber *gewonheit* stärkere Wort zur Bezeichnung des Richtigen vor uns haben. Das Verhältnis der *gewonheit* zum *recht* ist wie auch im Sachsenrecht zumeist das eines sich stützenden Miteinanders, wobei das *recht* der führende und vorangestellte Teil ist. „Gewohnheit, Herkommen und Brauch scheinen gegenüber dem Recht als schwächere Größen empfunden worden zu sein“, formuliert Hagemann. Sollte eine Rechtsregel geändert oder abgeschafft werden, so qualifizierte man sie zunächst einmal als Brauch und Herkommen ab. Von diesen fand man dann leichter zur „schlechten Gewohnheit“, „so biszhar für ein statrecht ... gehalten“⁵⁵. Die *gewonheit*, so kann man auch sagen, lebte von ihrer Verbindung mit dem *recht*. Das *recht* aber lebte aus sich heraus, wurde durch die gleichlaufende Übung nur illustriert, untermalt, bestärkt, erneuert, fortgebildet. Die *gewonheit* meinte überwiegend neues und fremdes Recht, einen das *recht* erweiternden, lockeren Bereich, der in den Städten auch Übergänge zur Willkür zeigt. Die *gewonheit* erreichte also in Lübeck, Sachsen, Magdeburg und Basel keinen dem *recht* gleichen Stellenwert – weder qualitativ noch quantitativ. Sie blieb gegenüber dem ursprünglich nicht primär im Zeitablauf gedachten schriftlosen *recht* eine Neuerung, eine eindringende Hilfsgröße zu dessen Beschreibung. Zu einer eigenständigen rechtlichen Größe wurde sie möglicherweise erst dadurch, daß sich den großen Schöffenstühlen und dem Lübecker Rat als Oberhof im 15. Jahrhundert dringlicher die Frage nach dem Verhältnis ihrer großräumigen Rechte zu lokalen und regionalen Rechtsentwicklungen stellte. Angesichts dieser Problemlage, die ihrerseits bereits durch die Rezeption angestoßen sein kann, wird nun – mangels einheimischer Grundlagen für die Ausbildung einer gestuften Rechtsquellenlehre – die gelehrte *consuetudo*-

⁵⁴ Vgl. Hagemann, (Anm. 34) 107–141; Jürgen Weitzel, Gewohnheiten im lübischen und im sächsisch-magdeburgischen Rechtskreis, in: La coutume (Anm. 14) 325–358.

⁵⁵ Hagemann, (Anm. 34) 135 f.

Vorstellung auf jene „minderen“ Rechte lokalen, privilegialen und statutarischen Zuschnitts zur Anwendung gebracht. Wir haben es mit einer wenig anspruchsvollen, noch ganz dem deutschrechtlichen Umfeld verhafteten und Positionen innerhalb überlieferter Rechtsmassen absteckenden Frucht der Rezeption römisch-kanonischer Grundkategorien zu tun. Die Details der zu diesem Zeitpunkt ja schon breit ausgearbeiteten gelehrten Rechtsquellenlehre blieben dabei zunächst unbeachtet. Es gibt Anhaltspunkte dafür, daß die Forderungen nach der Güte der anzuwendenden Gewohnheit und nach einer bestimmten Dauer ihrer Übung sowie das Erfordernis des Beweises der entsprechend qualifizierten Gewohnheit erst im Laufe des 15. Jahrhunderts die Spruchpraxis der Oberhöfe ergänzt haben.

Gerhard Dilcher

Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation

Römisches Recht als Kaiserrecht, der Kaisergedanke als Grundlage und Legitimation der allgemeinen Ausbreitung, der Rezeption des römischen Rechts – das ist wohl die erste Assoziation, die das Thema weckt. Nimmt man die schöne und einprägsame Formel, die Deutschen hätten das römische Recht *ratione imperii*, die Franzosen es aber *imperio rationis* rezipiert, so hat man nicht nur ein hübsches Stück Völkerpsychologie damit eingefangen, nämlich die Autoritätsgläubigkeit und Reichsmystik der Deutschen gegen den Vernunftglauben der Franzosen¹. Wir finden überdies zwei Legitimitätsmodelle Max Webers², traditionale und rationale Legitimation, nebeneinander und gegeneinander gestellt. Beide wären sie dann bezogen auf denselben elementaren und begründenden Vorgang der abendländisch-ökzidentalen Rechtskultur, die Grundlegung der europäischen Rechtswissenschaft auf dem Stoff des *Corpus iuris civilis* Kaiser Justinians³. Die Kaiseridee müßte hierfür eher als eine mittelalterlich-mystische Ideologie erscheinen, verknüpft mit dem Gedanken der *renovatio* bzw. *translatio imperii*, verbunden mit der Legende der Einführung des römischen Rechts durch ein Gesetz Kaiser Lothars⁴. Letzteres wird zerstört durch die wissenschaftlich-historische Erklä-

¹ Zum Topos *ratione imperii* – *imperio rationis* vgl. Paul Koschaker, Europa und das römische Recht (München, Berlin 1966) 108f., 222f.; Heinrich Mitteis, Die germanischen Grundlagen des französischen Rechtes, in: ZRG GA 63 (1943) 137–213, hier: 161f. Die Verfügung König Philipps des Schönen von 1312, in der die Formulierung *non ratione imperii sed imperio rationis* mit dem Verbot des Studiums römischer Rechtsquellen einhergeht, findet sich in: Sources du droit français, ed. A. Tardif (Paris 1890) 332.

² Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie (Tübingen 1972), bes. 122–124. Rationale Herrschaftslegitimation beruht danach auf dem Glauben an die Legalität gesetzter Ordnungen und die Befehlsgewalt dieser legalen Herrschaft, traditionale hingegen beruht auf dem Glauben an die Heiligkeit von jeher geltender Traditionen, durch die Herrschaft festgelegt ist.

³ Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (21967): § 3, Die Entstehung der europäischen Rechtswissenschaft, bes. aber 69.

⁴ Vgl. zur Lotharischen Legende: Hermann Conring, Der Ursprung des Deutschen Rechts, übers. von Ise Hoffmann-Meckenstock, hrsg. v. Michael Stolleis (Bibliothek des Deutschen Staatsdenkens 3, Frankfurt a. M., Leipzig 1994) Kap. XXI und XXII, 131–152. Die Lotharische Legende gelangt aus Italien zuerst Anfang des 16. Jahrhunderts nach Deutschland, vgl.

rung durch Hermann Conring, während die legitimatorische Kraft des Kaisergedankens selbst langsam mit Renaissance und Humanismus, mit Reformation und schließlich der Aufklärung verblaßt⁵. Die Begründung aus der inneren Rationalität des römischen Rechts dagegen hat sich gehalten vom Topos der *ratio scripta* über Savigny, der durch die Vollkommenheit des römischen Rechts der Konsequenz der Volksgeistlehre entgeht, das germanisch-deutsche Recht in den Vordergrund zu stellen, bis zu Franz Wieacker, der in der Verwissenschaftlichung und Rationalisierung das eigentliche Wesen der Rezeption sieht. Wir müßten dann also den Kaisergedanken als ein ideologisches Konstrukt mittelalterlichen Denkens ansehen, das, relativ fern von dem Rechtsleben selbst, eine letzte Legitimationsfunktion innerhalb eines uns fremden Welt- und Geschichtsbildes gehabt hätte.

Ein Blick auf den Forschungsstand zeigt, daß die Dinge komplizierter liegen. Die Studie von Hermann Krause zu Kaiserrecht und Rezeption von 1950/52⁶, die bis heute maßgebend ist, erweist unter anderem, daß die Verbindung des Kaisertums mit der Legitimation von Recht keineswegs auf das römische Recht beschränkt ist, wiewohl diese Verbindung eine durchgehende Linie zumindest seit der Stauferzeit bis zum Vordringen des *ius commune* im 15. Jahrhundert in Deutschland darstellt. Daneben werden aber Rechtsquellen verschiedensten Ursprungs als Kaiserrecht bezeichnet: Die deutschen Land- und Lehnrechtsspiegel, Landfriedensrecht, reichsstädtisches Recht, die Goldene Bulle Karls IV., schließlich sogar das utopische Recht einer ersehnten Zukunft, die an eine Reform des Reiches geknüpft wird⁷. Die Legitimationswirkung des Kaisergedankens erscheint dadurch breiter, differenzierter, zumindest teilweise dem Rechtsleben weit näher. Es drängt sich auf, nach den konkreten Funktionen dieser Idee zu fragen.

Vor allem aber verlangt die Einbettung der Kaiseridee in gänzlich verschiedene Zeitabschnitte und entsprechende historische Formationen Beachtung. Der Kaisergedanke als Vehikel der Ausbreitung des römischen Rechts hat ja seinen Ort in einer Spätphase, dem Ende des Mittelalters. Den Höhepunkt der Wechselbeziehung von Rechtsgedanken und Kaiseridee bildet aber die Stauferzeit, die Begegnung Friedrich Barbarossas mit den Bologneser Rechtsgelehrten sowie die Entwicklung eines Gesetzgebungs- und Gerechtigkeits-Kaisertums nach antik-byzantinischem Vorbild durch Friedrich II. Wie wir spätestens seit Percy Ernst Schramms Werk „Kaiser, Rom und Renovatio“ von 1929 wissen⁸, steht die Stau-

Heinrich Mitteis, *Die Rechtsgeschichte und das Problem der historischen Kontinuität* (Berlin 1947) 9, Anm. 3.

⁵ Zu Conring vgl. Dietmar Willoweit, Hermann Conring, in: *Staatsdenker der frühen Neuzeit*, hrsg. v. Michael Stolleis (München 1994) 129–149: „Conring hat mit seiner umfassenden historischen Beweisführung die Autorität des Römischen Rechts am nachhaltigsten erschüttert“ (S. 143). Vgl. auch: Hermann Conring (1606–1681). Beiträge zu Leben und Werk, hrsg. v. Michael Stolleis (*Historische Forschungen* 23, Berlin 1983).

⁶ Hermann Krause, *Kaiserrecht und Rezeption* (Heidelberg 1952).

⁷ Vgl. Krause, *Kaiserrecht* (wie vorherige Anm.), vor allem Kapitel IV u. V, zum letztgenannten Gesichtspunkt Kapitel VI.

⁸ Percy Ernst Schramm, *Kaiser, Rom und Renovatio. Studien und Texte zur Geschichte des*

ferzeit aber wiederum erst am Ende einer langen Geschichte des römischen Erneuerungsgedankens. Das Kaisertum Karls des Großen setzt hier einen Anfang, dessen theoretische Begründung zwischen Frankenreich und Rom noch nicht ganz eindeutig ist. Doch wird schon hier klar, daß die Stadt Rom, das Volk von Rom und der römische Bischof, der Papst, dabei mit im Spiel sind. Den Höhepunkt des römischen Renovatio-Gedankens als Begründung des westlichen, mittelalterlichen Kaisertums erkennt Schramm in der ottonisch-salischen Zeit, mit einem Gipfel unter dem Theophanu-Sproß Otto III.

In dieser ganzen Zeit taucht die Verbindung des Kaisertums mit dem Recht, der Begriff eines Kaiserrechts nicht oder allenfalls ganz marginal auf. Wenn der Herrscher überhaupt als Quelle von Recht genannt wird, dann in seiner Funktion als König. Es handelt sich um eine Zeit, in der die Tätigkeit des Königs im Rechtsprechen, im Bestätigen und Erweitern von Privilegien besteht, kaum in Gesetzgebung⁹: Der König also als Wahrer von *pax et iustitia* in einem konservativ bewahrenden Sinn. Hierin liegt sicher ein wichtiger, festzuhaltender Unterschied zur Stauferzeit. Mit Friedrich Barbarossa, und gezielter noch mit Friedrich II., werden justinianische Topoi aufgenommen, die den Kaiser als Gesetzgeber darstellen. Sie werden auch, wenigstens zum Teil, zur Legitimation eigener Rechtsetzungsakte eingesetzt, am entschiedensten allerdings in den Konstitutionen von Melfi, also außerhalb des Reiches¹⁰. Dies hat zudem unmittelbar nichts zu tun mit dem römischen Recht des Corpus iuris, bei dem es sich ja nur um den Transfer, um die Translatio eines bereits längst in Kraft gesetzten Gesetzgebungswerkes handelte. Die Gesetzgebungstopoi werden allerdings ganz überwiegend von Justinian übernommen, der Constitutio Tanta u. a. oder den Prooemien der Novellen.

Eine wichtige erste Feststellung kann schon getroffen werden: Die Renovatio Imperii und der Kaisergedanke haben eine unterschiedliche Geschichte als Legitimationstopos im Bereich der Politik und im Bereich des Rechts. Die Zeitphasen laufen ganz verschieden. Wir wollen als erstes versuchen, beides gegeneinander zu setzen und dadurch klarere Konturen zu gewinnen.

Der Gedanke, der Herrscher sei Erneuerer des Rechts, ist älter als der der mittelalterlichen Renovatio Imperii. Der Topos einer Rechtserneuerung taucht neben anderen bei Justinian auf und wird von dort in die Prologe der Aufzeichnungen germanischer Stammesrechte übernommen, so des langobardischen Ediktes König Rotharis, der Leges Bajuvariorum und Alemannorum¹¹. Der Topos schwindet

römischen Erneuerungsgedankens vom Ende des Karolingischen Reiches bis zum Investiturstreit, 2 Teile (Berlin 1929).

⁹ Hermann Krause, Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher, in: ZRG GA 82 (1965) 1–98.

¹⁰ Die Konstitutionen Friedrichs II. von Hohenstaufen für sein Königreich Sizilien. Nach einer Handschrift des 13. Jahrhunderts, hrsg. und übers. von Hermann Conrad u. a. (Köln, Wien 1973); Ernst Kantorowicz, Kaiser Friedrich der Zweite, Bd. 1 (Berlin 1927) 204 u. 220f., sowie Bd. 2 (Ergänzungsband, Berlin 1931) 77, 84 u. 96ff. Vgl. auch Sten Gagnér, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung (Stockholm, Uppsala 1960) bes. 310ff.

¹¹ Gerhard Dilcher, Gesetzgebung als Rechtserneuerung, in: Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte. Festschrift für Adalbert Erler (Aalen 1976) 13–35.

eigenartigerweise in karolingischer Zeit aus dem Bereich der aufgezeichneten Stammesrechte. Dagegen taucht er in einigen Quellen in bezug auf ungeschriebene Rechtsgewohnheiten, und zwar vor allem auf die Rechtstradition der Sachsen bezogen, auf¹². Das betrifft das 8. bis 11. Jahrhundert. Ein wieder anderer Strang nennt den König als Erneuerer der Privilegien und damit des Rechtsstatus der Kirchen und Klöster. Diese Tradition entfaltet sich vor allem in ottonischer und salischer Zeit, geht aber ungebrochen bis in das 12. Jahrhundert¹³. Die Rechts- und Privilegserneuerung wird dabei auf den Herrscher als König bezogen, und zwar als durch das Reich umherfahrender König, der überall das vom Verfall bedrohte Recht aufrichtet und durch seine Autorität bestärkt. *Renovare, restaurare, reformare* und *corroborare* werden dabei aufs engste verschränkt. Der Herrscher erneuert und bestärkt dabei das Recht partikularer Rechtskreise, zuerst von Stammesrechten, dann fast ausschließlich von kirchlichen Grundherrschaften. Deren innere Rechtsordnung aber soll als dinggenossenschaftliche Rechtsgewohnheit geübt werden, *more solito, more maiorum* und ähnlich lautet das. Der Herrscher wird also bei der Erneuerung nicht eigentlich legislativ tätig. Er wird auch, wie gesagt, als König und nicht als Kaiser tätig – der Kaisertitel wird gegebenenfalls nur ergänzend, autoritätsverstärkend in den Arengen mitzitiert: Wir folgen bei der Rechtserneuerung dem bewährten Vorbild unserer Vorgänger und Vorfahren, der Könige und Kaiser¹⁴. Der Inhalt von älteren Diplomen wird dabei von der Kanzlei kundig zitiert und wiederholt, dabei erweitert und ergänzt. Der einzige Bereich, in dem sich diese herrscherlichen Rechtserneuerungen nicht in das Schema der Bestärkung partikularer Rechtskreise fügen, ist der des Marktrechts. Hier findet eine erste Tendenz zur Angleichung und Generalisierung der ortsbezogenen Markt- und personenbezogenen Kaufmannsrechte statt, indem Systeme gleicher miteinander verbundener Marktrechte geschaffen werden – deren inhaltlicher Bezug allerdings ebenfalls Rechtsgewohnheit der Kaufleute darstellte¹⁵. Dies wird einmal als *ius gentium* bezeichnet, also mit einem Begriff des römischen Rechts

¹² Vgl. hierzu *Gerhard Dilcher*, Zeitbewußtsein und Geschichtlichkeit im Bereich hochmittelalterlicher Rechtsgewohnheit, in: Hochmittelalterliches Geschichtsbewußtsein im Spiegel nichthistoriographischer Quellen, hrsg. v. *Hans Werner Goetz* (Berlin 1998) 31–54.

¹³ *Gerhard Dilcher*, Königliche Privilegienerneuerung und kirchliches Reformdenken bei Konrad III., in: Nit anders denn lies und guets, Kolloquium zum 80. Geburtstag von Karl S. Bader, hrsg. v. *Clausdieter Schott* und *Claudio Soliva* (Sigmaringen 1986) 47–55. Zum Zusammenhang auch *ders.*, Mythischer Ursprung und historische Herkunft als Legitimation mittelalterlicher Rechtsaufzeichnungen zwischen Leges und Sachsenspiegel, in: Herkunft und Ursprung. Historische und mythische Formen der Legitimation, hrsg. v. *Peter Wunderli* (Sigmaringen 1994) 141–156.

¹⁴ Vgl. *Dilcher*, Königliche Privilegienerneuerung (wie Anm. 13) bes. S. 50; MGH Diplomata IX, DK III 46, S. 78: ... *si privilegia ecclesiis dei antiquitus collata renovando confirmamus ... procul dubio predecessorum nostrorum regum sive imperatorum exemplar sequendo teneamus...*

¹⁵ *Gerhard Dilcher*, Marktrecht und Kaufmannsrecht im Frühmittelalter, jetzt in: *ders.*, Bürgerrecht und Stadtverfassung im europäischen Mittelalter (Köln, Wien 1996) 1–40, bes. 29 ff. Zu den Markrechtssystemen eine Übersicht bei *Edith Ennen*, Die europäische Stadt des Mittelalters (Göttingen 1987) 81.

sein universaler Charakter betont¹⁶. In diesem Zusammenhang findet sich auch eine der frühesten Erwähnungen von Kaiserrecht. In einem Diplom Konrads II. für die Märkte Esslingen und Stade wird die Rechtsverleihung begründet: *quicquid ad nostrum imperale ius pertinet*¹⁷.

Ich möchte die Interpretationslinien einiger eigener Einzelstudien zu diesem Bereich zusammenfassen und sagen: Von den germanischen Volks- und Stammesrechten bis in die Stauferzeit setzt sich in Prooemien und Arengen, die das Selbstverständnis des Rechtsetzungsvorgangs beschreiben, der spätantike Topos des Herrschers als Rechtserneuerer durch, nicht dagegen andere, die ihn als Begründer von Recht, *leges condere*, oder Gesetzgeber = *legislator* feiern. Dabei bezieht man sich auf die Rolle des Königs, nicht des Kaisers. Der König übt diese rechtserneuernde Tätigkeit ganz konkret durch Einzelakte aus, entweder auf großen Dingversammlungen oder als Reisekönig durch Privilegienerneuerungen. Das erneuerte Recht ist kein universales Recht, auch kein Reichsrecht, sondern überlieferte Rechtsgewohnheit eines Stammesbereichs oder einer Grundherrschaft. Zur Erneuerung gehört die Rechtsbesserung. Den Hauptbestand des so erneuerten Rechts bildet aber die orale Tradition des betreffenden partikularen Rechtskreises. Der königliche Rechtsakt versucht vor allem, dessen Funktionsbedingungen zu sichern oder wiederherzustellen. Religionswissenschaft und Kulturmorphologie legen es nahe, hinter diesen Interpretationsmustern herrscherlicher Tätigkeit ein zyklisches Zeitverständnis zu vermuten, das kulturgeschichtlich mit dem Gedanken von Verfall und Wiederaufrichten der Weltordnung verbunden ist¹⁸. Solche Zeitzyklen können der jahreszeitliche Rhythmus sein, dem ja die Dingversammlung entspricht, der Generationenrhythmus, mit dem Herrscherfolge und Umritt beim Herrschaftsantritt korrespondieren, aber auch weitergespannte welthistorische Deutungszusammenhänge, wie etwa die Vierreihellehre oder millenarische oder apokalyptische Schemata. Heidnische und christliche Vorstellungen können hier durchaus in Wechselwirkung stehen. Die gregorianische Reformbewegung des 11. Jahrhunderts aber verstand sich, wie neuere Forschungen deutlich machen, als eine heilsgeschichtlich zu verstehende Erneuerung des urkirchlichen Christentums, eine *reformatio ecclesiae primitivae*¹⁹.

¹⁶ MGH Diplomata IV, DK II 194, S. 258 und *Bernhard Diestelkamp*, Quellensammlung zur Frühgeschichte der deutschen Stadt (bis 1250), in: *Elenchus fontium historiae urbanae* (Leiden 1967) Nr. 36, Urkunde von 1033. Der Bischof von Naumburg sichert darin sich in Naumburg ansiedelnden Kaufleuten für ihre Grundstücke Zins- und Verfügungsfreiheit zu und verbietet ihnen das vom Kaiser zugestandene *ius gentium* und die Verkehrsfreiheit.

¹⁷ MGH Diplomata IV, DK II 278 vom Dezember 1038, S. 384–385, Zitat S. 385, Z. 5.

¹⁸ Dazu vor allem *Mircea Eliade*, *Kosmos und Geschichte*. Der Mythos der ewigen Wiederkehr (Frankfurt 1986).

¹⁹ Dazu *Gerhard Ladener*, Art. Erneuerung, in: *Reallexikon für Antike und Christentum* 6, Sp. 265 f.; *ders.*, Two Gregorian Letters, in: *Studi Gregoriani* 5 (1956) 281 f.; vgl. auch *Antiqui et Moderni*. Traditionsbewußtsein im späten Mittelalter, hrsg. v. *Albert Zimmermann* (*Miscellanea Mediaevalia* 9, Berlin 1974); *Renaissance and Renewal in the Twelfth Century*, hrsg. v. *Robert L. Benson* und *Giles Constable* (Oxford 1992).

Einen anderen Charakter trägt die staufische *Renovatio Imperii*. Dies gilt vor allem für die große Begegnung zwischen dem zur Reform des Rechts und zur Revidikation der Reichsrechte nach Italien gekommenen Friedrich Barbarossa und den Doktoren der Bologneser Rechtsschule²⁰. Hier findet nach einer ersten Begegnung 1155 in Roncalia 1158 eine prägende Begegnung von römischem Kaiser und römischer Rechtsschule unter dem Gedanken des Kaiserrechts statt, ein festlicher Akt gegenseitiger Legitimation. Dies verdient schärfer und zugespitzter gesagt zu werden, als es bisher meist geschehen ist. Der Kaiser nimmt hier ausdrücklich das Gesetzgebungsrecht in Anspruch, nicht als Erneuerung, sondern als Setzung für alle Zukunft: *Hac edictali lege in perpetuum valitura iubemus*, sagt der Landfriede (der sich allerdings sogleich als zeitlich begrenzter und darum erneuerungsbedürftiger Eidesbund bekennen muß)²¹. *Hac igitur generali et in eternum valitura edicimus lege*, so lautet das sog. Scholarenprivileg²². In ihm wird das von den Schülern des Irnerius begründete Studium des römischen Rechts institutionalisiert, die Studenten privilegial aus der Verflechtung in die mittelalterliche Gesellschaft herausgehoben und vor allem mit den universalen Instanzen verbunden: Das Rechtsstudium ist Dienst Gottes und des Kaisers, *quorum scientia mundus illuminatur ad oboediendum Deo et nobis*. In der Tat ist von nun bis ins 18. Jahrhundert zu einer Universitätsgründung ein kaiserliches oder päpstliches Privileg Legitimationsvoraussetzung für den Rang des Studiums und die Geltung der Diplome. Der Sprung von der Privatschule des Irnerius zur universalen Bildungsanstalt des Abendlandes ist damit getan.

Die Begegnung von Kaisertum und römischem Recht verhilft also zunächst der Rechtsschule zur Legitimation. Aber nicht die Verbindung von römischem Recht und Kaisertum wird in dem Scholarenprivileg angesprochen, sondern die erleuchtende Wirkung der Wissenschaft, die sich dadurch als Dienst Gottes und des Kaisers erweist. Dieses Privileg wird auf Befehl des Kaisers als *Authentica* den *Novellen Justinians* im *Corpus iuris* angefügt und damit dessen offizieller Bestandteil.

²⁰ Zum Reichstag von Roncalia: *Alfred Haverkamp*, Herrschaftsformen der Frühstauffer in Reichsitalien (Monographien zur Geschichte des Mittelalters 1) 2 Bände (Sigmaringen 1970/71); *Gina Fasoli*, Friedrich Barbarossa und die lombardischen Städte, in: Friedrich Barbarossa, hrsg. v. *G. Wolf* (Wege der Forschung 390, Darmstadt 1975) 159ff.; *Johannes Fried*, Der Regalienbegriff im 11. und 12. Jahrhundert, in: DA 29 (1973) 450–528; *K. Zeillinger*, Das erste Roncagliose Lehensgesetz Friedrich Barbarossas, das Scholarenprivileg (*Authentica Habita*) und Gottfried von Viterbo, in: *Römische Historische Mitt.* 26 (1984) 191–217; vgl. auch *Gero Dolezalek*, Art. Roncalische Gesetze und *Karl Jordan*, Art. Roncalische Reichstage, in: HRG IV Sp. 1137–1140; *Heinrich Appelt*, Friedrich Barbarossa und das römische Recht (*Römische Historische Mitt.* 1962); *Aritsune Katsuta*, Friedrich Barbarossa und die sogenannte „Theoretische Rezeption des Römischen Rechts“, in: *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* 5 (1967) 20–37.

²¹ Landfrieden: MGH *Diplomata* 10,1, hrsg. v. *Heinrich Appelt* (Hannover 1975) DFI 25, S. 39–44.

²² Scholarenprivileg, *Habita*: MGH *Diplomata* 10,2, hrsg. v. *Heinrich Appelt* (Hannover 1979) DFI 243, S. 36–40; vgl. auch *Wilfried Stelzer*, Zum Scholarenprivileg Friedrich Barbarossas (*Authentica Habita*), in: DA 34 (1978) 123–164, im Anhang S. 165 die älteste Überlieferung des Scholarenprivilegs.

Die ideengeschichtliche Wirkung der Verknüpfung des römischen Rechts in der Fassung der Justinianischen Gesetzgebung mit dem Kaisergedanken ist groß. Das römische Recht war dem Mittelalter zuvor eine partikuläre Rechtsordnung für jene Personen und Institutionen, die nach römischem Recht lebten²³. Das waren vor allem Bevölkerungsteile Oberitaliens, aber nur neben langobardischer, fränkischer u. a., gewohnheitsrechtlich fortgebildeter Tradition. Der Satz *ecclesia vivit lege romana* beinhaltet keineswegs Anwendung allen römischen Rechts auf die Kirche²⁴. Wohl aber hatte die Kirche sich in der gregorianischen Reform und der Auseinandersetzung mit dem deutschen Kaisertum auf ihre altkirchlichen, evangelischen und römischen Grundlagen besonnen und im Dictatus Papae auch eine Gesetzgebungsmacht aus göttlichem Recht in Anspruch genommen (*novas leges condere*)²⁵. Bald danach stand ihr in der Konkordanz Gratians eine harmonisierte Rechtssammlung ähnlich den Digesten zur Verfügung, die gleichzeitig mit dem *ius civile* Grundlage des Studiums des kanonischen Rechts werden konnte²⁶. Dem fügten sich päpstliche Rechtssetzungen nunmehr an. Schon aus dieser Konkurrenzsituation war es sicher bedeutsam, daß das Studium des *ius civile* im mittelalterlichen Kaisertum und Kaisergedanken eine *Renovatio* seines Geltungsanspruchs und seiner Universalität erhielt.

Wir verdanken einen tiefergreifenden Neuansatz zum Verständnis der kulturellen Kräfte, die der Ausbildung des mittelalterlichen *ius commune* auf der Grundlage des römischen Rechts zugrunde liegen, dem großen italienischen Rechtshistoriker Francesco Calasso²⁷. Er weist darauf hin, wie schon bald nach der karolingischen *Renovatio Imperii* Bischof Agobard von Lyon, noch als einsame Stimme, die geistliche *una Christi lex* mit der *diversitas* menschlichen Rechts kontrastiert, durch das Menschen in derselben Stadt keine *lex communis* hätten. Weiter weist Calasso darauf hin, wie schon in der langobardischen Rechtsschule von Pavia des 11. Jahrhunderts von ‚modernen‘ Juristen bei Lücken des langobar-

²³ Heinrich Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I (Berlin 31961) 393 f.; vgl. auch Ennio Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, Band 1: L'alto medioevo (Rom 1995).

²⁴ Dazu einschlägig Carl Gerold Fürst, *Ecclesia vivit lege Romana?*, in: ZRG KA 61 (1975) 17–36; Adalbert Erler, Art. *Ecclesia vivit lege Romana*, in: HRG I, Sp. 798 f.

²⁵ Dictatus pape, cap. VII.: *Quod illi soli licet pro temporis necessitate novas leges condere ...*, in: Das Register Gregors VII, ed. E. Caspar (MGH Epp. Sel. II, 1, Leipzig, Berlin 1920) 201–208: hier S. 203. Vgl. Zur Gesetzgebungsmacht aus dem Dictatus Papae: L. Meulenberg, *Une Question toujours ouverte: Grégoire VII et l'infaillibilité du pape*, in: Aus Kirche und Reich. Studien zu Theologie, Politik und Recht im Mittelalter, Festschrift für Friedrich Kempf, hrsg. v. Hubert Mordek (Sigmaringen 1983) 159–171. Zur Gregorianischen Reform: Gerd Tellenbach, *Libertas. Kirche und Weltordnung im Zeitalter des Investiturstreites* (Stuttgart 1936, ND Stuttgart, Berlin, Köln 1996); Giovanni Miccoli, *Ecclesiae primitivae forma*, in: Chiesa gregoriana: Ricerche sulla riforma del secolo XI (Florenz 1966).

²⁶ Hans Erich Feine, *Kirchliche Rechtsgeschichte* (Köln 41964); Peter Landau, *Kanones und Dekretalen: Beiträge zur Geschichte der Quellen des kanonischen Rechts* (Bibliotheca eruditorum 2, Goldbach 1997); Jean Gaudemet, *Les sources du droit canonique, VIIIe-XXe siècle* (Paris 1993), sowie ders., *Codes, Collections, Compilations. Les leçons de l'histoire de Grégoire à Jean Chappus*, in: *Droits* 24 (1996) 3–16.

²⁷ Francesco Calasso, *Medio evo del diritto*, t. I: *Le fonti* (Milano 1954).

dischen Rechts auf das römische Recht zurückgegriffen wurde mit der Begründung, *quia est lex generalis omnium*. Die nächste Stufe erkennt Calasso in dem Traktat eines anonymen frühen Glossators des 12. Jahrhunderts, mit dem Titel *Quaestiones de iuris subtilitatibus*. Dieser kritisiert ebenfalls die Rechtszersplitterung des personalen Rechtsstatus, sieht aber nun im Kaiser, der Namen und *auctoritas imperii* führt, den Verantwortlichen für die Einheit des Rechts über die einzelnen Regna hinweg: *aut unum esse ius, cum unum sit imperium*, oder man müsse sich mit den *diversa iura* entsprechend den verschiedenen Regna abfinden. Diejenigen aber, die sich *successores*, Nachfolger der römischen Kaiser, nennen, sie seien zur Verantwortung in der *imitatio* jener aufgerufen.

In diesem Traktat haben wir also die Prinzipien vorgeformt, die dann die Begegnungen Friedrich Barbarossas mit den Bologneser Juristen 1155 und 1158 als Legitimationsgrundlage tragen: Die volle Konsequenz der Idee der *translatio imperii* für den Bereich des Rechts.

Calasso weist weiterhin auf eine Implikation dieser Konzeption hin, die neben der rechtlichen und politischen eine ebenso metaphysische wie wissenschaftstheoretische Dimension einbringt²⁸: Das Prinzip der Einheit, das logisch nach der *reductio ad unum* verlangt. Es stammt aus aristotelischem Denken, gewinnt aber im christlichen Monotheismus höchste Dignität. Im Denken Thomas von Aquins findet es seinen prägendsten Ausdruck: *Omnis multitudo derivatur ab uno*. Der Gedanke der einen, in der Vielfalt zu ermittelnden Wahrheit liegt aber schon von Anfang an der Dialektik des scholastischen Denkens zugrunde, die bekanntlich nicht nur die Methode der neuen Theologie von Paris, sondern ebenso der Bearbeitung des *ius civile* wie *canonicum* in der Schule von Bologna darstellt. Es hat übrigens wohl schon die, vielleicht unter Mitwirkung von Irnerius formulierte Vermittlung zwischen *spiritualia* und *temporalia* des Wormser Konkordats gedanklich ermöglicht.

Diese dialektisch-scholastische Methode nun stellt nicht nur das Denkmodell zur Harmonisierung der Textvielfalt des *Corpus iuris civilis* wie des Kirchenrechts und der Bibel dar, sondern bildet auch Grundlage dessen, was man das ‚Rechtsanwendungsmodell‘ oder auch die Statutentheorie der mittelalterlichen Juristen genannt hat²⁹. Es entspricht fast idealtypisch dem, was wir heute auch das Subsidiaritätsprinzip nennen. Deutsche Juristen haben es zu der Rechtsparömie geprägt: Willkür bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht. Der damit beanspruchte Vorrang des spezielleren Rechts vor dem allgemeineren, des partikularen Rechtskreises vor dem *ius commune* wird zugunsten des Allgemeineren ausbalanciert durch die Grundannahme der *reductio ad unum*: Daß das Spezielle zwar ausgeformter, sachnäher sei, das allgemeine Prinzip aber eine größere Richtigkeitsgarantie besitze, der *veritas*, Gott – und damit auch der inhärenten *ratio*

²⁸ Calasso, (wie vorige Anm.) 367–390.

²⁹ Zur Statutentheorie, Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* (wie Anm. 3) 112 f.; Reiner Schulze, *Art. Statutentheorie*, in: HRG IV, Sp. 1922–1926.

der Schöpfung näher³⁰. Die Hierarchie der Wahrheit läuft also umgekehrt im Verhältnis zum Prinzip der Subsidiarität, sie geht vom Allgemeinen aus und steigt nieder zum Speziellen. Damit aber lassen sich Bibel, kirchliches Recht, römisches Recht und Partikularrecht in ein System bringen, von dem aus *ius commune* mit einer allgemeinen *ratio*, beleuchtet noch von den Prinzipien des göttlichen und des Naturrechts, das unter anderem Gesichtspunkt vorrangige Partikularrecht durchdringen kann. Eben diesen Vorgang aber finden wir nicht nur im Verhältnis von *ius commune* und den italienischen Statuten, dem *ius proprium civitatis*, sondern auch in dem Prozeß der Verwissenschaftlichung und Rationalisierung des Rechtslebens, als den wir die Rezeption im Bereich nördlich der Alpen heute verstehen³¹.

Die Begegnung von Kaiser und Rechtsschule auf dem Roncalischen Reichstag war hierfür vielleicht nicht unentbehrliche Voraussetzung, wohl aber der Kaisergedanke als solcher. Wie sehr aber die tatsächliche Begegnung die gegenseitige Legitimation gefördert hat, dafür geben die gesamten Rechtsakte – wie wir sie vorsichtig nennen wollen – dieses Reichstages Zeugnis ab.

Die Doktoren akklamieren Barbarossa als Kaiser und beziehen das römische Recht in seiner Gesamtheit, einschließlich des Gesetzgebungsrechts, auf ihn. Vor allem in Gottfried von Viterbos gereimtem Bericht schlägt dies durch: *Tu lex viva potes dare, solvere, condere leges ... rem quocumque velis lex animata geris*³². Erst dadurch konnte neben das Bild des Herrschers als Rechtserneuerer das des weltlichen Gesetzgebers treten – in Rivalität zur Kirche mit dem päpstlichen Gesetzgebungsanspruch einerseits, dem Rechtskonservatismus und Konsensprinzip der ständischen Mächte andererseits. Die Bologneser Juristen erheben dagegen den absolutistischen Gesetzgebungsanspruch des römisch-byzantinischen Herrschers.

Im Glauben an die unmittelbare Geltung der kaiserlichen Rechte wird von den Bologneser Doktoren in Roncalia ein Bild des italienischen Verfassungsrechts entworfen. Teilweise wird es jedoch nach den blutigen Kämpfen der lombardischen Liga im Sinne der mittelalterlichen Realität korrigiert; teils erfolgt die Korrektur durch Unterdrückung von Teilen der Roncalischen Texte aus der Bologneser Texttradition schon vor Accursius, begleitet von diffamierenden Äußerungen späterer Juristen gegen die vier Doktoren³³. Erst durch die Einblicke, die die

³⁰ Calasso, (wie Anm. 27) 371–372.

³¹ Wieacker, Privatrechtsgeschichte (wie Anm. 3) 66, 78, 100, 131, 301.

³² Gottfried von Viterbo: *Tu lex viva potes dare, solvere, condere leges/stantque caduntque duces, regnant te iudice reges/Rem quocumque velis lex animata geris*, in: *Gotfredus Viterbensis, Carmen de gestis Friderici in Italia*, MGH SS XXII, hrsg. v. Georg Waitz, 1–338, hier S. 316, Vers 377.

³³ Die Erkenntnis dieses Vorgangs verdanken wir vor allem dem Scharfsinn von *Vittore Colorni*, *Le tre leggi perdute di Roncaglia* (1158) ritrovate in un manoscritto parigino (Bibl. Nat. Cod. Lat. 4677), in: *Scritti in memoria di Antonio Guiffre*, Band I (Mailand 1967) 111–170; dt. Übersetzung von *Gero Dolezalek*, *Die drei verschollenen Gesetze des Reichstages bei Roncaglia* (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte NF 12, Aalen 1969).

Quellenforschungen von Colorni seit 1967 gewähren, ist der interne Vorgang durchschaubar³⁴. Er bezeugt ganz offenbar die Macht des Kaisergedankens in Roncalia, haben doch auf der Versammlung von 1158 alle Großen Italiens, einschließlich der städtischen Konsuln, den Rechtsaussagen der Doktoren zugestimmt, und zwar in der Form eines konsensgestützten Reichsweistums. Die äußere, mehr formale Legitimation bildet also die traditional-rechtliche mittelalterliche Form des Konsenses, die überschießende inhaltliche aber die Textgrundlage des römischen Rechts in der Aussage der Doktoren über die Rechte des Kaisers in Italien. Alte, traditionale und neue (rationale?) Legitimation werden also nebeneinander gestellt. Aussagen, die sich nur auf die letztere stützen, unterliegen aber einer historischen Korrektur.

Lassen Sie mich kurz die Kaiserrechte von Roncalia nach den Erkenntnissen Colornis rekapitulieren und dann ihre Korrektur betrachten, die sozusagen als ideologischer Überschuß vor der mittelalterlichen Verfassungsrealität keinen Bestand haben konnte!

In Roncalia wurden neben dem altbekannten Regalienweistum drei weitere Gesetze über die Rechte des Kaisers von den Doktoren formuliert, von der Versammlung akklamiert und verkündet: Die *lex Omnis iurisdictio*, die *lex Palacia* und die *lex Tributum*. Die letztere hatte zum Inhalt eine dem Mittelalter fremde, römische Kopf- und Landsteuer. Sie vor allem wurde dann aus der Texttradition getilgt und führte zu den abwertenden Äußerungen über die Doktoren, sie hätten Italien rechtswidrig dem Kaiser tributpflichtig machen wollen³⁵. Die *lex Palacia* bekräftigte das Recht des Kaisers, in jeder Stadt eine befestigte Burg zu haben – ein Recht, auf das die Vorgänger vielfach durch Privileg verzichtet hatten. Auch diese *lex* wurde getilgt, der entsprechende Passus im Regalienweistum dagegen ist durch das Wort *consuetis* der geltenden, gewohnheitsrechtlich legitimierten Lage angepaßt³⁶.

Die *lex Omnis iurisdictio* knüpfte Rechtsprechung und Zwangsgewalt (*districtus*) im italischen Reich an den Kaiser, und zwar mit dem Mittel des byzantinischen Beamteneides, nicht des Lehnrechts. Die gewählten Konsuln der Kommunen wären dann als kaiserliche Beamte eingesetzt worden³⁷. Hierum vor allem

Zur sich wandelnden Stellung der Juristen vgl. *Johannes Fried*, Die Entstehung des Juristenstandes im 12. Jahrhundert (Köln, Wien 1974).

³⁴ Colorni, (wie vorige Anm.) in seiner Problemstellung Kapitel 1–3, S. 1–8.

³⁵ Colorni, (wie Anm. 33) 45.

³⁶ Colorni, (wie Anm. 33) 33 f.; *Consuetudines feudorum*, MGH Leges IV, Bd. 1, 244 f. in der Fassung des Accursius: *Quae sint regalia ... et palatia in civitatibus consuetis ...*; Mansi, Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio 17, Venedig 1772, (Synode von Ravenna) col. 340: *In domibus ecclesiarum neque missus, neque comes vel iudex quasi pro consuetudine neque placitum nec hospitium vindicent: sed in publicis rebus domos restituant, in quibus placitum teneant et secundum antiquam consuetudinem hospitentur*. Auswirkung der *Lex Palacia* bei Friedrich II: Er verteidigt (mit Bezug auf die Synode von Ravenna) das alte Gewohnheitsrecht, ebenso wie die Vertreter der Kirche in der Stadt ein *palacium* zu haben. Vgl. MGH SS XX, S. 461, Z. 51 und 462, Z. 26–29; Colorni, 34.

³⁷ Zur *Omnis iurisdictio* in MGH DFI 238 vgl. die Arbeiten E. Seckels, Quellenfunde, in:

ging der langjährige Kampf der Lega Lombarda, der im Konstanzer Friede von 1183 zur weitgehenden Anerkennung der kommunalen Konzeption führte; das konnte der Kaiser akzeptieren, denn die Kommunen wollten ja nie den Verband des Reiches verlassen. Die Kommunen erhielten die Anerkennung ihrer bisherigen Rechte, also des Gewohnheitsrechts. Ihre Konsuln oder Richter aber hatten Jurisdiktion und Banngewalt vom Kaiser zu empfangen – jedoch nicht in beamteten-, sondern in lehnrechtlichen Formen, die statt Gehorsams wechselseitige Treue und damit die Möglichkeit zur Formierung einer Liga zum rechtmäßigen Widerstand gegen den Kaiser umfaßte³⁸.

Zwischen Roncalischem Reichstag 1158 und Konstanzer Friede 1183 vollzieht sich also eine Anpassung der Konzeption des römisch-byzantinischen Kaiserrechts, wie es die Bologneser Doktoren im Sinn hatten, an die mittelalterliche Verfassungsform und Verfassungswirklichkeit. Die hochgesteckte Herrschaftsutopie, die Barbarossa von den Doktoren übernommen und diese aus den römischen Rechtstexten gewonnen hatten, war gescheitert. Geblieben war jedoch zweifellos eine erhebliche Straffung des Herrschaftssystems. Vor allem war die dem Mittelalter vorher fremde konsequente Ableitung des zentralen Herrschaftsrechts, Gericht und Bann, vom Herrscher, wenn auch in lehnrechtlicher Form, nun anerkannt. Der Herrscher war hier mehr als der Erneuerer der lebensweltlichen, rechtsgewohnheitlichen Ordnung. Die konsequente Ableitung von Gericht und Bann vom König findet sich bald darauf auch auf deutschem Reichsboden, nämlich im Sachsenspiegel festgeschrieben³⁹.

Der zweite staufische Anlauf zu einem Herrschertum, das auf Gesetzgebungsgewalt und Beamtenhierarchie beruht, nämlich der Friedrichs II., führt nur im süditalischen Normannenstaat zum Erfolg⁴⁰. In Oberitalien scheitert er erneut an

Festgabe für Otto von Gierke Bd. 1 (Breslau 1910) 47–168, über die ardzionischen Extravagantes, in denen um Titel II unmittelbar hinter der Lex regalia drei bislang unbekanntere weitere Gesetze desselben Kaisers Friedrich I. mit Anfangsworten bezeichnet werden (86 f., 145): Extr. II, 28: *Omnis iurisdictio et omnis districtus apud principem est* etc. Der unbekanntere Inhalt dieser Gesetze wurde bei Baldus identifiziert (*Baldus de Ubaldis*, Consilium 300, in: Gesamtausgabe [Venedig] 1580, fol. 75v., Sp. 1, sowie in: In usus feudorum commentaria [Lyon 1585] fol. 86, col.1 und 2 Nr. 7) und schließlich durch Colorni in den Summa feudorum des Iacobus de Ardzone gefunden (*Colorni*, wie Anm. 33, 26 f.) und lautet: *Omnis iurisdictio et omnis districtus apud principem est et omnes iudices a principe administrationem accipere debent et iusiurandum prestare quale a lege constitutum est*. Zum Inhalt der Lex vgl. auch *Colorni*, ebda. 28 f. Zu Baldus vgl. auch: *Kenneth Pennington*, The Authority of the Prince in a *Consilium* of Baldus de Ubaldis, in: *Studia in honorem Alphons Stickler* (Rom 1992) 483–515.

³⁸ Vgl. den Konstanzer Frieden von 1183 mit den Vorschriften über die Anerkennung des Gewohnheitsrechtes, die Übertragung von Jurisdiktion und Banngewalt an die Konsuln und mit dem Widerstandsrecht (MGH Diplomata X, 4, DF1 848, S. 68–77. Zum Konstanzer Frieden vgl. auch *Alfred Haverkamp*, Der Konstanzer Friede zwischen Kaiser und Lombardenbund (1183), in: *Kommunale Bündnisse Oberitaliens und Oberdeutschlands im Vergleich*, hrsg. v. *Helmut Maurer* (VuF 33, Sigmaringen 1987) 11–44.

³⁹ Vgl. Sachsenspiegel, Landrecht III 64 § 5 und III 65 § 1.

⁴⁰ Zum Normannischen Staat Friedrichs II.: *M. Caravale*, Il Regno normanno di Sicilia (Milano 1966); *E. Mazzaresse Fardella*, Aspetti dell'organizzazione amministrativa nello stato

der mit dem Papst verbündeten Macht der Kommunen. Die Juristen der Bologneser Schule aber hatten sich inzwischen stärker der Realität dieser Kommunen genähert; Friedrich zieht es deshalb vor, für die Ausbildung seiner Beamtenjuristen die stärker autoritär verfaßte Hohe Schule in Neapel zu gründen⁴¹.

Freilich bleibt der römisch-byzantinische Gedanke der umfassenden Rechtsstellung des Kaisers in der Rechts- und Staatstheorie des Abendlandes weiter wirksam – er ist gleichsam ein Kondensationspunkt der sich langsam entwickelnden Theorie staatlicher Souveränität. Freilich wird das Kaiserrecht immer mehr auf modernere Mächte, als es der Kaiser des römisch-deutschen Reiches war, bezogen. Als Kaiser gilt, wer keinen Höheren über sich anerkennt, *superiorem non recognoscens*, und so wird mit Hilfe der Juristentheorie der König von Frankreich zum *imperator in territorio suo*⁴². Später werden sogar die deutschen Fürsten, vorbehaltlich der letzten Rechte des Reiches, zum Herrscher mit der Rechtsstellung des römischen *princeps*. Aber auch den Städten wird die Zusammenfassung ihrer Herrschaftsrechte zugesprochen, soweit sie sich Autonomie errungen haben – *civitas sibi princeps*, eine bemerkenswerte Übertragung auf ein republikanisches Gemeinwesen. Gerade in diesem Fall geht es um die Begründung des Rechts, sich selbst Gesetze zu geben⁴³.

Der Griff der Bologneser Doktoren zu den Prinzipien römisch-byzantinischen Kaiserrechts war also nicht folgenlos. Er brach sich aber an der gegenüber dem römisch-byzantinischen Staat ganz anderen Verfassungswirklichkeit des okzidentalischen Europa. In ihm hatte seit der gregorianischen Wende, der ‚päpstlichen Revolution‘ also⁴⁴, die Kirche eine der weltlichen Herrschaft nicht mehr einge-

normanno-svevo (Milano 1966); *Carlrichard Brühl*, Fodrum, Gistum, Servitium regis. Studien zu den wirtschaftlichen Grundlagen des Königtums im Frankenreich und in den fränkischen Nachfolgestaaten Deutschland, Frankreich und Italien vom 6. bis zum 14. Jahrhundert, 2 Bde. (Köln, Graz 1968); Probleme um Friedrich II., hrsg. v. *Josef Fleckenstein* (VuF 16, Sigmaringen 1974).

⁴¹ *Manlio Bellomo*, La scienza del diritto al tempo di Federico II, in: Federico II e le scienze, a cura di Pierre Toubert e Agostino Paravicini Bagliani (Palermo 1994) 86–106. Den Unterschied der genossenschaftlichen Universitätsverfassung zur Hochschule von Neapel heben hervor: *Otto Gerhard Oexle*, Alteuropäische Voraussetzungen des Bildungsbürgertums – Universitäten, Gelehrte und Studierende, in: Bildungsbürgertum im 19. Jahrhundert, Teil I, hrsg. v. *Werner Conze* und *Jürgen Kocka* (Stuttgart 1985) 29–78 sowie *Marie Theres Fögen*, Modell und Mythos. Die Rechtsfakultäten von Konstantinopel, Neapel und Bologna im Mittelalter, in: Rechtshistorisches Journal 15 (1996) 101–204.

⁴² Dazu *Francesco Calasso*, I Glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico (Mailand 31957); *Bruno Paradisi*, Il pensiero politico dei giuristi medievali, in: Studi sul medioevo giuridico VI. 1 (Rom 1987) 263–433.

⁴³ Zum Begriff *Civitas sibi princeps*: *Otto von Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3: Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland (Berlin 1881, ND Darmstadt 1954); *Pierre Michaud-Quantin*, Universitäts. Expressions du mouvement communautaire dans le moyen âge latin (Paris 1970). Eine klare und zusammenfassende Darstellung ‚Civitas und Imperium‘ jetzt bei *Ulrich Meier*, Mensch und Bürger. Die Stadt im Denken mittelalterlicher Theologen, Philosophen und Juristen (München 1994) 130–147.

⁴⁴ Der Begriff päpstliche Revolution, „papal revolution“, findet im Gefolge von *Harold J.*

ordnete Stellung, in ihm waren die ständischen Mächte konsensberechtigte Mitträger von Herrschaft, wie das u. a. im Lehnrecht einschließlich seines ein Widerstandsrecht umfassenden Treubegriffs zum Ausdruck kommt, in ihm waren Städte eidgenossenschaftlich organisierte Herrschaftsträger. Aber auch der Juristenstand, einmal vom Kaiser und bald auch vom Papst legitimiert, besann sich auf seine mittelalterliche Autonomie als genossenschaftlich organisierter Berufsstand, variierte seine theoretischen Bezugspunkte für rechtsgestützte Herrschaft und bot seine intellektuellen Dienste Kommunen und Fürsten, Kirche und – auch – dem Kaiser an⁴⁵.

Schon an anderer Stelle habe ich darauf hingewiesen, wie der Gedanke des Kaiserrechts dadurch, daß er aus der alleinigen Fixierung auf das römische Recht gelöst wurde, zum Mittel der Überwindung der Partikularität und Fragmentarität mittelalterlichen Rechts, zum Mittel der Generalisierung und Universalisierung, damit des Transfers von Recht verschiedenartigsten Ursprungs werden konnte⁴⁶. Das macht zweifellos einen großen Teil seiner Bedeutung im Spätmittelalter aus.

Wir beginnen wiederum in Italien und im Umkreis des Reichstages von Roncaglia. Wie wir sahen, wird das Scholarenprivileg als *Authentica Habita* auf Befehl des Kaisers, und sicher auf Wunsch der Bologneser Doktoren, den Kaisergesetzen des *Corpus iuris* eingefügt – daneben als einziges weiteres Gesetz Barbarossas noch die Verordnung *Sacramenta puberum*. Die, gegenüber der in den Gesetzen Justinians erwähnten Rechtsschule von Beryt so andersartige mittelalterliche Universitätsverfassung wird damit Teil des europäischen *ius commune*⁴⁷. Aber auch die übrigen Roncalischen Gesetze, außer jenen, die aus den genannten Gründen aus der Tradition verdrängt wurden, also die Reklamierungen des kaiserlichen Pfalzen- und Steuerrechts sowie der Jurisdiktion – auch die übrigen Gesetze werden in die Überlieferung des *ius commune* aufgenommen, nämlich das Regalien-, das Landfriedens- und das Lehnsgesetz. Das geschieht, indem diese Texte dem Bestand der *Libri feudorum* angefügt werden, der sich aus älteren italischen Kaisergesetzen und den Traktaten des Mailänder Konsuls Ubertus de Orto zu dieser Zeit bildet⁴⁸. Dem wird angefügt der Text des Konstanzer Friedens⁴⁹. In ihm war

Berman, *Law and Revolution* (Cambridge/Mass. 1983; deutsch: *Recht und Revolution*, Frankfurt 1991) zunehmend Anklang.

⁴⁵ *Franz Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte* (wie Anm. 3).

⁴⁶ Vgl. hierzu *Gerhard Dilcher*, *Kaiserrecht. Universalität und Partikularität in den Rechtsordnungen des Mittelalters*, in: *Rivista internazionale di Diritto Comune* 5 (1994) 211–245.

⁴⁷ Zur Charakterisierung der mittelalterlichen Universitätsverfassung vgl. *Herbert Grundmann*, *Vom Ursprung der Universität im Mittelalter* (Berlin 1957), in: *Ausgewählte Aufsätze* 3: *Bildung und Sprache* (Schriften der MGH 25,3, Stuttgart 1978) 292–342; *Peter Classen*, *Studium und Gesellschaft im Mittelalter*, hrsg. v. *Johannes Fried* (Stuttgart 1983); *Oexle*, *Alt-europäische Voraussetzungen* (wie Anm. 41); *Bellomo*, *La Scienza* (wie Anm. 41).

⁴⁸ *Paul Lehmann*, *Das langobardische Lehnrecht* (Göttingen 1896). Zu den Anhängen an die *Libri feudorum* vgl. *Colomi*, *Die drei verschollenen Gesetze* (wie Anm. 33); *Gerhard Dilcher*, *Art. Libri Feudorum*, in: *HRG II*, Sp. 1995–2001.

⁴⁹ Vgl. hierzu den editorischen Bericht zum Konstanzer Frieden (MGH *Diplomata X*, 4, DFI 848, S. 70f.); vgl. auch *Baldus de Ubaldis*, *Liber de pace Constantiae Venetiis*, in: *Corpus Iuris Civilis*, vol. IV, 159–190.

nicht nur die verfassungsrechtliche Existenz der Kommunen einschließlich ihrer Regalienverwaltung, damit die Kraft des seit Heinrich IV. entstandenen Gewohnheitsrechts gegen die Unverjährbarkeit kaiserlicher Hoheitsrechte anerkannt, sondern auch die Ableitung von Jurisdiktion und Banngewalt vom Kaiser, allerdings in feudalkrechtlicher Leiheform, nicht in der byzantinisch-beamtenstaatlichen der von den Doktoren formulierten *lex Omnis*. Das Kaiserrecht von Roncalia, auch soweit es eigentlich lombardisches Partikularrecht war, wurde auf diese Weise in den Bereich des *ius commune* transferiert. Es stand damit der europäischen Rechtswissenschaft als Text zur Verfügung.

Die wichtigen Grundlagen des in der Stauferzeit voll ausgeformten mittelalterlichen Verfassungsrechts, das sich so deutlich vom römisch-byzantinischen Staatsrecht unterschied, waren damit unter dem Prinzip des Kaiserrechts in das *ius commune* aufgenommen. Es enthielt also die Regalien, das Lehnrecht, die Landfriedenswahrung, Jurisdiktions- und Bannleihe durch den Herrscher, die Anerkennung weitgehend autonomer Kommunen und ihrer Organe sowie die genossenschaftliche Universitätsverfassung.

Die mittelalterliche Kirche aber hatte im zweiten Strang des *ius commune*, dem gratianischen und dem von den Päpsten fortgebildeten *ius canonicum*, ein eigenständiges und dynamisches Recht von gleicher oder sogar höherer Dignität als das Kaiserrecht. Ein der Verfassungsrealität naher Textbestand konnte damit Ansatzpunkt der Verrechtlichung und Verwissenschaftlichung des öffentlichen Rechts werden. Er stand ohne unmittelbare Vermittlung neben denjenigen Textstellen, die die absolutistische Herrschermacht des römischen *princeps* herausstellen. Nicht zu vergessen ist allerdings hier der Hintergrund der aristotelischen Politik, der die Bedeutung der demokratischen und aristokratischen neben der monarchischen Regierungsform und die Vorzüge einer gemischten Verfassung in Erinnerung hielt. Hierdurch war die autokratische Einkleidung, die das römische Recht vor allem durch Justinian erhalten hatte, für die europäische Wissenschaft in eine pluralistischere Grundlage für jede Staatstheorie verwandelt. Alleine die Kaiserkonzeption Friedrichs II. versuchte es, diese autokratischen Elemente isoliert zu verwenden, und scheitert damit an den Gegenmächten Kirche und Kommunen.

Wie aber steht es in den Gebieten nördlich der Alpen, in denen der deutsche König unter dem Gedanken der *translatio imperii* Kaiserrechte beanspruchen konnte? Hier hat ja Hermann Krause ab dem 13. Jahrhundert eine Fülle von Bezugnahmen auf Kaiserrecht, oder richtiger: Legitimation von verschriftlichtem Recht unterschiedlicher Art als Kaiserrecht feststellen können⁵⁰. In meiner erwähnten Studie habe ich nachgewiesen, wie es sich hier überall um die Mobilisierung des Rechts, nämlich um die Möglichkeit des Transfers von partikularem Recht handelt, mithin um Universalisierung von Recht⁵¹. Ein Mittel dazu ist es, die Rechtslegitimation gegenüber dem Frühmittelalter umzudrehen: Nicht mehr

⁵⁰ Vgl. Krause, (wie Anm. 6) 45–49.

⁵¹ Dilcher, Kaiserrecht (wie Anm. 46).

der soziale Untergrund des partikularen Rechtskreises, also Gewohnheit und Herkommen, sondern die oberste Autorität legitimiert das Recht. Während der Sachsenspiegel noch das Rechtsherkommen der Sachsen spiegeln will⁵², verstehen sich die folgenden, fälschlich von den germanistischen Rechtshistorikern Schwabenspiegel und Frankenspiegel genannten Rechtsaufzeichnungen als (das große und das kleine) Kaiserrecht⁵³. Ihrer Ausbreitung über ein Stammesgebiet hinaus stand also durch die Legitimationsgrundlage nichts im Wege. Aber auch der Sachsenspiegel wurde bald als Kaiserrecht aufgefaßt, ganz konkret das Landrecht als Gesetz Karls des Großen, das Lehnrecht als Gesetz Friedrich Barbarossas; er war somit transferierbar⁵⁴. Wir möchten hier darum noch einen Blick auf diese Rechtsquelle werfen, die offenbar an der Bruchstelle zweier Legitimationsmodelle steht.

Eike von Repchow will bekanntlich das von den Vorfahren überlieferte Recht widerspiegeln; es ist ihm ebenso Stammesrecht wie Landrecht der Sachsen. Dieses Recht bedarf also keiner kaiserlichen Bestätigung. Kaiser Karl hat zwar die Normen des Christentums zurecht in Sachsen eingeführt, aber darüber hinaus haben die Sachsen altes Recht wider Karls Willen behalten⁵⁵. Andererseits ist das Prinzip der Einheit seinem Aufbau zugrundegelegt: Gott ist selber Recht, also ruht das Recht letztlich in ihm. Vor allem aber beruht alles Gericht und alle Zwangsgewalt auf Gott, der darum Papst und Kaiser mit den zwei Schwertern beliehen hat⁵⁶. Nicht nur die Lehnshierarchie in Form der Heerschildordnung hat so ihre Grundlage im König, sondern ebenso das Gericht durch die in lehnrechtlichen Formen weitergegebene Banngewalt. Keinen lehnrechtlichen Leihezwang spricht der Spiegler aus, haben die Forschungen ergeben, sondern die Sorge, daß der Delegationszusammenhang des Bannes aus der Hand des Königs gewahrt bleiben muß⁵⁷. Genau dies aber ist der Inhalt der roncalischen *lex Omnis iurisdictio* in einer lehnrechtlichen Umdeutung. Zumindest die theoretische *reductio in unum* der Legitimation von rechtmäßiger Gewalt ist damit vom Sachsenspiegler geleistet, und damit stellt er sich in das Welt- und Verfassungsbild des staufischen Zeitalters. Daß ihm dazu das schulmäßige Rüstzeug eines dialektisch-scholastischen Denkens zur Verfügung stand, zeigt er bekanntlich in seiner Behandlung der Freiheitfrage in Form einer *quaestio*⁵⁸. Das wichtige Prinzip der einheitlichen Ablei-

⁵² Alexander Ignor, Über das allgemeine Rechtsdenken Eikes von Repgow (München 1984); Rolf Lieberwirth, Eike von Repchow und der Sachsenspiegel (Berlin 1982).

⁵³ Gero Dolezalek, Art. Frankenspiegel, in: HRG I, Sp. 1202f. und Friedrich Ebel, Art. Sachsenspiegel, in: HRG IV, Sp. 1228f. vgl. auch Die Wolfenbütteler Bilderhandschrift des Sachsenspiegels, Aufsätze und Untersuchungen, hrsg. v. Ruth Schmidt-Wiegand (Berlin 1993).

⁵⁴ Krause, (wie Anm. 6) 87 ff.

⁵⁵ Sachsenspiegel, Reimvorrede und Textus Prologi. Vgl. auch Dilcher, Mythischer Ursprung und historische Herkunft (wie Anm. 13).

⁵⁶ Sachsenspiegel, Landrecht I, 1.

⁵⁷ Vgl. Werner Goetz, Der Leihezwang. Eine Untersuchung zur Geschichte des deutschen Lehnrechtes (Tübingen 1962).

⁵⁸ H. Kolb, Über den Ursprung der Unfreiheit. Eine Quaestio im Sachsenspiegel, in: Zeitschrift für deutsches Altertum 103 (1974) 289–311.

tung liegt also dem Sachsenspiegel zwar nicht bezüglich des materiellen Rechts, wohl aber des Rechtszwanges und des Lehnrechts zugrunde, damit den wichtigsten Grundlagen von Herrschaft. Das konnte der Ansatzpunkt dafür sein, dieses Recht auch inhaltlich als Kaiserrecht aufzufassen und damit über den Bereich, in dem es durch Tradition in seiner Geltung legitimiert war, transferierbar zu machen.

Am deutlichsten läßt sich meine These, daß das Bedürfnis nach Übertragung und Generalisierung über die fragmentierten, partikularen Rechtskreise hinweg mit dem Gedanken des Kaiserrechts zusammenspielt, am Bereich des Stadtrechts belegen. Wir sahen, daß das königliche Marktregal im 11. und 12. Jahrhundert dazu diente, Systeme gleichen Marktrechts zu schaffen⁵⁹. Ein Stadtregal aber gab es nicht, und auch das Markt- und Befestigungsregal kam in die Hand der Fürsten⁶⁰. Eine interessante Verbindung stellt Lübeck dar, das nach seiner Gründung durch Heinrich den Löwen durch Barbarossa privilegiert und durch Friedrich II. *ad dominium imperiale specialiter pertinens* erklärt wird⁶¹. Nicht nur für die Reichsfreiheit Lübecks, sondern auch für die Entwicklung und Ausbreitung lübischen Rechts besaß die Stadt damit einen sorgfältig gehüteten Bezug zu Kaiser und Reich⁶². Aber auch die, aus Sachsenspiegel und Magdeburger Recht gespeiste stadtrechtliche Variante des sächsischen Rechts, das sächsische Weichbild, wird in einer ausführlichen Entstehungslegende mit dem Kaisertum, vor allem den Trägern der großen *Renovationes imperii*, Karl dem Großen und den Ottonen, verknüpft⁶³. Schließlich sei daran erinnert, daß das nach dem Vorbild des Sachsenspiegels gebildete große Kaiserrecht, der Schwabenspiegel also, in seiner Entstehung mit dem Augsburger Stadtrecht eng verbunden ist und seine Handschriften fast immer in enger Verbindung zu stadtrechtlichen Texten überliefert sind⁶⁴. Für das kleine Kaiserrecht, den sog. Frankenspiegel, gilt dasselbe in Bezug auf Frankfurter Recht⁶⁵. Wenn im Stadtrecht für Ofen, das die ungarischen Könige den vor allem deutschen Kaufleuten und Siedlern verleihen, Bezüge auf Kaiserrecht aus den Rechtsspiegeln enthalten sind, so zeigt dies, wie sehr sich dieser Gedanke als Legitimationstopos vom römisch-deutschen Reich wie auch vom römischen

⁵⁹ Gerhard Dileher, Marktrecht und Kaufmannsrecht im Frühmittelalter, jetzt in: *ders.*, Bürgerrecht und Stadtverfassung im europäischen Mittelalter (Köln, Weimar, Wien 1996) 1–40.

⁶⁰ Vgl. MGH Const. II Nr. 156, S. 192–194, Das Reichsgesetz Kaiser Friedrichs II. gegen die bürgerlichen Selbstverwaltungsorgane und Handwerkerinnungen vom April 1232: *communia, consilia, magistros civium seu rectores* (c.1), sowie ebda. Nr. 171, S. 211–213, Das *Statutum in favorem principum* Friedrichs II. vom Mai 1232.

⁶¹ Vgl. Diestelkamp, Elenchus (wie Anm. 16) Nr. 134, Juni 1226, c.1: *ut praedicta civitas Lubicensis libera semper sit, videlicet specialis civitas et locus imperii et ad dominium imperiale specialiter pertinens*.

⁶² Vgl. Wilhelm Ebel, Lübisches Recht (Lübeck 1971); *ders.*, Art. Lübisches Recht, in: HRG III, Sp. 77–84.

⁶³ Vgl. Krause, Kaiserrecht (wie Anm. 6) 22; Das Rechtsbuch nach Distiktionen. Ein Eisenachisches Rechtsbuch, hrsg. v. Friedrich Ortloff (Jena 1936, ND Aalen 1967).

⁶⁴ Vgl. Winfried Trusen, Art. Schwabenspiegel, in: HRG IV, Sp. 1547–1551.

⁶⁵ Vgl. Gero Dolezalek, Art. Frankenspiegel/Frankfurter Recht, in: HRG I, Sp. 1202–1204.

Recht gelöst hat und dem Rechtstransfer innerhalb der lateinischen Christenheit diente⁶⁶. Der Kaisergedanke legitimiert hier also die Universalisierung und Übertragung von verschriftlichtem Recht, das ursprünglich in einem partikularrechtlichen Kontext entstanden ist. Allerdings wird dieses Recht damit natürlich noch nicht *ius commune* im Sinne der Statutentheorie der gelehrten Rechtsschule⁶⁷. Zum Partikularrecht in diesem technischen Sinne aber wird es erst, als das römische Recht, und mit ihm die Statutentheorie, seinen Siegeszug begann. Wenn dieses sich nun auf die Legitimation als Kaiserrecht berief, so konnte es sich auf eine lange Geschichte dieses Gedankens mit verschiedenen Inhalten auch nördlich der Alpen beziehen. Seine Durchsetzung verdankt das römische Recht diesem Topos aber nun sicher nicht mehr.

Ich fasse meine Ergebnisse in zehn Thesen zusammen:

1. Der Gedanke des Kaiserrechts taucht nicht in Verbindung mit der *renovatio imperii* zwischen Karl dem Großen und der Salierzeit auf. In dieser Zeit erscheint vielmehr der König als Erneuerer der vom Niedergang bedrohten Rechtsordnung. Gegenstand dieser Erneuerung sind Stammesrechte und die Rechtsordnungen der Grundherrschaften, bzw. der Privilegien für ihre meist geistlichen Herren.

2. Der Gedanke der Rechtserneuerung sieht den Ursprung des Rechts in einer oralen rechtsgewohnheitlichen Ordnung, also im sozialen Leben. Der Herrscher übt seine Tätigkeit der Erneuerung im Umherziehen und im zeitlichen Rhythmus von Jahren und Generationen aus. Das zugrunde liegende Zeitmodell ist das der zyklischen Wiederkehr.

3. In massiver Form findet sich der Gedanke des Kaiserrechts in der Begegnung der Bologneser Doktoren mit Friedrich Barbarossa in Bologna 1155 und Roncalia 1158. Er wird im Denken der Rechtsgelehrten vorbereitet durch den dialektischen Denkstil der *reductio ad unum*, den Kaisergedanken im römischen Recht und in den Constitutionen und Proömien Justinians, aber auch durch das Ungenügen einer zunehmend partikularistischen, fragmentierten Rechtsordnung in einem Zeitalter wachsender Mobilität.

4. Die Gedanken des römischen Rechts als geltenden Kaiserrechts sowie der kaiserlichen Gesetzgebungsmacht prägen die von den Bologneser Doktoren formulierten Gesetze von Roncalia 1158. Sie entsprechen aber nicht der mittelalterlichen Verfassungsrealität und kollidieren besonders mit der gewohnheitsrechtlich entwickelten Stellung der lombardischen Stadtkommunen. Wesentliche Teile der am römisch-byzantinischen Kaisergedanken orientierten Gesetze werden deshalb in der juristischen Schultradition eliminiert, andere durch den Konstanzer Frieden korrigiert.

5. Die Legitimation des Bologneser Rechtsstudiums wird dagegen in der *authentica Habita* unmittelbarer Teil des römischrechtlichen *ius commune*. Die anderen roncalischen Gesetze, soweit sie nicht eliminiert wurden, sowie der Kon-

⁶⁶ Vgl. Dilcher, Kaiserrecht (wie Anm. 51) 243.

⁶⁷ Vgl. Schulze, Statutentheorie (wie Anm. 29).

stanzer Frieden erhalten durch die Aufnahme in die *libri feudorum* und damit in die gelehrte Rechtstradition den Rang des europäischen *ius commune*.

6. Der Gedanke eines kaiserlichen „absolutistischen“ Gesetzgebungsrechts, von Barbarossa eher propagandistisch aufgenommen, von Friedrich II. gegen die Kurie beansprucht, hat daneben eine eigene Geschichte. Sie nutzt weniger dem Kaiser, sondern führt zum Gesetzgebungsrecht der europäischen Fürsten, zur autonomen Rechtssetzungsbefugnis von städtischen Kommunen und mündet schließlich in der Souveränitätstheorie.

7. Der in der roncalischen *lex Omnis* angesprochene Grundsatz der Ableitung aller Jurisdiktion und Banngewalt vom Herrscher setzt sich, wenn auch nicht in beamtenrechtlicher, sondern in feudalrechtlicher Form durch. Zeugnisse dafür sind der Konstanzer Friede wie der Sachsenspiegel.

8. Wie sich schon am Schicksal der roncalischen Gesetzgebung zeigt, gibt die Verknüpfung von Recht mit dem Kaisergedanken die Möglichkeit, Rechtsaufzeichnungen über den Kreis ihrer partikularrechtlichen Entstehung zu transferieren bzw. zu rezipieren. Diese Möglichkeit wird in Deutschland im Bereich der Rechtsspiegel wie des Stadtrechts im 13. und 14. Jahrhundert intensiv genutzt.

9. Für die Rechtswissenschaft gibt die Ableitung des Rechts aus einer obersten Autorität die Möglichkeit zu einem hierarchischen Modell von Rechtsschichten, die durch die Kunst der dialektischen Methode harmonisiert, vermittelt und für den Einzelfall geklärt werden können (Statutentheorie). Diese Methode wird dann auch auf deutschrechtliche Quellen angewandt, wie die Glossierung des Sachsenspiegels schon früh zeigt.

10. Der Gedanke des Kaiserrechts hat damit im Umbruch der mittelalterlichen Ordnung, die durch die „päpstliche Revolution“ ausgelöst und von den Staufern aufgenommen worden ist, eine zentrale Bedeutung. Nachdem sich der Impetus des römisch-byzantinischen Kaisergedankens mit seinem revolutionären Rationalisierungsanspruch aber an der Widerständigkeit der mittelalterlichen Verfassungsrealität gebrochen hat, dient der Gedanke des Kaiserrechts als Legitimationstopos in sehr unterschiedlichen Bereichen und Funktionen. Formal wird dadurch eine traditionale Legitimation von unten durch eine traditionale Legitimation von oben ersetzt oder ergänzt. Inhaltlich wird aber dem Bedürfnis nach verschriftlichtem, sachadäquatem und damit rationalem Recht ein Weg gebahnt. Die Rechtsquellentheorie des gelehrten Rechts (Statutentheorie) gibt die Möglichkeit zur Vermittlung und Durchdringung der verschiedenen Rechtsschichten.

Jürgen Miethke

Die Frage der Legitimität rechtlicher Normierung in der politischen Theorie des 14. Jahrhunderts

Die politische Theorie hatte im Mittelalter, auch noch im Spätmittelalter, einen schweren Stand. Als Wissenschaft war sie keine eigenständige Disziplin, konnte sich erst ganz allmählich von ihren Nachbarwissenschaften emanzipieren und hat Eigenständigkeit eigentlich erst am Ende des Mittelalters erreicht. Wenn man dafür einen Namen nennen soll, so wird mit gewisser Regelmäßigkeit und guten Gründen Nicolò Machiavelli genannt. Aber diese Lage im Schatten der übermächtigen Nachbarn, in den Artisten-, Theologen- und Juristenfakultäten, hatte für das politische Denken des Mittelalters doch auch zugleich einen gewissen Vorteil. Zwar konnte die theoretische Reflexion über politische Probleme sich nicht auf eine einzige gefestigte Tradition, auf eine einheitliche wissenschaftliche Sprache, auf ausgewiesene Spezialisten stützen, die als Vertreter ihrer besonderen Disziplin als Fachleute gezielten Fragen zur Verfügung gestanden hätten. Dafür haben sich aber die großen Nachbardisziplinen jede für sich aus ihrer Perspektive und in ihrer jeweiligen Sprache und Begrifflichkeit, im Bewußtsein traditioneller Kompetenz und in der Erwartung aufmerksamer Zuhörer im Ernstfall jeweils zu Worte melden können.

Diese Erweiterung des Sprachangebots und Theorieservoirs, die sich gerade der Nichtselbständigkeit der politischen Theorie verdankt, erweiterte den Reflexionshorizont, vermehrte die in Frage kommenden Traditionsströme und verbreiterte damit den Schatz an Erfahrungen, die bei der Lösung vertrackter Probleme Hilfestellung zu leisten in der Lage waren, vermehrte auch den Kreis möglicher Adressaten bei der Bitte um Rat und (theoretische) Hilfe, indem sie im Grunde alle Fakultäten der scholastischen Universität mit einer gemeinsamen Verantwortung bei Problemen des Gemeinwesens ausstattete. Zugleich machte sie politische Theorie von vorneherein zu einem integrativen Unternehmen, das kaum damit auskommen konnte, nur eine einzige Perspektive, nur ein einziges Instrumentarium des Nachdenkens zu benutzen. Vielmehr war ein Blick über den Zaun der eigenen Kompetenz gefragt und gefordert. Scholastische Wissenschaft konnte demnach auch hier sehr praktische Zwecke verfolgen. Ich verzichte hier darauf, erneut die Sprachangebote der einzelnen Fakultäten skizzierend Revue passieren

zu lassen¹, es genügt, darauf zu verweisen, daß die Autoren politisch-theoretischer Schriften, in der Vielfalt ihrer Herkunft, diese Beobachtung in ihrer eigenen Person belegen könnten: Universitätsbesucher, Männer, die die scholastische Wissenschaft sozusagen professionell in wenigstens einer Fakultät „erlernt“ hatten, und die nun unter der Zuhilfenahme der formalen Schulung und der wissenschaftlichen Methoden, wie sie an den Universitäten Europas gebräuchlich waren, eine theoretische Antwort auf die Fragen ihrer Zeit und ihrer Zeitgenossen zu geben versuchten, das waren (fast)² durchweg alle Verfasser politischer Traktate des späteren Mittelalters, so unterschiedlich auch sonst ihr Lebensrahmen und ihre Motive im einzelnen gewesen sein mögen³.

Diese allgemeinen Ausgangsbedingungen gelten für jede Frage der politischen Theorie im späteren Mittelalter, auch für die uns hier aufgegebenen Frage nach der Legitimität des Rechts, für die Frage nach dem Maßstab, an dem die rechtlichen Normen des gesellschaftlichen Zusammenlebens zu messen seien, nach der Herkunft, die richtiges Recht haben, der Verpflichtung und Bindewirkung, die solches Recht sollte üben können und müssen. Wenn wir die Antworten des Mittelalters auf diese Fragen aufsuchen wollen, so dürfen wir daher keineswegs allein bei den

¹ Jürgen Miethke, Die Anfänge des säkularisierten Staates in der politischen Theorie des späteren Mittelalters, in: *Entstehen und Wandel des Verfassungsdenkens. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 15. 3. bis 17. 3. 1993*, Redaktion: Reinhard Mußgnug (Der Staat, Beiheft 11, Berlin 1996) 7–43, bes. 15 ff., oder *ders.*, Kanonistik, Ekklesiologie und politische Theorie. Die Rolle des Kirchenrechts im Spätmittelalter, in: *Proceedings of the 9th International Congress of Medieval Canon Law*, ed. Peter Landau, Jörg Müller (Monumenta Iuris Canonici, Series C: Subsidia 10, Città del Vaticano 1997) 1023–1051, bes. 1027 ff. – mit diesen beiden Arbeiten finden sich in dem vorliegenden Vortrag (den ich so abdrucke, wie ich ihn am 12. April 1997 in München gehalten habe) Überschneidungen in Argumenten und Belegen. (Abschluß des Ms. im Februar 1998).

² Wichtige „Ausnahmen“ aus dieser Regel bilden Ramon Llull, der autodidaktische katalanische Adlige, der sich im Rahmen seiner Bemühungen um die abschließende allgemeine und überall gültige Wissenschaft natürlich auch mit politischen Fragen beschäftigt hat, sowie Dante Alighieri mit seiner „Monarchia“. Dante hatte aber an den Schulen von Santa Maria Novella und Santa Croce in Florenz die Artes so intensiv kennengelernt, daß man von einer „scholastischen“ Bildung sprechen darf, Llull suchte und fand dauerhafte Beziehungen zur Pariser Universität. Auch diese beiden Ausnahmen stehen demnach nicht eigentlich abseits der Hochschulen.

³ Das kann ein kurzer Blick in jede zusammenfassende Darstellung zeigen, die auf die Prosopographie der Autoren Rücksicht nimmt. Vgl. z. B. *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, ed. Luigi Firpo, vol. II, tomo 2: *Il medioevo*, a cura di Ovidio Capitani, Mario delle Piane, Paolo Delogu, Francesco Gabrieli, Raoul Manselli, Bruno Paradisi, Armando Pertusi, Giovanni Tabacco, Sofia Vanni Rovighi, Cesare Vasoli (Turin 1983); Dieter Mertens, Geschichte der politischen Ideen im Mittelalter, in: Hans Fenske, Dieter Mertens, Wolfgang Reinhard, Karl Rosen (Hrsg.), *Geschichte der politischen Ideen von Homer bis zur Gegenwart* (Fischerbuch 4367, Frankfurt/Main ²1987); Jürgen Miethke, Politische Theorien im Mittelalter, in: *Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart*, hrsg. v. Hans-Joachim Lieber (Studien zur Geschichte und Politik 299, Bonn ²1993) 47–156 [Übers. ins Kastilische durch Francisco Bertelloni, *Las ideas políticas de la Edad Media* (Buenos Aires 1993)]; *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, hrsg. v. Iring Fetscher, Herfried Münkler, Bd. 2: *Mittelalter* (München 1993).

Fachjuristen anklopfen. Wenn unsere Ausgangsthese richtig ist, sind wir vielmehr gezwungen, den Blick weiter in die Runde schweifen zu lassen und auch die anderen Wissenschaften ins Auge zu fassen. Freilich kann ich nicht beanspruchen, „die“ Antworten „des“ Mittelalters allgemein hier auch nur in einem Kavaliersprospekt aus der Vogelperspektive vorzuführen, zu vielstimmig wäre der Chor, zu dissonant die Klänge, die uns da entgegen schallten. Darum beschränke ich mich auf das Beispiel einer thematischen Diskussion, eines in sich wenn nicht geschlossenen, so doch wenigstens einigermaßen kohärenten Argumentationszusammenhangs, das uns Breite und Möglichkeiten mittelalterlicher Theoriebildung vielleicht verdeutlichen kann, und wähle die Diskussion um die höchste Kompetenz in der Christenheit in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts aus, die Debatte „De potestate papae“⁴. Im einzelnen soll hier – nach einer kurzen Vorstellung des theoriegeschichtlichen Ortes dieser Diskussion – die Frage nach der Legitimation rechtlicher Normen bei vier Autoren knapp skizziert werden, um dann in einem – freilich knappen – Resumée eine Bilanz zu versuchen.

Die Frage nach der Legitimation und der Legitimität rechtlicher Normen ist nicht immer und überall im Mittelalter gestellt worden, sie tritt erst relativ spät auf den Plan, erst mit der Hochscholastik des 13. Jahrhunderts wird sie explizit. Auf die politische Theorie angewandt erscheint sie ausdrücklich, wenn ich richtig sehe, erst genau in jenem Diskussionszusammenhang des frühen 14. Jahrhunderts, dem wir uns hier zuwenden wollen. Das ist so überraschend nicht, wenn wir allgemein Thematik und literarische Form politischer Reflexion mit theoretischem Anspruch bedenken. Politisches Denken hat es selbstverständlich auch im Früh- und Hochmittelalter gegeben, politische Theorie freilich nur in einigen eher schüchternen Ansätzen, vor allem in Form ethischer Reflexion auf Pflichten und Aufgaben des Herrschers, wie sie seit den karolingischen Fürstenspiegeln in Herrscherlob, Herrscherkritik und Herrscherparänese eine sittliche Explikation der herrscherlichen Stellung und damit zugleich Maßstab und Grenzen herrscherlicher Machtübung zu formulieren versuchten, um so den Herrscher und seine Macht durch ethische (Selbst-)Bindung gewissermaßen zu zähmen⁵. Das Recht war dabei weniger selber problematisiert worden, als es vielmehr seinerseits dem Herrscher durch die Rahmensetzung seines Handelns einen gültigen und (als solchen nicht befragten) Maßstab in die Hand geben sollte. Daher ist dort, wo die Frage nach der Legitimität herrscherlichen Handelns mit erstaunlicher Radikalität gestellt wird, bei Atto, dem Bischof des vorottonischen Vercelli († vor 964, 960/961?)⁶, auch keine Reflexion über die Kriterien zu finden, die im einzelnen das

⁴ Eine grobe Übersicht über die Texte [mit Angaben über die jeweilige handschriftliche Überlieferung] bei Jürgen Miethke, Die Traktate „De potestate papae“ – ein Typus politisch-theoretischer Literatur im späteren Mittelalter, in: Les genres littéraires dans les sources théologiques et philosophiques médiévales, edd. Robert Bultot, Léopold Gênicot (Louvain-la-Neuve 1982) 198–211.

⁵ Vgl. insbesondere Hans Hubert Anton, Fürstenspiegel und Herrscherethos in der Karolingerzeit (Bonner Historische Forschungen 32, Bonn 1968).

⁶ Attonis qui fertur „Polipticum, quod appellatur perpendiculum“, hrsg. [und übers.] von

Recht auf Herrschaft legitimieren, so genau, ja so penibel in dem mit „Polipticum quod appellatur perpendiculum“ („Vielblätterbuch oder Senkblei“) überschriebenen Text aus der Mitte des 10. Jahrhunderts die verhängnisvolle Kette des Unheils, das unweigerlich aus illegitimem Herrschaftserwerb folgt, auch analysiert und beschrieben wird. Wenn einmal die Herrschaft in ungerechter, illegitimer Form ergriffen wurde, so folgt ein wahrer Teufelskreis von Missetat, Gewalt und Rechtsbruch auf allen Seiten und auf allen Stufen der Herrschaftsordnung, ein Teufelskreis, in den alle Handelnden unentrinnbar hineingezogen werden. Herrschaft kann legitim ausschließlich durch göttliche Berufung, durch Volkswahl oder kraft Erbreehts errungen werden⁷. Wenn Usurpation diese Vorbedingung durchbricht, so ist der Mahlstrom des Verderbens nicht mehr aufzuhalten, wie in dem Text im einzelnen gezeigt wird: *Das Laster hört nicht auf, wiederum erheben sich andere und drehen sich in gleichem (verwerflichen) Tun*⁸. Dagegen hält das legitim gewonnene und legitim geübte Fürstenamt die wankende Weltordnung aufrecht⁹, da es in der göttlich gerechten Ordnung gründet und in den gottgegebenen Abstufungen der Sozialordnung wurzelt. Der Herrscher erfüllt nur dann seine Aufgabe recht, wenn er sich in diese Ordnung stellt und seinen Pflichten in der Wahrung dieser Ordnung dadurch Genüge tut, daß er allen an ihrem Platz zur Erfüllung ihrer je spezifischen Aufgaben verhilft.

Georg Goetz (Abh. der Sächsischen Akademie der Wissenschaften, Philologisch-Historische Kl. 37/2, Leipzig 1922); dazu vor allem Percy Ernst Schramm, Ein „Weltspiegel“ des 10. Jahrhunderts. Das „Polypticum“ des Bischofs Atto von Vercelli [1928], jetzt in: Schramm, Kaiser, Könige, Päpste, Bd. 3 (Stuttgart 1969) 17–29; Suzanne Fonay Wemple, Atto of Vercelli. Church, State and Christian Society in Tenth Century Italy (Temi e testi 27, Rom 1979); knapp Jürgen Miethke, Politische Theorien (wie Anm. 3) 55–59.

⁷ Polipticum [c. 2], ed. Goetz, (wie vorige Anm.) 14 [Fassung A]: *Tale quod resoluimus discrimine trino scanditur fastigium. quidam et adiciunt assem. Numinum aut cum preceps claris quem nutibus signat prouehere calat omnium vox vel eum eadem unum aut cum parentis ualido iure fas est perfrui throno improbus aut labor et cum uaesana triumphis praelia conueniunt prope truibus alteri insurgere quem iam cantauerat praeco, profanis dum coniurati manibus execrabiles fauent*, bzw. 28 f. [Fassung B]: *Tale fastidium quod resoluimus scanditur trino discrimine et quidam adiciunt assem. aut cum praeses numinum signat quem claris nutibus ut cum eadem vox omnium calat ***** parentis ualido iure cum improbus labor et uaesana praelia truibus triumphis conueniunt prope insurgere alteri. quem praeco iam cantauerat. dum execrabiles coniurati fauent profanis manibus*. (Die sekundäre und eher irreführende Kapiteleinteilung stammt von Angelo Mai, Scriptorum veterum nova collectio, Bd. VI.2 [Rom 1822], in der Hs. „fehlt jede Andeutung dieser Art“, Goetz, 13. Der Codex ist am oberen Rand mechanisch durch Wasserfraß verstümmelt, daher die Textlücken).

⁸ Polipticum [c. 12], ed. Goetz, (wie Anm. 6) 20 f. [Fassung A]: *non deperit quapropter uitium. insurgunt alii rursus rotantur in hisdem*; bzw. 42 [Fassung B]: *quapropter non deperit uitium. rursus insurgunt alii et rotant in hisdem*. (Diese Worte stehen an herausgehobener Stelle des Traktats, nämlich exakt als letzter Satz am Ende des ersten der Analyse des Fehlverhaltens seiner Zeitgenossen gewidmeten Teils).

⁹ Polipticum [c. 12], ed. Goetz, (wie Anm. 6) 21 [Fassung A]: *officiis quid derogas praesidum? uales an offuscare quas ipse legerat summe potens labentem subpetias ut fulciret orbem?* – bzw. 43 [Fassung B]: *quid derogas officii praesidum? an uales offuscare subpetias quas ipse summe potens legerat. ut fulciret labentem orbem?* (Im ersten Abschnitt des II. Teils, wo die legitime Herrschaft gepriesen wird).

Was den Text für Historiker so anziehend macht, ist weniger diese relativ schlichte statische Grundlage einer fast legitimistischen Grundüberzeugung, die dem „Senkblei“, das der Bischof Atto von Vercelli an die aus den Fugen geratenen Verhältnisse seiner Zeit und Welt anlegt, seine Maßgenauigkeit vermittelt, als vielmehr die schonungslose Nüchternheit, mit der er Machtgewinn, Machtzuwachs, Machtgefährdung, Machterhalt und Machtverlust in chronikalischer Akkuratessse analysiert, so daß sich fast für jeden der von ihm geschilderten Züge in der politischen Geschichte Oberitaliens im 10. Jahrhundert ein zeitgeschichtliches Vorbild auffinden läßt. Es kam dem Autor aber nicht auf eine chronikalische Erzählung an, sondern auf sein geradezu mechanistisch konstruiertes „Modell“ der Politik seiner Zeit, das er den Zeitgenossen als – durchaus theoretisch gemeinten¹⁰ – Spiegel und Maßstab vorhalten will.

Noch Johannes von Salisbury wird zwei Jahrhunderte später und mit einer theoretisch im einzelnen viel stärker an einer breiten antiken Überlieferung orientierten und ausgebildeten sowie an den methodischen Erfahrungen der Frühscholastik im Umgang mit autoritativen Texten geschulten Raffinesse in seinem 1159 abgeschlossenen „Policraticus“¹¹ in ähnlicher Weise die *aequitas* als Zentrum seiner politischen Theorie herausstellen¹², die allein Herrschaft begründen kann und

¹⁰ Die theoretische Absicht ist aus der systematischen Verrätselung der ersten Fassung des Textes durch scinderatio und die Wahl glossematischer (d. h. dunkler, aus Glossarien zusammengesuchter) Worte zu erschließen: nur gelehrte Leute sollten mit dem Text etwas anfangen können, wie der Autor selber (wie ich gegen Goetz meine), von sich selbst in dritter Person sprechend, in einem Zwischentext zwischen beiden Fassungen zur Begründung der „dunkleren“ ersten Fassung und ihrer „Aufklärung“ sagt (Goetz, 4 f., überprüft an Ms. Vatican, Vat. lat. 4322, fol. 48^v oben, im unmittelbaren Anschluß an die Schlußoration, Goetz, 25 f., die fol. 48^r unten mit Amen abschließt – die ersten anderthalb Zeilen sind zerstört): ***** *uel aliquantum metuens, ne in aemulorum manus imperfectum opusculum adhuc interim hoc deueniret, aliquantumcumque obducere curauit eloquium, ut etiamsi ab insipientibus quoquo modo repertum diligentius inquireretur, quamuis sepius ab illis inspiceretur, non tamen omnimodis agnosceretur, uerum nec ab eorum auditoribus ad liquidum intellexeretur. Sed postquam, quae inibi addere proposuerat, plane digessit, liberum iam legere uolentibus ad id permisit accessum. Audiens tamen, quod ab aliquibus, et etiam scolasticis, artius in quibusdam protestaretur obstrusum, apertius tunc cunctis ilico statuit inquirerentibus quaelibet huiusmodi dilucidare.* (In Fassung B ist die scinderatio weitgehend beseitigt, das glossematische Vokabular ist durch Interlinear- und Marginalglossen weitgehend erläutert).

¹¹ Ioannis Saresberiensis „Policratici“ sive de nugis curialium et vestigiis philosophorum libri viii, ed. Clemens C. I. Webb, vol. 1–2 (Oxford 1909 [Neudruck Frankfurt/Main 1965]); neue (noch nicht abgeschlossene) Ausgabe: Johannes Saresberiensis, Policraticus, I–IV, ed. K. S. B. Keats-Rohan (CCCM 118, Turnhout 1993). Dazu etwa Hans Liebeschütz, Medieval Humanism in the Life and Writings of John of Salisbury (London 1950); Max Kerner, Johannes von Salisbury und die logische Struktur seines „Policraticus“ (Wiesbaden 1977); The World of John of Salisbury, ed. Michael Wilks (Studies in Church History, Subsidia 3, Oxford 1984); Kate Langdon Forban, The Twelfth Century Bureaucrat and the Life of the Mind. John of Salisbury's „Policraticus“ (PhD-Thesis Johns Hopkins University, Baltimore, MD 1987 [masch.]); Peter von Moos, Geschichte als Topik. Das rhetorische „exemplum“ von der Antike zur Neuzeit und die „historiae“ im „Policraticus“ Johans von Salisbury (Ordo. Studien zur Literatur und Gesellschaft des Mittelalters und der frühen Neuzeit 2, Hildesheim 1988).

¹² Zur *aequitas* bei Johannes von Salisbury weiterhin vor allem die Analyse von Wilhelm

die umgekehrt von Herrschaft gewährleistet werden muß. Auch der Fürst, der, wie Johannes sehr wohl zu sagen weiß, den Maximen des römischen Rechts entsprechend an die positiven Gesetze nicht gebunden ist, bleibt dieser *aequitas* verpflichtet und wird zum Tyrannen, wenn er sich nicht an sie hält¹³. Für Johannes von Salisbury ist das so einleuchtend, daß er sich von den ihm vorliegenden Vorbildern in diesem Zusammenhang so weit entfernen kann, daß er, anscheinend als erster mittelalterlicher Autor überhaupt, die *ultima ratio* des Tyrannenmordes nicht nur für zulässig hält, sondern sogar als evidente Forderung begründet, die einer eigenen theoretischen Begründung gar nicht mehr bedarf: *Porro tiranum occidere non modo licitum est, sed aequum (!) et iustum.*¹⁴

Es geht mir hier nicht darum, in die verwickelten Probleme der Tyrannis-Lehre des englischen Klerikers und späteren Bischofs von Chartres tiefer einzudringen. Ohne uns in die Probleme dieser Theorie zu verstricken, genügt es hier festzuhalten, daß die *aequitas* als gottgegebene und natürlich auffindbare Basis jeglicher sozialer Ordnung auch den Herrscher unmittelbar bindet, ohne daß von Johannes im einzelnen geklärt würde, wie *aequitas* als metapositiver Horizont in die positive Normierung sozialen Handelns Eingang finden könne. Im Konfliktfall jedenfalls macht dieser Horizont radikale Handlungen möglich, ja notwendig, ohne daß uns im *Policraticus* eine Reflexion über das Recht im Verhältnis zur *aequitas* begegnete: das Recht hat der als objektiv gegeben gedachten *aequitas* zu entsprechen, das wird immer wieder klar ausgesprochen. Wodurch und wie das geschehen kann und worin das geschehen soll, das bleibt weitgehend im Dunkeln. Der „*Policraticus*“ gilt nicht umsonst immer noch als „Fürstenspiegel“, setzt er doch diese Gattung vor allem darin fort, daß er politische Theorie als Ethik herrscherlichen Handelns entwickelt, wenn er für diese Gattung auch einen neuen Rahmen setzt. Eine politische Theorie, die gesellschaftliche Strukturen unmittelbar in den Blick nimmt, steht hier zwar bereits im Hintergrund, ermöglicht

Berges, Die Fürstenspiegel des hohen und späten Mittelalters (Schriften der MGH 2, Leipzig 1938 [Neudruck Stuttgart 1952 u.ö.]) 131–143.

¹³ Zur Tyrannenlehre Johans von Salisbury gibt es eine ausgedehnte Erörterung in der Forschung, vgl. nur: *Mary A. und Richard Hunter Rouse*, John of Salisbury and the Theory of Tyrannicide, in: *Speculum* 42 (1967) 693–709; *Kerner*, Logische Struktur (wie Anm. 11) 193–202; *Jan van Laarhoven*, Thou Shalt Not Slay a Tyrant, in: *The World of John of Salisbury* (wie Anm. 11) 319–341; *Cary Joseph Nederman*, The Changing Face of Tyranny. The Reign of King Stephen in John of Salisbury's Political Thought, in: *Nottingham Medieval Studies* 33 (1989) 1–20; *Cary Joseph Nederman*, A Duty to Kill: John of Salisbury's Theory of Tyrannicide, in: *The Review of Politics* 50 (1988) 365–389 [beide jetzt in: *Nederman*, *Medieval Aristotelianism and its Limits. Classical Traditions in Moral and Political Philosophy, 12th – 15th Centuries* (Variorum Collected Studies Series, CS 565, Aldershot [Hampshire] 1997), nrr. v und vii]; *Kate Langdon Forhan*, The Uses of „Tyranny“ in John of Salisbury's „*Policraticus*“, in: *History of Political Thought* 11 (1990) 397–407. Vgl. (in weiterem Rahmen) auch *Jürgen Miethke*, Der Tyrannenmord im späteren Mittelalter. Theorien über das Widerstandsrecht gegen ungerechte Herrschaft in der Scholastik, in: *Friedensethik im Spätmittelalter*, hrsg. v. *Gerhard Beestermöller, Heinz-Gerhard Justenhoven* (Beiträge zur Friedensethik 20, Stuttgart 1999) 24–48, bes. 37–41.

¹⁴ *Policraticus*, III.15 (*Keats-Rohan*, 230, 11 f.).

und stützt die ethische Handlungsanweisung, wird aber nicht selbständig in den Blick genommen.

Das hier sichtbar werdende unvermittelte Nebeneinander von theoretischer Hintergrundvorstellung und praktischer Handlungsanweisung wird noch lange charakteristisch bleiben. An einem harmlosen Beispiel mag das verdeutlicht werden: in Texten des 13. Jahrhunderts, die an der Universität Paris entstanden sind und die Rechenschaft über die einzelnen Wissensgebiete und ihre Hauptautoritäten abgeben wollen, indem sie in einer traditionellen Systematik den Kanon des Wissensstoffes aufzählen¹⁵, kommt politische Theorie als solche allein im Bereich der praktischen Philosophie vor. Es mag dahingestellt bleiben, ob wir es bei diesen schematischen Stoffübersichten mit „für Examenszwecke abgefaßten“ Kompilationen (was wenig wahrscheinlich bleibt), mit ersten Einführungen für Anfängerstudenten (was auch nicht unbedingt überzeugend scheint) oder mit didaktisch gezielten Stoffgliederungen zu tun haben (worauf das Interesse an einer *Divisio scientiarum* hindeuten könnte), auffällig ist, daß hier als Schultexte und Hauptautoritäten für den Unterricht in praktischer Philosophie u. a. eine Wissenschaft als zuständig erscheint, *que traditur legibus et decretis, qui ‚politica‘ dicitur*, so sagt es ein Pariser Anonymus offensichtlich aus der Artes-Fakultät im vierten Jahrzehnt des 13. Jahrhunderts¹⁶. Diese schlichte Identifikation der Politik mit der Rechtswissenschaft zeigt, wie sehr die Juristen mit ihren Gesetzestexten, dem *Corpus Iuris Civilis* und dem Dekret Gratians, hier eine Lücke zu füllen hatten, die die philosophische Bemühung gelassen hatte. Von Jahrzehnt zu Jahrzehnt reichert sich dieser zunächst so sparsame Kanon weiter an, zunächst (um 1250) wird Cicero hinzugefügt, der im Rhetorikunterricht schon seit langem als exemplarisch und vorbildlich gegolten hatte und der nun dazu geeignet erscheint, die überlegene Autorität der juristischen Nachbarfakultät, die nach Ansehen, Prestige und

¹⁵ Der Text wurde bekanntgemacht und schon im Titel wirksam charakterisiert durch *Martin Grabmann*, Eine für Examenszwecke abgefaßte Quästionensammlung der Pariser Artistenfakultät aus der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts, jetzt in: *Grabmann*, Mittelalterliches Geistesleben, Bd. II (München 1936) 183–199, hier bes. 192ff.; der Text ist jetzt endlich gedruckt in: Le „Guide de l’Étudiant“ d’un maître anonyme de la Faculté des Arts de Paris au XIII^e siècle, Édition critique provisoire du ms. Barcelone, Arxiu de la Corona d’Aragó, Ripoll 109, ff. 134ra–158va, éd. *Claude Lafleur* (avec collaboration de *Joanne Carrier*) (Publications du Laboratoire de Philosophie ancienne et médiévale de la Faculté de Philosophie de l’Université Laval I, Québec 1992), hier 53 f. [bes. § 75]. Vgl. auch die folgenden Anm. sowie weitere Belege bei *Francesco Bertelloni*, Die Rolle der Natur in den „Commentarii in Libros Politicorum Aristotelis“ des Albertus Magnus, in: *Mensch und Natur im Mittelalter*, hrsg. v. *Albert Zimmermann*, *Andreas Speer* (Miscellanea mediaevalia 21/2, Berlin, New York 1992) 682–700, hier 684 f. mit Anm. 9–14. Dazu *Claude Lafleur*, Les „Guides de l’étudiant“ de la faculté des arts de l’Université de Paris au XIII^e siècle, in: *Philosophy and Learning. Universities in the Middle Ages*, edd. *Marten J. F. M. Hoenen*, *Johannes H. J. Schneider*, *Georg Wieland* (Education and Society in the Middle Ages and Renaissance 6, Leiden, New York, Köln 1995) 137–199; jetzt auch zuletzt den Sammelband: *L’enseignement de la philosophie au XIII^e siècle*, Autour du „Guide de l’étudiant“ du ms. Ripoll 109, Actes du colloque international édités, avec un complément d’études et de textes, par *Claude Lafleur*, avec la collaboration de *Joanne Carrier* (Studia Artistarum, 5, Turnhout 1997).

¹⁶ So im Ms. Ripoll 109, ed. *Lafleur*, (wie vorige Anm.) 54.

Karrierechancen den Artisten ohnedies weit überlegen war, durch einen spezifisch „artistischen“ Text gewissermaßen ins Gleichgewicht zu bringen: *Et hanc <scientiam> dicunt quidam haberi per leges et decreta, alii Tullio traditam esse in quibusdam libris, qui non multum a nobis habentur in usu (!)*¹⁷. Schließlich, wiederum etwa ein Jahrzehnt später, wissen weitere Texte dann auch schon: *alii dicunt quod Aristoteles fecit in lingua Arabica quandam scienciam de hoc, que nobis adhuc non est translata*¹⁸.

Solch unmittelbare Applikation der rechtlichen, der gesetzlichen Normen als Ersatz für eine praktische Theorie ist auch in den Kompilationen des Gewohnheitsrechts im 13. Jahrhundert zu finden. Ich beschränke mich auf ein einziges Beispiel, auf den großen Traktat doch wohl des Henry de Bracton († 1268) „De legibus et consuetudinibus Angliae“¹⁹. Hier wird mehrmals der König energisch an seine Pflicht erinnert, Gerechtigkeit zu üben und das Recht einzuhalten. Ich möchte darauf verzichten, die komplexe Lehre des Textes zu königlicher Kompetenz und ihren Grenzen hier im einzelnen auszubreiten²⁰. Ich will mich nur auf die berühmte „Addicio de cartis“²¹ beschränken, wo in einer subtilen Beweisfüh-

¹⁷ *Arnulfus Provincialis*, *Divisio scientiarum* (ca. 1250): Claude Lafleur (ed.), *Quatre introductions à la philosophie au XIIIe siècle. Textes critiques et études historiques* (Université de Montréal, Publ. de l'Institut d'Études Médiévales 23, Montréal, Paris 1988) 333–335, Zl. 513 f. [hier auch zur Datierung, 127 f.]. Zu Arnulfus vor allem auch *René-André Gauthier*, *Arnoul de Provence et la doctrine de la „fronesis“, vertu mystique suprême*, in: *Revue du moyen âge latin* 19 (1963) 129–170.

¹⁸ Aus Ms. München, clm 14460, fol. 168^{ra}, zitiert nach *Ruedi Imbach*, *Einführungen in die Philosophie aus dem 13. Jahrhundert. Marginalien, Materialien und Hinweise im Zusammenhang mit einer Studie von Claude Lafleur*, in: *Freiburger Zeitschrift für Philosophie und Theologie* 38 (1991) 471–490, hier 490.

¹⁹ *Henricus de Bracton*, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, ed. *George Woodbine* [1928–1942], transl. *Samuel E. Thorne*, Bd. I–IV (Cambridge, Mass. 1968–1977). Dazu vor allem: *Hermann Ulrich Kantorowicz*, *Bractonian Problems* (Glasgow 1941); *Henry Gerald Richardson*, *Bracton. The Problem of His Text* (London 1965); die (von einander akzentverschiedenen) Einleitungen des Übersetzers in Woodbine-Thorne, Bd. I (1968) p. vii – xlviii und Bd. III (1977) p. xiii – lii; zuletzt *J. L. Barton*, *The Mystery of Bracton*, in: *The Journal of Legal History* 14 (1993), Special Issue, 1–143. Zur heiß umkämpften Verfasserfrage, die an die Diskussionen um die Identität Shakespeares erinnert, zuletzt etwa den kaustischen Schlußsatz von *R. H. Helmholtz* in seiner Rezension der (zuletzt genannten) Arbeit Bartons in: *ZRG kan.* 82 (1996) 427–430 (430): „As Barton's title suggests, there is plenty of ‚Mystery‘ left in the treatise, a treatise which historians who accept his reading of the evidence may now feel more comfortable in again calling ‚Bracton‘.“

²⁰ Vor allem dazu *Fritz Schulz*, *Bracton on Kingship*, in: *EHR* 60 (1945) 136–176 [wieder gedruckt in: *L'Europa e il diritto Romano, Studi in memoria di Paolo Koschaker*, vol. 1 (Milano 1954) 21–70]; *Ernst Hartwig Kantorowicz*, *The King's Two Bodies* (Princeton 1957) 143–192 [= Die zwei Körper des Königs, übers. v. *Walter Theimer*, *Brigitte Hellmann* (dtv 4465, München 1990) 159–205]; *Brian Tierney*, *Bracton on Government*, in: *Speculum* 38 (1963) 295–317; *Gaines Post*, *Bracton on Kingship*, in: *Tulane Law Review* 42 (1968) 519–554; *Michael Blecker*, *The King's Partners in Bracton*, in: *Studi Senesi* 96 (1984) 66–118; *Cary Joseph Nederman*, *Bracton on Kingship Revisited*, in: *History of Political Thought* 5 (1984) 61–77 [jetzt in: *Nederman, Medieval Aristotelianism and its Limits* (wie Anm. 13) nr. xiii].

²¹ *Bracton*, *De legibus* [Woodbine-Thorne, Bd. II, 110, sog. „Addicio de Cartis“] *Item factum regis nec cartam potest quis iudicare, ita quod factum regis irriteretur. Sed dicere poterit*

Die Schranken für einen königlichen Absolutismus abgesteckt werden: „Eine Handlung oder Urkunde des Königs darf niemand gerichtlich überprüfen, so daß die Handlung des Königs ungültig würde“, so heißt es da, „jedoch darf jemand sagen, daß der König Gerechtigkeit geübt habe und (dabei) wohl (getan habe). Und wenn das so ist, so darf er doch mit demselben Recht auch sagen, daß (der König) übel getan habe, und somit ihm auferlegen, daß er sein Unrecht bessere, damit nicht der König und seine Richter dem Gericht des lebendigen Gottes verfallen wegen ihres Unrechts. Denn der König hat einen, der über ihm steht, nämlich Gott, und auch das Gesetz, durch das er König wurde. Auch seinen Hof, d. h. die Grafen und Barone, denn die Grafen nennt man gleichsam die Genossen des Königs, und wer einen Genossen hat, hat einen Meister. Wenn deshalb der König ohne Zügel ist, d. h. ohne Gesetze, müssen sie <die Grafen> ihm Zügel anlegen, es sei denn, sie wären selbst zusammen mit dem König zügellos. Dann aber werden die Untertanen schreien und sagen: *Herr Jesus, Zaum und Zügel lege ihnen ins Maul* (Ps. 32, 9). Und der Herr wird zu ihnen sprechen: *Ich will über sie ein mächtiges Volk bringen, ein Volk von ferne her, ein Volk dessen Sprache sie nicht verstehen* (Jer. 5, 15), *das wird sie zerstören und ausrotten ihre Wurzeln aus dem Lande* (Ezech. 17, 9). Von dem werden sie gerichtet werden [d. h. beherrscht werden!], da sie ihre Untertanen nicht gerecht richten wollten ...“ Deutlich ist hier die herkömmliche Drohung mit dem göttlichen Strafgericht die letzte Auskunft im Konfliktfall, wenn der König zusammen mit seiner *curia* das Recht beugen sollte, freilich wird, gleichsam eine Stufe darunter, der herrscherliche Wille an die Zustimmung der Großen des Landes gebunden.

So sehr dabei auch Reminiszenzen an die „Magna charta libertatum“ mitschwingen mögen, so stark auch die gespannte Lage zwischen Heinrich III. und seinen Baronen für diese Vorsicht maßgebend gewesen sein mag, dieser Zug paßt genau in die auch sonst, wenn auch spärlich, in Bracton's großem Text gegebenen Definitionen von Gesetz und Recht, da „Gesetzeskraft hat, nicht was aus der Willkür des Königs vorschnell festgelegt wird, sondern das, was mit Rat seiner

quis quod rex iustitiam fecerit, et bene, et si hoc, eadem ratione quod male, et ita imponere ei quod iniuriam emendet, ne incidat rex et iustitiarum in iudicium viventis dei propter iniuriam. Rex habet superiorem, deum scilicet. Item legem per quam factus est rex. Item curiam suam, videlicet comites et barones, quia comites dicuntur quasi socii regis, et qui socium habet, habet magistrum. Et ideo si rex fuerit sine fraeno, id est sine lege, debent ei fraenum apponere, nisi ipsimet fuerint cum rege sine fraeno. Et tunc clamabunt subditi et dicent, Domine Iheus in chamo et fraeno maxillas eorum constringe. Ad quos dominus: Vocabo super eos gentem robustam et longinquam et ignotam, cuius linguam ignorabunt, quae destruet eos et evellat radices eorum de terra, et a talibus iudicabuntur, quia subditos noluerunt iuste iudicare ... – Die von Schulz, (wie vorige Anm.) angenommenen Interpolationen, die eine fremde und spätere redaktionelle Bearbeitung des Textes dieser (m.E. authentischen) „Addicio“ (d. h. eines Stückes, das nicht in allen Mss. zu finden ist) unterstellen, kann ich nicht entdecken. Die künstlichen Operationen, die Schulz und (ihm folgend) Thorne (in seiner Übersetzung) vorzunehmen gezwungen sind, um solche Interpolationen zu identifizieren (und vorgeblich auszuscheiden), sind – zumindestens teilweise wie hier an dieser Stelle – überflüssig. Sie behindern ein korrektes Verständnis des Textes eher, als daß sie es fördern könnten (ich habe meine Auffassung vom Sinn des Arguments in der Übersetzung oben kenntlich gemacht).

Magnaten, mit Autorisierung des Königs und nach Erwägung und Verhandlung in richtiger Weise festgelegt wurde“²². Damit aber wird aus der appellativen Beschwörung des göttlichen Strafgerichts, das, in all seinen alttestamentarischen Schrecknissen mit glühenden Farben gemalt, eine letzte Zuflucht bietet, zugleich doch schon auch eine prozedurale Kontrolle durch einen erforderlichen Konsens der Magnaten eingebaut, die aus der als solche nicht in Frage gestellten römisch-rechtlichen Tradition durch dialektische Interpretation hergeleitet wird. Die Leistung Henry de Bracton's war es, daß er für die Frage nach der Legitimität herrscherlicher Rechtsetzung auch irdische Überprüfung der „Richtigkeit“ herrscherlicher Akte nicht nur nicht verboten, sondern vielmehr zugelassen, ja sogar gefordert hat.

Damit betritt der Verfasser dieser Texte einen neuartigen Weg, der zu den Bestrebungen der spätmittelalterlichen ständischen Verfassungskämpfe führen sollte. Der Text formuliert theoretisch, was auch anderwärts, überwiegend freilich in eher faktischem Anspruch auf Teilhabe als in theoretischer Ableitung sichtbar wird. Interessant scheint mir, daß hier ein Jurist sehr weitgehend eine führende Rolle in der politischen Theorie übernommen hat, eine Rolle, die die Pariser Artisten dieser Jahre den Juristen ja auch durchaus zugedacht hatten.

In den übrigen Fakultäten zeigte sich damals, ein Jahrhundert nach dem „Policraticus“ des Johannes von Salisbury, zunächst noch keine prinzipiell neue Perspektive, jedenfalls nicht hinsichtlich der Rolle politischer Theorie und nicht in der Legitimationsfrage rechtlicher Nominierung. Die Fürstenspiegelkompendien der Pariser Dominikaner, die unter der Leitung des Vinzenz von Beauvais anscheinend gewaltige Kollektaneen stände-ethischer Exzerpte und Autoritäten, analog zum „Speculum historiale“ zusammenbrachten, könnten das im einzelnen belegen²³. Nicht ohne Grund freilich mußte dieses Unternehmen unvollendet abgebrochen werden. Mit dem Tode des Vinzenz von Beauvais († 1264) blieb die Stoffsammlung in St. Jacques verwaist und diente, nachdem Guillelmus Peraldus

²² *Woodbine-Thorne*, II 305: *Nichil enim aliud potest rex in terris, cum sit dei minister et vicarius, nisi id solum, quod de iure potest, nec obstat quod dicitur, quod principi placet, legis habet vigorem, quia sequitur in fine legis, cum lege regia quae de imperio eius lata est, <populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit>, id est non quidquid de voluntate regis temere praesumptum est, sed quod magnatum suorum consilio, rege auctoritatem praestante et habita super hoc deliberatione et tractatu, recte fuerit definitum.* [Der hier in spitzen Klammern von mir eingefügte und daher nicht kursiv gesetzte Zusatz vervollständigt nur die von Bracton verkürzt und ohne genaue Stellenangabe gegebene Allegation aus Dig.1.4.1 pr. (bzw. Inst. 1.2.6), die Bracton selbst und jeder seiner Benutzer gewiß aus dem Gedächtnis ergänzen konnte]. Vgl. sachlich zu dem Argument fast gleichlautend das im durchgehend überlieferten Text Bractons enthaltene Prooemium des Traktats (*Woodbine-Thorne*, II 19): *Sed non erit absurdum leges Anglicanas licet non scriptas, leges appellare, cum legis vigorem habeat quidquid de consilio et consensu magnatum et rei publicae communi sponse, auctoritate regis sive principis praecedente, iuste fuerit definitum et approbatum.*

²³ Auch wenn die ingenüose Rekonstruktion von *Wilhelm Berges*, *Fürstenspiegel* (wie Anm. 12) 185–195, 303–313, einiger Einschränkungen bedarf, bleibt sie richtungweisend für ein Verständnis der Pariser Bemühungen in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts.

sie um 1265 noch einmal ausgeschlachtet hatte²⁴, künftig keiner weiteren Schrift mehr zur erkennbaren Grundlage, verschwand sozusagen von der Bildfläche, ohne Spuren zu hinterlassen. Die Zeit war über den Plan einer enzyklopädischen Kompilation hinweg gegangen, obwohl man sich eine erfolgreiche Realisierung ohnedies nicht recht vorstellen mag.

Ein knappes Jahrzehnt später²⁵ wird mit dem eleganten, aber äußerst knappen Fürstenspiegelfragment des Thomas von Aquin „De regno ad regem Cypri“ geradezu ein neues Kapitel in der Geschichte der politischen Theorie aufgeschlagen. In dem traditionell bis dahin vorherrschenden literarischen *genus* der politischen Traktate der Fürstenspiegel hat dieser Text eine neuartige *species* begründet²⁶. Denn Thomas hat hier zum ersten Male die gerade in diesen Jahren dem Abendland durch die Übersetzung seines Ordensbruders Wilhelm von Moerbeke bekanntwerdende „Politik“ des Aristoteles²⁷ zu einer radikalen Kehre benutzt. Nicht mehr primär Herrscherethik und sittlicher Appell wollte dieser Fürstenspiegel sein, sondern ein Werk, *regie celsitudini dignum meeque professioni et officio congruum*, wie der Autor schon in den ersten beiden Zeilen selbstbewußt feststellt²⁸, ein Werk also, das des unmittelbaren königlichen Adressaten (des Königs von Zypern) würdig und dem Beruf des Autors (zu theoretischer Arbeit) angemessen ausfallen sollte und das das *regnum* (d.h. das Königreich wie das Königtum) in allen seinen Strukturen auf der wissenschaftlichen Höhe der Zeit theoretisch erfassen sollte. In der Tat entwickelt Thomas eine Theorie der Königsherrschaft, die weniger auf sittlichen Appell als auf theoretische Einsicht gerichtet

²⁴ Die Arbeiten des Guillelmus Peraldus, OP, sind doch wohl in einer etwas geringer ausgreifenden Konzeption begründet, als Berges sie angenommen hatte; vgl. vor allem *Antoine Dondaine*, Guillaume Peyraut. Vie et oeuvres, in: Archivum Fratrum Praedicatorum 18 (1948) 162–236.

²⁵ Zur Datierung von Thomas' Schrift gab eine Übersicht über die neuere Forschung mit neuen Argumenten (für eine Spätdatierung auf 1271/73) *Christoph Flüeler*, Rezeption und Interpretation der aristotelischen „Politica“ im 13. und 14. Jahrhundert, Teil 1–2 (Bochumer Studien zur Philosophie 19, Amsterdam 1992), bes. 1, 27–29.

²⁶ *Thomas de Aquino*, De regno ad regem Cypri, ed. *Hyacinth F. Dondaine* (Sancti Thomae de Aquino Opera omnia, iussu Leonis XIII p. m. edita [sog. „Leonina“], Bd. 42, Rom 1979) 449–471 [durch diese Edition sind alle vorherigen Drucke überholt]. Aus der fast unüberschbaren Literatur seien hier nur genannt: *Berges*, Fürstenspiegel (wie Anm. 12) 195–211, 317–319; zusammenfassend auch *Sofia Vanni Rovighi*, in: *Firpo* (ed.), Storia delle idee politiche (wie Anm. 3) 463–495. Knapp auch *Miethke*, Politische Theorien (wie Anm. 3) 83–88; *Jean-Pierre Torrell O.P.*, Initiation à Saint Thomas d'Aquin. Sa personne et son oeuvre (Vestigia 13, Fribourg, Paris 1993) 247–249.

²⁷ Zur Datierung dieser Übersetzungsarbeit an der sog. *redactio incompleta* und *completa* der „Politik“ (zwischen 1255 und 1267/1268) vgl. besonders den Sammelband *Guillaume de Moerbeke*, Recueil d'études à l'occasion du 700^e anniversaire de sa mort (1286), édd. *Jozef Brams*, *Willy Vanhamel* (Ancient and Medieval Philosophy I.7, Leuven 1989), bes. die wortstatistischen Untersuchungen von *Fernand Bossier*, Méthode de traduction et problèmes de chronologie, 257–299, hier bes. 270 f., 282 f., 292, sowie *Willy Vanhamel*, Biobibliographie de Guillaume de Moerbeke, 301–383, hier 339–341; vgl. auch *Flüeler*, Rezeption und Interpretation (wie Anm. 25) 1, 15–30.

²⁸ Ed. *Dondaine*, (wie Anm. 26) 449a1–2.

ist. Die aristotelische „Politik“, zu deren ersten Büchern Thomas kurz zuvor auch einen Literalkommentar²⁹ abgefaßt hatte, lieferte die theoretische Basis, von der aus eine konstruktive Theorie der gesellschaftlichen Ordnung aufgerichtet wird. Als Monarchie verfaßt findet die menschliche Gesellschaft im Königtum ihre theoretische und praktische Krönung. Leider liefert der Text, Fragment geblieben, von den anfangs versprochenen Funktionsanalysen des Regierungshandelns nur Ansätze, die sich zudem (zumindest hier an die Tradition der „Fürstenspiegel“ anknüpfend) auf eine Motivanalyse königlicher Herrschaft konzentrieren. Gleichwohl war mit dem einflußreichen Entwurf (über 80 Mss. sind heute von dem Text bekannt³⁰, der damit eine die durchschnittliche Verbreitung politischer Texte weit – auf gut das Doppelte der Durchschnittsverbreitung der Traktate der Spitzengruppe³¹ – übertreffende Resonanz, ja eine geradezu überragende Aufnahme gefunden hat) die Tür in ein neues Zeitalter aufgestoßen, in eine Phase, in der Versuche einer ethischen Bändigung herrscherlichen Handelns zwar durchaus nicht aufhören sollten – bis in die Neuzeit hinein wurden traditionell Fürstenspiegel weiterhin verfaßt, gelesen und verbreitet³² – in der aber eine Analyse der politischen Ordnung der Gesellschaft immer stärker in den Vordergrund des politiktheoretischen Interesses trat.

Die Aufgabe, die königliche Funktion und das herrscherliche Handeln nicht mehr nur aus dem Blickwinkel ethischer Begrenzung ins Auge zu fassen, sondern zugleich so etwas wie eine allgemeine Theorie der Gesellschaft auf aristotelischer Grundlage zu entfalten, wurde von Thomas in Angriff genommen, aber unvollendet liegen gelassen. Einen breiter ausgearbeiteten, wenn auch theoretisch weniger subtilen Entwurf legte dann weniger als ein Jahrzehnt später der Augustinereremit Aegidius Romanus vor mit seinem „Bestseller“ mittelalterlicher politischer Theorie „De regimine principum“ (von ca. 1277/79). Dieses Werk ist uns in seiner lateinischen Version in etwa 280 Manuskripten³³ überliefert und wurde bald aus

²⁹ Dazu *Torrell*, *Initiation* (wie Anm. 26) 340f., 502.

³⁰ Dondaine verzeichnet (425–431) 82 erhaltene Hss. und 4 Deperdita.

³¹ Vgl. die Listen bei *Miethke*, *Die Traktate* (wie Anm. 4) 207–211.

³² Vgl. *Burkhard Singer*, *Die Fürstenspiegel in Deutschland im Zeitalter des Humanismus und der Reformation* (Humanistische Bibliothek I.34, München 1981); *Rainer A. Müller*, *Die deutschen Fürstenspiegel des 17. Jahrhunderts. Regierungslehren und politische Pädagogik*, in: *HZ* 240 (1985) 571–597; jetzt auch die Auswahl-Ausgabe: *Fürstenspiegel der Frühen Neuzeit*, hrsg. v. *Hans Otto Mühleisen*, *Theo Stammen*, *Michael Philipp* (Bibliothek des deutschen Staatsdenkens 6, Frankfurt a. Main 1997).

³³ Genau 284 Mss. der lateinischen Fassung kannten 1990 die Bearbeiter der *Opera omnia* des Aegidius, dazu noch 78 Textzeugen der volkssprachlichen Versionen. Nach den älteren Übersichten von *Gerardo Bruni*, *Le opere di Egidio Romano* (Florenz 1936) und *Gerardo Bruni*, *Saggio bibliografico sulle opere stampate di Egidio Romano*, in: *Analecta Augustiniana* 24 (1961) 331–355; vgl. jetzt auch *John R. Eastman*, *Die Werke des Aegidius Romanus*, in: *Augustiniana* 44 (1994) 209–231 [117 nrr, Liste 212ff.]. Eine Teiluntersuchung zur Verbreitung des Textes legte vor *Charles F. Briggs*, *Giles of Rome's „De regimine principum“: Reading and Writing Politics at Court and University, c. 1275 – c. 1525* (Cambridge Studies in Palaeography and Codicology 7, Cambridge 1999). Die Hss.-Verzeichnisse der Pi-saner Ausgabe haben bisher 75 italienische Hss. des Traktats genauer vorgestellt: Aegidii Ro-

der lateinischen Gelehrtensprache in zahlreiche europäische Volkssprachen, auch ins Hebräische³⁴, übersetzt. Der Text hat damit schon allein wegen seiner quantitativen Verbreitung für Jahrhunderte das Genus „Fürstenspiegel“ geprägt. Für das uns hier interessierende Thema der Legitimation rechtlicher Normierung findet dieser Traktat freilich keine neuen Töne, will nicht einmal die seit Thomas von Aquin auf neue (aristotelische) Grundlagen gestellte Naturrechtsdiskussion beleben, sondern stellt die politische Monarchie als metaphysisch begründetes System gradueller Perfektion hin³⁵. Auf Einzelbelege für diese Charakteristik sei hier aber verzichtet.

Später hat Aegidius dann mit seinem Memorandum „De potestate ecclesiastica“³⁶ für eine andere Sorte von Traktaten politischer Theorie eine – mit nur

mani Opera omnia, p. I: Catalogo dei manoscritti (1001–1075), „De regimine principum“ (I/11: Città del Vaticano – Italia), a cura di *Francesco del Punta, Concetta Luna* (Corpus philosophorum medii aevi, Testi e studi XII, Florenz 1993), hier heißt es p. IX nota 1: „Il numero complessivo dei manoscritti del ‚De regimine principum‘ è di circa 350...“, wobei offenbar sämtliche Versionen zusammengekommen wurden.

³⁴ Vgl. die Listen mit Hss. von Übersetzungen in die verschiedenen Sprachen bei *Berges*, Fürstenspiegel (wie Anm. 12) 320–328, für die hebräischen vgl. 327.

³⁵ Besonders eindringlich die Analyse des Textes bei *Berges*, Fürstenspiegel (wie Anm. 12) 211–228, 320–328; vgl. neuerdings etwa *Roberto Lambertini*, Philosophus videtur tangere tres rationes, Egidio Romano lettore ed interprete della Politica nel terzo libro del „De regimine principum“, in: Documenti e studi sulla tradizione filosofica medievale 1 (1990) 277–325 (und die dort verzeichnete neuere Literatur); *ders.*, Tra etica e politica. La „prudentia“ del principe nel „De regimine“ di Egidio Romano, in: Documenti e studi sulla tradizione filosofica medievale 3 (1992) 77–144; *Ubaldo Staico*, Retorica e politica in Egidio Romano, in: Documenti e studi sulla tradizione filosofica medievale 3 (1992) 1–75; *Roberto Lambertini*, The Prince in the Mirror of Philosophy. About the Use of Aristotle in Giles of Rome's „De regimine principum“, in: Filosofia na Idade Média, ed. *Luis Alberto de Boni* (Porto Alegre 1993 = Veritas 38 [1993]) 275–286.

³⁶ *Aegidius Romanus*, Tractatus de potestate ecclesiastica, ed. *Richard Scholz* (Leipzig 1928/ Neudruck Aalen 1961); transl. *R. W. Dyson*, Giles of Rome on Ecclesiastical Power. The „De ecclesiastica potestate“ of Aegidius Romanus (Woodbridge 1986). Dazu im einzelnen *Richard Scholz*, Die Publizistik zur Zeit Philipps des Schönen und Bonifaz' VIII. (Kirchenrechtliche Abhandlungen 6–8, Stuttgart 1903 [Neudruck Amsterdam 1969]) 32–129; *Raphael Kuiters*, De ecclesiastica sive de summi pontificis potestate secundum Aegidium Romanum, in: Analecta Augustiniana 20 (1946) 146–214; *Friedrich Merzbacher*, Die Rechts-, Staats- und Kirchengauffassung des Aegidius Romanus, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 41 (1954/55) 88–97 [jetzt in *Merzbacher*, Recht – Staat – Kirche, Ausgewählte Aufsätze, hrsg. v. *Gerhard Köbler, H. Drüppel, Dietmar Willoweit* (Wien, Köln, Graz 1989) 177–188]; *Wilhelm Kölmel*, Regimen Christianum. Weg und Ergebnisse des Gewaltverhältnisses und des Gewaltverständnisses (8. bis 14. Jahrhundert) (Berlin 1970) 291–360; *Heimer Bielefeldt*, Von der päpstlichen Universalherrschaft zur autonomen Bürgerrepublik, Aegidius Romanus, Johannes Quidort von Paris, Dante Alighieri und Marsilius von Padua im Vergleich, in: ZRG germ. 73 (1987) 70–130, bes. 70–82; *Gian Carlo Garfagnini*, Cuius est potentia eius est actus, „regnum“ e „sacerdotium“ nel pensiero di Egidio Romano e Giovanni da Parigi, in: Filosofia e cultura, per Eugenio Garin, edd. *Michele Ciliberto, Cesare Vasoli* (Rom 1991) vol. 1, 101–134; knapp auch *Miethke*, Politische Theorien (wie Anm. 3) 99–102. – Eine interessante Vorstudie bzw. ein Seitenstück zu diesem Text veröffentlichte *Concetta Luna*, Un nuovo documento del conflitto fra Bonifacio VIII e Filippo il Bello: il discorso „De potentia domini

8 Manuskripten – unverhältnismäßig weniger weit verbreitete, dafür aber in ihren theoretischen Vorgaben ungemein typische Schrift vorgelegt, die aus theologischen Überlieferungen energisch Konsequenzen zur Antwort auf zeitgenössische politische Fragen zog.

Aegidius, der sich in seinem breiten literarischen Werk immer wieder als hochsensibel für die Forderungen des Tages erwiesen hat – man kann das auch einen immer wieder sichtbar werdenden Opportunismus nennen – hat in dieser Schrift die neue Lage, in die Papst Bonifaz VIII. die europäische Politik führte, mit einem Theorieentwurf begleitet, der wie in einem Brennspiegel die Erörterungen des 13. Jahrhunderts leicht faßlich zusammenfügte. Ich möchte es mir und Ihnen ersparen, hier die Politik Bonifaz' VIII. zu skizzieren, des Papstes, der unmittelbar einem Coelestin V. nachgefolgt war und damit jenem Inhaber des Stuhles Petri, der bereits von Zeitgenossen als *papa angelicus*, als Engelpapst verehrt worden war³⁷. In konsequenter Wahrnehmung aller Vorrechte, die die Wissenschaften der Theologie und Kanonistik der Hochscholastik dem Papst als dem obersten Bischof und Stellvertreter Christi und Gottes in der Kirche zugewiesen hatten, wollte Bonifaz nun seine Ansprüche an die Welt und ihren Gehorsam in radikaler Vollständigkeit nicht nur formulieren, sondern unternahm es auch, sie ernsthaft durchzusetzen³⁸. Als Jurist sah der Papst nicht mehr nur die Kirche, er sah die Menschheit als einen einheitlichen Verband, als rechtsförmige Kooperation, in der ihm als dem höchsten Prälaten der Amtskirche die oberste Gewalt und die *plenitudo potestatis* zustehe. Damit erscheinen die zentralistischen, ja absolutistischen Tendenzen kurialer Traditionen von ihm ohne wahrnehmbare Skrupel von der gleichsam internen Sphäre der Amtskirche auf die gesamte christliche Welt, ja auf die Menschheit übertragen. „Dem Papst untergeben zu sein“, so formuliert bekanntlich der berühmte Schlußsatz der Bulle „Unam sanctam“, „ist für jede menschliche Kreatur heilsnotwendig“³⁹.

papae“ di Egidio Romano (con un'appendice su Borromeo da Bologna e la „Eger cui lenia“), in: Documenti e studi sulla tradizione filosofica medievale 3 (1992) 167–243 [Text: 221–230].

³⁷ Zu Coelestin V. seien hier nur genannt *Friedrich Baethgen*, *Der Engelpapst. Idee und Erscheinung* (Leipzig 1943); *Arsenio Frugoni*, *Celestiniana* (Studi storici 6–7, Rom 1954); *Martin Bertram*, *Die Abdankung Papst Coelestins V. (1294)* und die Kanonisten, in: ZRG kan. 56 (1970) 1–101; *Peter Herde*, *Coelestin V. (1294). Peter vom Morrone (Päpste und Papsttum 16, Stuttgart 1981)*.

³⁸ Zur Würdigung dieses Papstes bereits *T. S. R. Boase*, *Boniface VIII* (London 1933); vgl. auch *Eugenio Dupré Theseider*, in: *Dizionario biografico degli Italiani* 12 (Rom 1970) 146–170; zusammenfassend *Tilmann Schmidt*, in: *LexMA* 2 (München, Zürich 1983) 414–416; zu seinem Konflikt mit Philipp dem Schönen von Frankreich insbesondere *Georges Digard*, *Philippe le Bel et le Saint-Siège de 1285 à 1304, ouvrage posthume publ. par Françoise Leboux*, Bd. 1–2 (Paris 1936), eine Skizze bei *Jürgen Miethke*, *Philipp IV. der Schöne (1285–1314)*, in: *Die französischen Könige des Mittelalters*, hrsg. v. *Joachim Ehlers, Heribert Müller, Bernd Schneidmüller* (München 1996) 202–230 [mit Literatur, 399–401].

³⁹ Vgl. den Text in: *Georges Digard* (éd.), *Les registres de Boniface VIII*, Bd. 4 (Paris 1906) 888–890 (nr. 5382). Der letzte Satz [von dem bei *Heinrich Denzinger*, ed., *Enchiridion symbolorum, definitionum et declarationum de rebus fidei et morum, quod funditus retractavit Adolfus Schönmetzer*, hier zitiert nach der editio XXXII (Barcelona, Freiburg i.B., Rom,

Unter den Klerikern an der Kurie, die für diese gewiß zuvor tendenziell denkbaren, in dieser Geschlossenheit aber niemals zuvor ausformulierten Ansprüche ein begründendes theoretisches Unterfutter zu geben wußten, steht Aegidius Romanus an hervorragender Stelle. 1295 von Bonifaz selbst zum Erzbischof von Bourges providiert, aber seither – bis zum Tode des Papstes (1303) – häufiger an der Kurie als am Ort seiner Kathedrale zu finden, hat Aegidius auf dem Höhepunkt des Konflikts des Papstes mit dem französischen Königshof Philipps des Schönen nachweislich Stichworte für die Bulle „Unam sanctam“ geliefert⁴⁰ und in eben dieser Zeit in „De ecclesiastica potestate“ (was etwa mit „Die Kompetenz der Amtskirche“ zu übersetzen ist) der Vorstellung von päpstlicher Gewaltenfülle auch gegenüber den weltlichen Herrschern den in seiner Zeit wohl radikalsten Ausdruck verliehen.

Im Zusammenhang unserer Frage nach der Legitimation rechtlicher Normierung zieht der Text kühl die Konsequenzen aus einer Reihe von Identifikationen, die seine argumentative Struktur bestimmen: einerseits sieht er im Papst als dem *summus hierarcha* der Kirche Summe und Inbegriff aller kirchlichen Kompetenzen angesetzt: *totum posse, quod est in ecclesia, reservatur in summo pontifice*. Daraus aber folgt nach Aegidius unmittelbar, daß auf den Papst alle kirchliche Amtskompetenz ursprünglich bezogen werden muß, daß die kirchliche Amtsordnung zwar ohne päpstliches Zutun im Einzelfall funktionieren kann, daß dies aber nicht der Normalfall ist, im Vergleich zu dem ein Eingriff des Papstes als Ausnahme zu gelten habe. Ausdrücklich gebraucht Aegidius hier die Analogie des scholastischen Verständnisses göttlichen Wunderwirkens, wie Gott im *concursus generalis* das Funktionieren der gesamten Schöpfungsordnung garantiert, im wunderbaren Eingriff jedoch seine Macht auch unmittelbar zur Geltung bringen kann, so hat der Papst in eigener Person unmittelbar alle jene Kompetenzen, welche *quocumque persone ecclesiastice* besitzen, so daß er alle Handlungen, die in der Kirche vorfallen, auch selber vornehmen kann. Er nimmt dann nur seine ureigenste Kompetenz wahr. Gott hat die Naturgesetze eingerichtet, aber *causa rationabili emergente facit preter has leges inditas et preter (...) solitum cursum*. Ebenso soll der Papst, der durch seine Gesetzgebung *tamquam imitator dei* die Kirche so regieren, daß die Domkanoniker üblicherweise ihren Bischof wählen; *causa tamen rationabili emergente (papa) liberam (!) habet potestatem, ut faciat preter has leges et preter hunc solitum cursum*⁴¹.

New York 1963) in der Vorbemerkung zu nrr. 870–875 beschwichtigend (?) gesagt wird: ... *unice sententia finalis* *875 est definitio dogmatica, cuius sensus ad regimen spirituale restringendus ...] lautet bekanntlich: *Porro subesse Romano pontifici omni humane creature declaramus, dicimus, diffinimus omnino esse de necessitate salutis*.

⁴⁰ Das haben (nach Vorgängern) bereits Richard Scholz, Die Publizistik (wie Anm. 36) 124–127, und Jean Rivière, Le problème de l'Église et de l'État au temps de Philippe le Bel (Spicilegium sacrum Lovaniense. Études et documents 8, Louvain 1926) 394–404, gezeigt. Einen neuen Text des Aegidius im Vorfeld des Traktats fand Luna, (wie Anm. 36).

⁴¹ De potestate eccl., III.9 (Scholz, wie Anm. 36, 193 f.).

Mit dieser ingeniosen Verschränkung von theologischer Wundertheorie mit der juristischen Tradition des *princeps legibus solutus*⁴² ist Aegidius aber noch nicht am Ende seiner Identifikationen angelangt. Denn wie der Papst aus eigener Kompetenz in innerkirchlichen Belangen alles aus sich selbst heraus zu tun vermag, so hat er diese Gewaltenfülle, diese *plenitudo potestatis* auch im Menschheitsverbande, und damit gegenüber den weltlichen Monarchen. Es scheint einsichtig, daß für diesen Argumentationsschritt die Berufung auf das Christusvikariat des Papstes nicht ausreicht, wenn sie natürlich auch nicht fehlt. Schließlich hatte Christus sein Reich von dem der Welt unterschieden, und auch die bekannten Worte aus Römer 13 waren gegenüber dieser Ableitung zumindest etwas sperrig⁴³. Aegidius nimmt zur Begründung dieser letzten Ausweitung päpstlicher Kompetenz, und das ist in unserem Zusammenhang von eigentlichem Interesse, das Problem der Legitimation von Herrschaft überhaupt zu Hilfe, und erklärt, wenn jedermann der gottgesetzten Obrigkeit untertan sein müsse, so könne das doch nur der legitimen Obrigkeit gegenüber gelten. Legitim aber kann Obrigkeit nur im Rahmen göttlicher Anordnung sein. Mit Hilfe eines von Augustinus aus römischer Tradition gewonnenen Arguments, das die *iusticia*, die Gerechtigkeit, zum Fundament jeder wahren und legitimen Herrschaftsordnung macht, wird – mit der bezeichnenden Beifügung des Adjektivs *vera* – die verengende Behauptung gewonnen: *sine vera iusticia regna et imperia ... sunt magna latrocinia*⁴⁴. „Wahre Gerechtigkeit“ aber, das versucht Aegidius in langwierigen Erörterungen nachzuweisen⁴⁵, kann nur durch Gottes Heilshandeln und seine Anerkennung gewonnen werden, im, wie Aegidius kühn weiter folgert, sakramental, und also kirchlich, das aber heißt für ihn, wie wir gesehen haben: durch den Papst vermittelten Gnadenstand. Legitime Obrigkeit also kann nur existieren, und zwar sowohl als *dominium*, d. h. als Sachherrschaft im römisch-rechtlichen Sinn, als auch als *iurisdictio*, d. h. als (Gerichts-)Herrschaft über Personen im allgemeinen Sinn, im Rahmen der göttlichen Weisung und Ordnung, was aber nach Meinung des Aegidius zugleich heißt, daß legitime Herrschaft nur möglich ist innerhalb der Kirche als eines juristisch konstruierbaren Verbandes. Das wiederum bedeutet, daß zu allererst der

⁴² Zu dieser vgl. etwa Dieter Wyduckel, *Princeps legibus solutus*, Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre (Schriften zur Verfassungsgeschichte 30, Berlin 1979) oder neuerdings Kenneth Pennington, *The Prince and the Law, 1200–1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition* (Berkeley, Los Angeles, Oxford 1993).

⁴³ Vgl. die mehrfache ausführliche Behandlung von Rom. 13, etwa: De potestate eccl. I.3, III.1 (S. 9ff., 147ff.).

⁴⁴ De potestate eccl. III.2 (S. 154), vgl. auch I.5 (S. 15 – hier ohne vera!), II.7 (S. 73f.), III.1 (S. 149), III.2 (S. 159); III.10 (S. 198) usw. Aegidius gewinnt diesen Zusatz, indem er das bekannte Zitat aus Augustinus, De civitate dei, IV.4: *Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?* [ed. Bernardus Dombart, Alfonsus Kalb (Bibliotheca Teubneriana, Stuttgart, Leipzig 1993) I, 150] kombiniert mit De civ. II.21 [ebenda 83]: *vera autem iustitia non est nisi in ea re publica, cuius conditor rectorque Christus est*. Vgl. auch De potentia, ed. Luna, (wie Anm. 36) 225.

⁴⁵ De potestate eccl. II.7–12 (S. 70–111).

Papst die entscheidende Instanz wird, weil er für die Amtskirche und die gesamte Kirche steht.

Weil es innerhalb der Kirche zwei Kompetenzen (*potestates*) gibt, die geistliche und die weltliche, kann in der richtigen Bestimmung des Verhältnisses von Geistlichem und Weltlichem die wahre Weltordnung erkannt werden. Aegidius wendet große Mühe auf diese Frage und versucht einen umfassenden Nachweis für die Überordnung der geistlichen Gewalt des Papstes über die zeitliche und leibliche Gewalt der Fürsten zu führen. Das brauchen wir hier nicht im einzelnen zu verfolgen. Legitime Herrschaft jedenfalls ist außerhalb der kirchlichen Heilsgemeinschaft unmöglich, die Amtskirche, und damit der Papst, ermöglichen – und legitimieren – letztlich jede weltliche Herrschaft, und das heißt, daß der Papst letzten Endes Anspruch auf absoluten Gehorsam in allen Fragen haben muß.

Es ist deutlich, daß Aegidius mit diesem rigiden Bild einer päpstlichen Weltherrschaft trotz aller traditionalistischen Differenzierungen, die er festzuhalten versuchte, indem er etwa von Bernhard von Clairvaux die Unterscheidung der beiden Schwerter (das geistliche *ad usum*, das weltliche *ad nutum*) ausführlich in das geschlossene Bild seiner scheinbar stringenten Argumentation einzufügen versucht⁴⁶ und auch sonst immer wieder Zurückhaltung und Bescheidenheit beim Papst als dem Inhaber der höchsten Gewalt anmahnt⁴⁷, es ist deutlich, daß Aegidius damit die realen Möglichkeiten seiner Zeit beträchtlich überfordert hat, und das nicht nur im technischen Sinn. Seine Lösungen sind zwar von einer grandiosen Schlichtheit, indem sie Kirche und Papst zum entscheidenden Richter und Legitimationsgrund aller politischen Herrschaft, sowie auch zur Oberinstanz erheben, die alle strittigen Fragen letztendlich entscheiden kann und muß, eine Kontrolle dieser Instanz selbst ist aber nicht ins Auge gefaßt, weder von innen noch von außen. Der Papst legitimiert die weltliche Ordnung, ohne daß seine eigene Legitimation hinterfragbar wäre. Das Bild der päpstlichen Weltordnung, das Aegidius im konfliktreichen Pontifikat Bonifaz' VIII. entworfen hat, erklärt weder die Konflikte, noch kann sie sie zur Entscheidung bringen, da sie einerseits die Positionen des päpstlichen Anspruchs, die kurialen Praetensionen sogleich als quasi metaphysische Strukturen setzt, gegen die kein Widerspruch mehr zulässig scheint, und die für irdische Instanzen nicht weiter kontrollierbar bleiben. Andererseits unterwirft er jede weltliche Herrschertätigkeit der päpstlichen Kontrolle und „bedient“ damit die päpstlichen Weltherrschaftsansprüche, um es vorsichtig zu sagen, ungemein großzügig.

Kann es verwundern, daß die rigide Scheinarchitektur von Aegidius' Konstruktion einer absolutistischen Weltordnung auf der einen, auf der kurialen Seite in einer ganzen Reihe von „kurialistischen“ Traktaten – insbesondere von Mitgliedern des Augustinereremitenordens, des Ordens, dem auch Aegidius angehörte⁴⁸

⁴⁶ De potestate eccl. I.8 (S. 27), II.15 (S. 137f.); vgl. auch III.10 (S. 197).

⁴⁷ Etwa De potestate eccl. III.1 und III.2 (S. 145f. und 152), etc.

⁴⁸ Man hat – überspitzend – von einer „Ägidianischen Schule“ gesprochen, besonders nachdrücklich etwa in einem dreibändigen Werk Fr. X. P. D. *Duijnste*, 's Pausen primaat in de latere Middeleeuwen en de aegidiaansche school, naar authentieke bronnen bewerkt, Eerste

– unter leichten Variationen und bei Ermäßigung der sichtbarsten Härten des Entwurfs noch einige Zeit fortgesetzt und bei Autoren wie Jakob von Viterbo⁴⁹, Wilhelm von Cremona⁵⁰ oder Augustinus von Ancona⁵¹ aufgenommen wurde, daß

deel: Philips de Schoone, Tweede deel: Lodewijk de Beier, Derde deel: Conciliarisme (Hilversum 1935–1939); vgl. auch etwa *Henri-Xavier Arquillière*, Augustinisme politique (L'Église et l'État au moyen âge 2, Paris 1955), der einen einheitlichen „Augustinismus“ identifiziert. Auch *Adolar Zumkeller* kennt eine „Augustinerschule“, vgl. den Eintrag in: *LexMA* 1 (1980) 1222 f. Damit freilich wird jeweils eine Geschlossenheit der Positionen als geradezu institutionalisiert vorausgesetzt, die so nur konstruiert ist.

⁴⁹ *Le plus ancien traité de l'Église*. Jacque de Viterbe, „De regimine Christiano“, ed. *Henri-Xavier Arquillière* (Paris 1926) italienische Übers.: *Giacomo da Viterbo*, Il governo della Chiesa, trad. et comm. *Giovanni Battista M. Marcoaldi, Amelia Rizzacasa* (Biblioteca medievale 15, Firenze 1993). Dazu etwa *David Gutiérrez*, De beati Jacobi de Viterbio vita, operibus et doctrina theologica (Rom 1939); *Martin Grabmann*, Die Lehre des Erzbischofs und Augustinertheologen Jakob von Viterbo († 1307/8) vom Episkopat und Primat und ihre Beziehung zum hl. Thomas von Aquin, in: *Episcopus. Studien ... S.E. Michael Kardinal Faulhaber zum 80. Geb. dargebracht* (Regensburg 1949) 185–206; *Adolar Zumkeller*, Die Augustinerschule des Mittelalters, in: *Analecta Augustiniana* 27 (1964) 167–262, hier 196–199; 185–206; *Raphael Kuiters*, Was bedeuten die Ausdrücke „directa“ und „indirecta potestas papae in temporalibus“ bei Aegidius Romanus, Jakob von Viterbo und Johannes von Paris? In: *Archiv für Katholisches Kirchenrecht* 128 (1957/58) 99–105; *Marino Damiani*, Alvaro Pelagio, teocratico scontento (Biblioteca di Studi Francescani 17, Florenz 1984) 307–339; knapp auch *Jürgen Miethke*, Der Weltanspruch des Papstes im späteren Mittelalter. Die politische Theorie der Traktate „De potestate papae“, in: *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, hrsg. v. *Iring Fetscher, Herfried Münkler*, Bd. 2: Mittelalter (München 1993) 351–445, hier 377 f.

⁵⁰ Zusammenfassend *Jürgen Miethke*, Wilhelm von Cremona (Guillelmus de Villana), in: *LexMA* 9 (München 1998) Sp. 170.

⁵¹ *Augustinus de Ancona*, OSA: Summa de potestate ecclesiastica (Druck etwa: Rom 1584). Zu ihm vor allem *Scholz*, Publizistik (wie Anm. 36) 172–189, 486–516; *Blasius Ministeri*, De vita et operibus Augustini de Ancona. OESA, († 328), in: *Analecta Augustiniana* 22 (1951/1952) 7–56, 148–262 [auch selbständig (Rom 1952)] [dazu Rez. *Louis J. Bataillon*, in: *Revue de sciences philosophique et théologique* 44 (1960) 304]; *Blasius Ministeri*, Agostino d'Ancona, in: *Dizionario biografico degli Italiani* 1 (1960) 475–478. – *Heinrich Finke*, Aus den Tagen Bonifaz' VIII. Funde und Forschungen (Vorreformationsgeschichtl. Forschungen 2, Münster 1902) 250–252; *Jean Rivière*, Une première somme du pouvoir pontifical, le pape chez Augustin d'Ancone, in: *Revue des sciences religieuses* (1938) 149–183; *Raphael van Gerven*, De wereldlijke macht van den paus volgens Augustinus Triumphus (Löwen 1946); *Ugo Mariani*, Chiesa e stato nei teologi agostiniani del secolo XIV (Uomini e dottrine 5, Rom 1957), bes. 89–97, 174–198; *Michael Wilks*, The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages. The Papal Monarchy with Augustinus Triumphus and the Publicists (Cambridge Studies in Medieval Life and Thought n.s. 9, Cambridge 1963); *Wilhelm Kölmel*, Einheit und Zweiheit der Gewalt im „corpus mysticum“. Zur Souveränitätslehre des Augustinus Triumphus, in: *HJb* 82 (1963) 103–147; *William David McCready*, The Problem of the Empire in Augustinus Triumphus and Late Medieval Papal Hierocratic Theory, in: *Traditio* 30 (1974) 325–349; *ders.*, The Papal Sovereign in the Ecclesiology of Augustinus Triumphus, in: *Medieval Studies* 39 (1977) 177–205; *Katherine Walsh*, Augustinus de Ancona as a Conciliar Authority: the Circulation of his Summa in the Shadow of the Council of Basle, in: *The Church and Sovereignty, Essays in Honour of Michael Wilks* (Studies of Church History, Subsidia 9, Oxford 1991) 345–368; *Ulrich Horst*, Die Lehrautorität des Papstes nach Augustinus von Ancona, in: *Analecta Augustiniana* 53 (1991) 271–303. Zusammenfassend etwa *Willigis Eckermann*, Augustinus Triumphus, in: *TRE* 4 (1979) 742–744, und in: *LThK*³, Bd. 1 (Freiburg 1993) 1249 f.

aber auf der anderen Seite schon Zeitgenossen heftig widersprachen. Dem hohen Lied auf die Einheit unter dem Papst als dem *summus hierarcha*, das Aegidius gesungen hatte und das in vielfältigem Echo aus der Kirche weiter ertönte, setzten die Verteidiger königlicher Selbstbestimmung sofort Antworten entgegen, die dann freilich ihrerseits die Frage der Legitimierung herrscherlichen Tuns keinesfalls mit Rekurs auf die Amtskirche lösen durften und insofern hier über einen unentschiedenen Appell an die allgemeine Rechtsvorstellung, an die *aequitas* oder das göttliche Gebot hinausgehen mußten, wollten sie nicht an ihrer selbstgesetzten Aufgabe vorbeireden.

Der Zeitgenosse des Aegidius Romanus, der Pariser Dominikanertheologe Johannes Quidort († 1306), hat sich dieser Herausforderung gestellt, indem er in seinem Traktat „De potestate regia et papali“ eine klare und scharf konturierte Trennung vollzieht⁵². Zwischen staatlicher Ordnung und Kirchenverfassung,

⁵² *Johannes Quidort von Paris*, Über königliche und päpstliche Gewalt (De regia potestate et papali), ed. u. übers. Fritz Bleienstein (Frankfurter Studien zur Wissenschaft von der Politik 4, Stuttgart 1969) [vgl. aber die Rezension von Jürgen Miethke, in: *Francia* 3 (1975) 799–803]; auch éd. Jean Leclercq, Jean de Paris et l'ecclésiologie du XIV^e siècle (L'Eglise et l'Etat au moyen-âge 5, Paris 1942). Zu diesem Traktat gibt es eine umfangreiche Diskussion der Forschung, die hier nur in den wichtigsten Titeln genannt sei: Finke, Aus den Tagen (wie vorige Anm.) 170ff.; Scholz, Publizistik (wie Anm. 36) 275–333; Martin Grabmann, Studien zu Johannes Quidort von Paris O.P., in: SB d. Bayer. Akademie der Wissenschaften, Philos.-Hist. Kl. 1922, 3 [jetzt in: Grabmann, Gesammelte Akademieabhandlungen, hrsg. vom Grabmann-Institut der Universität München (Münchener Universitätschriften, Fachbereich Katholische Theologie/Veröffentlichungen des Grabmann-Instituts NF 25, Paderborn [usw.] 1979), Bd. 1, 69–128]; Jean Rivière, Le problème (wie Anm. 40) 148–150, 281–300; Marc F. Griesbach, John of Paris as a Representative of Thomistic Political Philosophy, in: An Etienne Gilson Tribute (Milwaukee 1959) 33–50; John T. Renna, The „populus“ in John of Paris' Theory of Monarchy, in: Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis 42 (1975) 243–268; Albert Podlech, Die Herrschaftstheorie des Johannes von Paris, in: Der Staat 16 (1977) 465–492; Francis Oakley, Natural Law, the Corpus Mysticum and Consent in Conciliar Thought from John of Paris to Matthias Ugonius, in: *Speculum* 56 (1981) 786–810; Janet Coleman, Medieval Discussions on Property: ratio and dominium according to John of Paris and Marsilius of Padua, in: *History of Political Thought* 4 (1983) 209–228; dies., „Dominium“ in Thirteenth and Fourteenth-Century Political Thought and Its Seventeenth-Century Heirs: John of Paris and Locke, in: *Political Studies* 33 (1985) 73–100; Gian Carlo Garfagnini, Il „Tractatus de potestate regia et papali“ di Giovanni da Parigi e la disputa trà Bonifacio VIII e Filippo il Bello, in: *Conciliarismo, Stati nazionali, Inizi di l'Umanesimo (Atti dei convegni dell'Accademia Tudertina, Centro di studi sulla spiritualità medievale, n.s. 2, Spoleto 1990)* 147–180; Gian Carlo Garfagnini, Cuius est potentia eius est actus, „regnum“ e „sacerdotium“ nel pensiero di Egidio Romano e Giovanni da Parigi, in: *Filosofia e cultura, per Eugenio Garin*, edd. M. Ciliberto, Cesare Vasoli, Rom 1991, vol. 1, 101–134; Luís Alberto de Boni, João Quidort, o tratado „De regia potestate et papali“ e o espaço para o poder civil, in: *Veritas* 38 (1993) [= *Filosofia na Idade Media*, ed. Luís Alberto de Boni, Porto Alegre 1993] 287–295; Gregorio Piaia, L'„errore di Erode“ e la „via media“ in Giovanni di Parigi, in: *Filosofia e teologia nel trecento. Studi in ricordo di Eugenio Randi*, a cura di Luca Bianchi (Fédération Internationale des Instituts d'Etudes Médiévales, Textes et Etudes du moyen-âge 1, Louvain-la-Neuve 1994) 1–16; knapp Miethke, Politische Theorien (wie Anm. 3) 102–107; wichtige neue Aspekte jetzt bei Odd Langholm, Economics in the Medieval Schools. Wealth, Exchange, Value, Money and Usury According to the Paris Theological Tradition, 1200–1350 (Studien

zwischen einer Ekklesiologie, die im Verfolg theologischer Traditionen das kirchliche Leben durchaus zeitüblich einem intensiven Papalismus unterwerfen konnte⁵³, auf der einen Seite und der politischen Verfassung, die nun mit aristotelischen Mitteln ganz ohne Rücksicht auf die geistliche Kompetenz des Papstes gezeichnet werden konnte, auf der anderen Seite will Quidort streng unterscheiden (wobei insbesondere Formulierungen aus Thomas von Aquins Fürstenspiegel fragment willkommene, aber nicht ausdrücklich anerkannte Hilfestellung liefern⁵⁴). Da beide Gewalten unabhängig von einander jeweils auf Gottes Anordnung fußen, haben sie sich gegenseitig nicht zu legitimieren. Die weltliche Gewalt des Königs ist zur Wahrung des Rechtsfriedens, zur Schlichtung von Streit und zur Verteidigung des gemeinen Besten eingesetzt. Sie erfährt aus dieser Aufgabe Rechtfertigung und Begrenzung. Ein wechselseitiges Eingreifen beider Gewalten in die jeweils andere Sphäre ist eigentlich nicht vorgesehen; im Zweifel aber, wenn etwa die geistliche Gewalt ihre Kompetenzen mißbraucht, darf sich der König mit seinen eigenen Mitteln verteidigen – Quidort schreibt, wie Aegidius, um 1302 auf dem Höhepunkt des Kampfes zwischen Papst Bonifaz VIII. und dem französischen König Philippe le Bel: *Est enim licitum principi abusum gladii spiritualis repellere eo modo, quo potest, etiam per gladium materiale*⁵⁵. Und anderwärts ebenso deutlich: *Si tamen periculum rei publicae sit in mora, ut scilicet quod trahitur populus ad malam opinionem et est periculum de rebellionem et papa commoveat populum indebite per abusum gladii spiritualis, (...) puto quod in hoc casu ecclesia contra papam deberet moveri et agere contra ipsum. Princeps etiam violen-*

und Texte zur Geistesgeschichte des Mittelalters 29, Leyden, New York, Köln 1992) 391–397; zur Biographie und zu der Werkliste angemessen kritisch neuerlich *Martin Gerwing*, Vom Ende der Zeit. Der Traktat des Arnald von Villanova über die Ankunft des Antichrist in der akademischen Auseinandersetzung zu Beginn des 14. Jahrhunderts (Beiträge zur Geschichte der Philosophie und Theologie des Mittelalters, NF 45, Münster 1996) 254–272; zu dem Prozeß gegen Quidort zuletzt *Jürgen Miethke*, Der Prozeß gegen Meister Eckhart im Rahmen der spätmittelalterlichen Lehrzuchtverfahren gegen Dominikanertheologen, in: *Meister Eckhart*, Lebensstationen – Redesituationen, hrsg. v. *Klaus Jacobi* (Quellen und Forschungen zur Geschichte des Dominikanerordens NF 7, Berlin 1997) 353–375, bes. 360–365.

⁵³ Das wird etwa sichtbar in seiner Quästion „De confessionibus audiendis“ (entstanden ca. 1304, d. h. kurz nach dem Traktat „De regia potestate et papali“). Erste Redaktion (Ms. Vat. lat. 4109), gedruckt bei *Odorico Rinaldi*, Continuatio da Cesare Baronio, Annales ecclesiastici, ad annum 1321, ed. *Johannes Dominicus Mansi*, t. 5, Lucca 1750, nr. 20–22; bzw. hrsg. v. *Augustinus Theiner*, Bd. 24 (Bar-le-Duc 1872) nr. 20–32, S. 152a–158b. Zweite Redaktion (7 Mss.), ed. *Ludwig Hödl*, Johannes Quidort von Paris O.P. († 1306), De confessionibus audiendis (Mitteilungen des Grabmann-Instituts der Universität München 6, München 1962) (Text 37–50). Vgl. auch *Franz Pelster*, Eine Kontroverse zwischen englischen Dominikanern und Minoriten über einige Punkte der Ordensregel, mit einem unveröff. Traktat des Thomas Sutton O.P., in: *Archivum Fratrum Praedicatorum* 3 (1933) 57–80; sowie – zu einem franziskanischen Echo auf Quidorts Quästion – *Jürgen Miethke*, Ein neuer Text zur Geschichte der politischen Theorie im 14. Jahrhundert. Der „Tractatus de potestate summi pontificis“ des Guilelmus de Sarzano aus Genua, in: *QFIAB* 54 (1974) 509–538.

⁵⁴ Die Entlehnungen aus Thomas verzeichnet – fast vollständig – bereits *Leclercq*, 35 f.; *Bleienstein* geht auf sie nur in einer Fußnote ein: 17, Anm. 1.

⁵⁵ *De regia potestate et papali*, c. 20 (*Bleienstein*, S. 179; *Leclercq*, S. 239).

*tiam gladii papae posset repellere per gladium suum – cum moderamine (...). Hoc enim agere non est contra ecclesiam agere, sed pro ecclesia*⁵⁶.

Hier sei nicht darauf eingegangen, daß damit offenbar das Attentat von Anagni⁵⁷ ausdrücklich gerechtfertigt wird, wobei es unerheblich bleibt, ob im Vorfeld der Erwägungen oder post festum⁵⁸. Das wechselseitige Verteidigungsrecht von Papst und König gegen mißbräuchliche Ausübung des Rechtes des jeweiligen anderen, das hier insbesondere für den Fürsten in Anspruch genommen wird⁵⁹, kennt keinen anderen Maßstab als den quasi-objektiven der Feststellung eines *abusus*. Es verweigert sich der kurialistischen Vermengung der Bereiche, liefert aber keine gemeinsame Basis für die untereinander inkommensurablen Sphären der Kirche und der politischen Welt, die einander nicht in ihre jeweiligen Angelegenheiten hineinreden.

Eine knappe Generation später sollte das anders aussehen. Im Jahre 1324 schloß in Paris der Magister der Artes-Fakultät und Student der Medizin und Theologie, Marsilius von Padua, seinen „Defensor pacis“ ab⁶⁰, in dem diese Verdoppelungs-

⁵⁶ De regia potestate et papali, c. 22 (*Bleienstein*, S. 196; *Leclercq*, S. 250).

⁵⁷ Zu Ablauf und Umständen vor allem *Walthert Holtzmann*, Zum Attentat von Anagni, in: Festschrift Albert Brackmann (Weimar 1931) 492–503; *Robert Favotier*, L'Attentat d'Anagni, in: *Mélanges d'Archéologie et d'Histoire* 59 (1947) 153–179; *Heinrich Schmidinger*, Ein vergessener Bericht über das Attentat von Anagni, in: *Mélanges Eugène Tisserant*, Bd. 5 (Studi e testi 235, Città del Vaticano 1964) 373–393 [auch in: *Schmidinger*, Patriarch im Abendland. Beiträge zur Geschichte des Papsttums, Roms und Aquileias im Mittelalter (Salzburg 1986) 83–98; *Teofilo F. Ruiz*, Reaction to Anagni, in: *Catholic Historical Review* 65 (1979) 385–401; *Kaspar Elm*, Das Attentat von Anagni. Der Überfall auf Papst Bonifaz VIII., in: *Das Attentat in der Geschichte*, hrsg. v. *Alexander Demandt* (Köln, Weimar, Wien 1996) 91–106.

⁵⁸ Zur Datierung des Traktats unüberholt *Leclercq*, 10–14. Den Vorschlag von *Janet Coleman*, The Intellectual Milieu of John of Paris OP, in: *Das Publikum politischer Theorie im 14. Jahrhundert*, hrsg. v. *Jürgen Miethke* (Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien 21, München 1992) 173–206 [auch u.d.T.: The Dominican Political Theory of John of Paris in its Context, in: *The Church and Sovereignty, c.590–1918. Essays in Honour of Michael Wilks*, ed. *Diana Wood* (Studies in Church History, Subsidia 9, Oxford 1992) 187–223], einen wesentlich früheren Zeitpunkt anzusetzen und die Schrift aus der Debatte der zweiten Phase der Auseinandersetzungen zwischen Bonifaz VIII. und Philipp dem Schönen herauszunehmen, halte ich für verfehlt, vgl. bereits in: *Das Publikum*, 21.

⁵⁹ Nicht umsonst nennt Quidort in cap. 22 (wie Anm. 56) nicht den rex, sondern den (römisch-rechtlich eingefärbten) princeps als Eingriffsberechtigten.

⁶⁰ *Marsilius von Padua*, *Defensor pacis*, ed. *Charles William Previté Orton* (Cambridge 1928); ed. *Richard Scholz* (MGH Fontes iuris germ. antiqui 7, Hannover 1932–1933) [hienach hier zitiert]; Literatur über Marsilius von Padua [1958–1992], zusammengestellt von *Jürgen Miethke*, in: *Bulletin de philosophie médiévale*, éd. par la S.I.E.P.M. 35 (1993) 150–165; vgl. auch die vorzügliche Bibliographie bei *Carlo Dolcini*, Introduzione a Marsilio da Padova (I Filosofi 63, Bari 1995) 85–112]. Insbes. *Alan J. Gewirth*, Marsilius of Padua. The Defender of Peace, Bd. 1: Marsilius of Padua and Medieval Political Philosophy (Records of Civilization 46/1, New York 1951); *Hermann Segall*, Der „Defensor pacis“ des Marsilius von Padua. Grundfragen der Interpretation (Historische Forschungen 2, Wiesbaden 1959); *Nicolai Rubinstein*, Marsilius of Padua and Italian Political Thought of His Time, in: *Europe in the Later Middle Ages*, edd. *John R. Hale*, *John R. L. Highfield*, *Beryl Smalley* (London 1965, u.ö.) 44–75; *Carlo Pinin*, Marsilio (Turin 1967); *Georges de Lagarde*, La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen âge. Nouvelle édition réfondue, Bd. 3: Marsile de Padoue

strategie durch eine einheitliche Konstruktion menschlicher Sozialstrukturen auf der Grundlage der aristotelischen Politik ersetzt wird. Marsilius hat nicht, wie Johannes Quidort, die staatliche und die kirchliche Ordnung als jeweils verschiedenen Prinzipien folgend verstanden, für ihn hat Aristoteles bereits alle wesentlichen Strukturelemente menschlicher Gesellschaftsbildung aufgedeckt⁶¹. Das gilt für Staat und Kirche gleichermaßen. Wenn Aristoteles aus historischen Gründen, da Christus erst lange nach dem Tode dieses Philosophen Mensch geworden ist, auf die Schwierigkeiten, die die kirchlichen Herrschaftsansprüche für den Frieden im Gemeinwesen bedeuten, noch nicht eingehen konnte, so gibt seine politische Philosophie doch alle nötigen Instrumente an die Hand: richtig angewandt, wie im „Defensor pacis“ vorgeführt, wird die gefährdete Ruhe und der Frieden, der doch – wie bereits der Titel der Schrift unmißverständlich andeutet – wichtigster Staatszweck ist, überall wieder hergestellt werden können⁶².

Diese explizite programmatische Absicht des Traktats bedeutet natürlich nicht, daß Marsilius die aristotelische Politik nicht mit den Augen des 14. Jahrhunderts läse und mit eigenen Anschauungen vermischt weiterentwickelte. Gestützt auf die neuesten, damals in Paris bekannten, Kommentare⁶³ und zugleich in kühnem eigenständigen Zugriff konstruiert die erste *Dictio* seines großen Traktats eine politische Verfassung, die sich an der aristotelischen „Polis“ wohl immer wieder orientierte, die aber auch in fundamentalen Fragen ihre eigenen Konstruktions-

(Paris, Louvain 1970); *Jeannine Quillet*, La philosophie politique de Marsile de Padoue (L'Eglise et l'état au moyen âge 13, Paris 1970); *Marsilio da Padova*, Convegno internazionale Medioevo, Rivista di storia della filosofia medievale 5–6 (1979–1980); *Dolf Sternberger*, Die Stadt und das Reich in der Verfassungslehre des Marsilius von Padua, in: Sitzungsber. d. Wiss. Ges. an der Johann Wolfgang Goethe-Univ. Frankfurt/Main 18, 3 (1981) 87–147 [auch in: *Sternberger*, Die Stadt als Urbild (Frankfurt/Main 1985) 76–142]; *Marino Daniata*, „Plenitudo potestatis“ e „universitas civium“ in Marsilio da Padova (Biblioteca di Studi Francescani 16, Florenz 1983); *Jürgen Miethke*, Marsilius von Padua. Die politische Philosophie eines lateinischen Aristotelikers des 14. Jahrhunderts, in: Lebenslehre und Weltentwürfe im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit. Politik – Naturkunde – Theologie, hrsg. v. *Hartmut Boockmann*, *Bernd Moeller*, *Karl Stackmann* (Abh. d. Akad. d. Wiss. in Göttingen, Philol.-hist. Kl. III.179, Göttingen 1989) 52–76; *Vincenzo Omaggio*, Legge e potere civile in Marsilio da Padova, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 21 (Bologna 1991) 307–328; *Brian Tierney*, Marsilius on Rights, in: *Journal of the History of Ideas* 52 (1991) 3–17; *Francis Cheneval*, „Ars imitatur naturam“ als methodisches Prinzip der politischen Philosophie und seine Anwendung im „Defensor pacis“ des Marsilius von Padua, in: *AHDL* 60 (1993) 133–145; *Cary Joseph Nederman*, Community and Consent, The Secular Political Theory of Marsiglio of Padua's „Defensor Pacis“ (Lanham, Md., London 1995); *ders.*, From „Defensor pacis“ to „Defensor minor“. The Problem of Empire in Marsiglio of Padua, in: *History of Political Thought* 16 (1995) 313–329; *Vincenzo Omaggio*, Marsilio da Padova. Diritto e politica nel „Defensor pacis“ (Pensiero giuridico, Saggi 2, Napoli 1995); *Gregorio Piaia*, „Sancte Marsili, ora pro nobis“? Sull'ispirazione religiosa in Marsilio da Padova, in: *Rivista di storia della Filosofia* (1997) 77–89. Zusammenfassend *Jürgen Miethke*, in: *TRE*, Bd. 22 (Berlin 1992) 183–190 und *LexMA*, Bd. 6 (München, Zürich 1992) 332–334.

⁶¹ Defensor pacis I.1.7 (*Scholz*, S. 8f.).

⁶² Das macht Marsilius mehrmals deutlich, zuletzt noch Defensor pacis III.3 (*Scholz*, S. 611f.).

⁶³ Das hat vor allem *Flüeler*, Rezeption und Interpretation (wie Anm. 25) 120–131, gezeigt.

merkmale aufweist, um so Maßstäbe für eine Kritik an der zeitgenössischen Wirklichkeit zu gewinnen, die dem Autor so bedrückend aus dem Lot geraten schien. Die Kirche verliert in diesem Text jede Eigenständigkeit. Hatte Aegidius die staatliche Ordnung sozusagen in der Kirche völlig verschwinden lassen, indem er sie der letztlich allzuständigen Aufsicht und Direktion des höchsten kirchlichen Hierarchen, des Papstes, unterstellt hatte, so darf für Marsilius die Kirche ihren Bewegungsraum nur innerhalb der jeweiligen „staatlichen“ Verfassung, innerhalb der vom Staate explizit gezogenen Grenzen erwarten.

Aristoteles – und mit ihm auch etwa Thomas von Aquin – hatten bekanntlich im Vernunftcharakter des Menschen (der in seiner Sprachbegabung sichtbar wird) die menschliche Kommunikationsbefähigung und seine Geselligkeit und Gesellschaftlichkeit begründet⁶⁴. Die staatliche Ordnung kann und soll daher dem *bene vivere*, dem tugendhaften Leben dienen⁶⁵. Das freilich tritt bei Marsilius ganz in den Hintergrund. Die Menschen schließen sich nach seiner Überzeugung⁶⁶ zusammen zur Erreichung einer *sufficiens vitae*, zur bloßen Lebensfristung, erst sekundär ermöglicht ihnen das Überleben auch ein *bene vivere*, einen sittlichen Lebensvollzug. Insofern Vergesellschaftung zum Zwecke des Überlebens einem ausdrücklichen Willensakt entspringt und nicht unmittelbar der (vernünftigen) Natur des *animal sociale et politicum* entspricht, muß sich jede Gesellschaft gegen ihre Erosion durch Hader und Zank schützen, schon aus dem Gedanken der Selbsterhaltung heraus. Ihrer Selbsterhaltung dienen die Gesetze. Interessant ist, wie Marsilius seine Gesetzesdefinition an eine Begriffsbeschreibung bei Aristoteles⁶⁷ anlehnt und diese dabei zugleich formalisiert und politisiert: Hatte Aristoteles (in der Nikomachischen Ethik) geschrieben: ὁ δὲ νόμος ἀναγκαστικὴν ἔχει δύναμιν λόγῳ ὄν ἀπὸ τινος φρονήσεως καὶ νοῦ, so führt Marsilius das korrekt in der lateinischen Übersetzung des Robert Grosseteste an: *lex coactivam habet potentiam sermo ens ab aliqua prudentia et intellectu*⁶⁸ (das Gesetz hat zwingende Gewalt, ist es doch ein Text, der aus einer Einsicht und aus Vernunft hervorgeht)⁶⁹. Marsilius interessiert sich aber vor allem dafür, wie die *potentia coactiva*

⁶⁴ Mit *animal sociale et politicum* übersetzt Wilhelm von Moerbeke das „zoon politikon“ aus Aristoteles' Politik und Nikomachischer Ethik, dazu vgl. bereits *Thomas von Aquin*, *De regno*, I.1 (*Dondaine*, 449b 26 ff.).

⁶⁵ Die Hierarchie der Zwecke bei Thomas hat besonders anschaulich *Berges*, Fürstenspiegel (wie Anm. 12) 204–209, nachgezeichnet.

⁶⁶ *Defensor pacis* I.4.3 (S. 18); dazu vor allem *Helmut G. Walther*, Ursprungsdenken und Evolutionsgedanke im Geschichtsbild der Staatstheorien in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts, in: „Antiqui“ und „moderni“. Traditionsbewußtsein und Fortschrittsbewußtsein im späten Mittelalter, hrsg. v. *Albert Zimmermann* (*Miscellanea mediaevalia* 9, New York, Berlin 1974) 236–261, bes. 257f. Jetzt auch *Nederman*, *Community and Consent* (wie Anm. 60) 29–51.

⁶⁷ Nikomachische Ethik X. 10; 1180 a 21 ff.

⁶⁸ Marsilius benutzt die Übersetzung von Robert Grosseteste, ed. *René-Antoine Gauthier* (*Aristoteles Latinus*, Bd. XXVI, Leiden, Brüssel 1972–1973) 366,22–24 und 584,20f.

⁶⁹ Die deutsche Übersetzung entnehme ich: *Marsilius von Padua*, *Der Verteidiger des Friedens*, aufgrund der Übersetzung von Walter Kunzmann bearb. v. *Horst Kusch* (Leipziger Übersetzungen und Abhandlungen zum Mittelalter A2, Berlin 1958) 97.

des Gesetzes, die bei Aristoteles aus seinem Vernunftcharakter abgeleitet erscheint, sozial wirksam wird. Der Paduaner erläutert daher diese Begriffsbestimmung eines Gesetzes mit der Feststellung, das Gesetz sei ein normativer Text, dessen Beachtung durch eine zwingende Sanktion gesichert werde. Nicht sein vernünftiger Inhalt macht einen normativen Satz zu einem zwingenden Gebot, wenn im anzustrebenden Idealfall auch sein Inhalt objektiv richtig und „gerecht“ und damit zuträglich für jedermann sein soll. Vielmehr entsteht ein Gesetz allein durch die Bewehrung mit einer zwingenden Sanktion. Quelle solch zwingender Sanktion aber ist nach Marsilius die *potestas coactiva* jener Instanz, die das Gesetz mit Zwangsgewalt ausstatten kann und ausstattet. Während das aristotelische (auch bei Thomas von Aquin wiederholte⁷⁰) Wort von der *potencia* [!] *coactiva* terminologisch bei Marsilius nur an dieser einzigen [!] Stelle in seinem mächtigen Buch auftaucht, ist von *potestas coactiva* durchgehend die Rede. Diese Wortprägung kann sogar als Schiboleth originär marsilianischer Zitate genommen werden, wenn man einer möglichen Rezeption marsilianischer Gedanken auf der Spur ist⁷¹!

Die gesetzgebende Instanz muß also mit *potestas coactiva* ausgestattet sein. Aristoteles hatte sich nicht entscheiden mögen, wer der bestgeeignete Herrscher sei, die σοφοί bzw. die *prudentes*, oder vielmehr die Volksversammlung. Marsilius geht erneut über Aristoteles hinaus, wenn er als den eigentlich kompetenten Gesetzgeber „allein (!) [*tantummodo* bzw., *solum*] die Gesamtheit der Bürger oder ihren wichtigeren Teil“ bestimmt⁷². Zur Begründung für diese Exklusivaussage wird neben dem Gedanken, daß damit allein eine *optima lex* gewährleistet sei⁷³, auch die Observanzsicherheit in einer politischen Verfassung von freien Bürgern und die Überlebenschance für alle Teilhaber am Gemeinwesen als Gesichtspunkt angeführt⁷⁴. Als Quelle der *potestas coactiva* kommt zudem nur die Gesamtheit (oder ihr wichtigerer Teil) in Betracht, weil allein so gewährleistet ist, daß despotische Knechtschaft ausgeschlossen ist und jeder letztendlich sich selber zwingt: „Zum Großteil“, so sagt Marsilius, „beruht auf richtig erlassenen Gesetzen ein befriedigendes (Über-)leben der ganzen menschlichen Gemeinschaft, während unter ungerechten Gesetzen unerträgliche Knechtschaft, Unterentwicklung und Elend

⁷⁰ Thomas von Aquin, *Summa theologiae* I–II q.90 a.3. Ad secundum (hier benutzt nach dem Druck bei Marietti, ed. *De Rubeis, Billuart* e. a. (Turin 1932) Bd. 2, 515b: ...*persona privata non potest inducere efficaciter ad virtutem; potest enim solum monere; sed si sua monitio non recipiatur, non habet vim coactivam, quam debet habere lex, ad hoc quod efficaciter inducat ad virtutem, ut philosophus dicit. Hanc autem virtutem coactivam habet multitudo vel persona publica, ad quam pertinet poenas infligere, ut infra dicitur, et ideo solius eius est leges facere.*

⁷¹ z. B. bei der Suche nach verdeckten Zitaten aus Marsilius in „Dialogus“ Wilhelms von Ockham bewährt sich dieses mechanische Mittel – Ockham spricht m. W. nirgendwo in Eigenformulierungen von einer *potestas coactiva*.

⁷² Defensor pacis I.12.5 (S. 66); vgl. I.12.7 (S. 67 f.).

⁷³ Defensor pacis I.12.5 (S. 65).

⁷⁴ Defensor pacis I.12.6 (S. 66 f.).

der Bürger anwachsen, woraus schließlich die Auflösung der staatlichen Ordnung hervorgehen muß.“⁷⁵

Verzichten wir darauf, die genaue Analyse des richtigen Ganges der angemessenen Gesetzgebung nach den Vorstellungen des Marsilius zu verfolgen. Referenzpunkte für *leges recte posite* sind jedenfalls die objektiven Werte des *iustum et conferens*, die aber allein durch die Prozedur des Erlasses des Gesetzes durch das dazu kompetente Organ, den *legislator*, und d.h. durch „die Gesamtheit der Bürger oder ihren wichtigeren Teil“⁷⁶, keinesfalls durch irgend eine andere Instanz, letztgültig gesichert und erreicht werden können.

Dieses Doppelverhältnis läßt die Marsilianische Theorie so modern erscheinen. Die Vertragstheorien der Neuzeit kündigen sich bei ihm bereits an. Während Marsilius selbst beanspruchte, mit seiner Theorie alle höchst unterschiedlichen Verfassungsformen seiner Zeit, die er aus eigener Anschauung kannte oder kennenlernen sollte, die oberitalienischen Kommunen (wie z.B. seine Heimatstadt Padua), die Königreiche der werdenden Nationalstaaten (wie das Frankreich der letzten Kapetinger) und das Römische Reich des deutschen Herrschers (wo er dann von 1326 an leben würde) analytisch gleichermaßen erfassen zu können, scheinen uns heute seine Theoreme häufig wie Vorwegnahmen weit späterer Auffassungen, etwa von Volkssouveränität oder von der nötigen Trennung von Staat und Kirche. Auf unsere Frage nach der Legitimation rechtlicher Normierungen hat Marsilius auch eine sehr spezifische Antwort. Ohne Naturrecht oder göttliches Gebot zu Hilfe zu nehmen, begründet er richtiges Recht ausschließlich durch eine unbestimmte Orientierung an dem *iustum et conferens* einerseits, sowie durch eine bestimmte prozedurale Konstruktion andererseits, wobei er freilich explizit die Hoffnung äußert, auf diese Weise seien auch objektiv die „besten“ Gesetze, ja nur auf diese Weise seien die objektiv „besten“ Gesetze erreichbar⁷⁷. Eine Korrektur prozedural „richtiger“, aber sachlich „falscher“ Gesetze kann keine andere Instanz als der Gesetzgeber selber vornehmen: ein falsches Gesetz, das vom Gesetzgeber erlassen ist, ist gültig, das hält Marsilius ausdrücklich fest, und er muß das tun, da es seiner Definition einer sanktionsbewehrten Norm entspricht; es ist zwar keine *lex perfecta*, aber eine *lex* ist es, und hat daher Geltungs-

⁷⁵ Defensor pacis I.12.7 (S. 68): *In ipsis [scil. legibus] recte positis tocuis et communis humane sufficiency pars magna consistit; sub iniquis vero servitus et oppressio atque miseria civium importabiles, ex quibus tandem contingit solvere politiam.* (Die Übersetzung hier nur in Anlehnung an Kunzmann-Kusch, wie Anm. 69, 127).

⁷⁶ Defensor pacis I.12.3 (S. 63): *Nos autem dicamus secundum veritatem atque consilium [!] Aristotelis (...) legislatorem seu causam legis effectivam primam et propriam esse populum seu civium universitatem aut eius valenciorem partem...* Marsilius weiß demnach sehr genau, daß er damit nicht die Meinung des Aristoteles trifft, sondern nur dessen Hinweisen folgt. Bezeichnend auch ein Vergleich zwischen Defensor pacis I.12.5 (S. 65) mit I.12.6 (S. 66): zuerst ist „nur“ die Zuständigkeit der Gesamtheit begründet, im folgenden Paragraphen beweist Marsilius bereits, daß die *civium universitas* ausschließlich (*tantummodo*) die Kompetenz der Gesetzgebung besitzt, was dann I.12.8sq. (S. 68 f.) mit *ad solam civium universitatem pertinet* aufgenommen wird. (Vgl. auch I.13 passim!)

⁷⁷ Dies das Beweisziel in I.12.5 (S. 65 f.)

anspruch⁷⁸. Umgekehrt ist auch der Inhalt göttlicher Weisung, bevor sie den Gesetzgeber zu entsprechendem Gesetzeserlaß veranlaßt hat, keine *lex* im strengen Sinn, sie hat nur für die Gläubigen Geltung aufgrund anderer Motive als derer der gesetzlichen Sanktion⁷⁹.

Mit diesem Theorem freilich war der Paduaner der politischen Wirklichkeit seines Jahrhunderts enteilt. Seine faszinierende Theorie hat zwar ihre Leser und Benutzer gefunden, eher freilich in seinen zeitkritischen als in seinen konstruktiven Zügen. Nach der Rezeption seines „Defensor pacis“ jedenfalls hat im 14. Jahrhundert keine politische Instanz ihr Verhalten gerichtet, der Text blieb theoretisches Instrumentarium des Verstehens⁸⁰, ohne praktische Richtschnur haben werden zu können.

Mit Wilhelm von Ockhams politischer Theorie, die in demselben Konfliktfeld der Auseinandersetzung von Kaiser und Papst Orientierung zu vermitteln bestrebt war wie der Traktat des Paduaners, erreichen uns – auch für die Frage der Legitimation rechtlicher Normierung – Positionen und Antworten, die sich vielleicht nicht ganz so weit von dem zeitgenössischen Durchschnittshorizont entfernen, die aber natürlich ebensowenig unmittelbare Umsetzung gefunden haben. Der englische Franziskanertheologe war, anders als Marsilius – dessen Oeuvre sich nahezu ausschließlich auf seinen „Defensor pacis“ beschränkt – ein ungemein vielseitiger Autor dessen verschiedene Schriften nicht zufällig in zwei verschiedenen modernen Werksausgaben, den (abgeschlossenen) „Opera philosophica et theologica“⁸¹ einerseits, den (noch lange nicht abgeschlossenen) „Opera politica“⁸² andererseits vorgelegt wurden und werden. Zum politischen Schriftsteller

⁷⁸ Defensor pacis I.10.5 (S. 50f.)

⁷⁹ Defensor pacis I.10.7, vgl. II.9 (S. 51 und S. 231–244).

⁸⁰ Etwa in seinen Wirkungen auf die Konzilszeit: Auf dem Konstanzer Konzil hat sich insbesondere Dietrich von Nieheim durch eine besondere Kenntnis des „Defensor pacis“ ausgezeichnet, vgl. etwa *Karl Pivec*, Quellenanalysen zu Dietrich von Niem, in: *MIÖG* 58 (1950) 386–440, bes. 408–419. In Basel hat dann z. B. auch Nicolaus von Kues von Marsilius gelernt: nachdem der Hg. der „Concordantia catholica“ darauf eingehend aufmerksam gemacht hatte – vgl. *Nicolai de Cusa*, De concordantia catholica, ed. *Gerhardus Kallen* (h XIV/3, Hamburg 1959) 313 ff. – beschäftigten sich mit dieser Abhängigkeit eingehend vor allem *Paul E. Sigmund*, The Influence of Marsilius of Padua on XVth Century Conciliarism, in: *Journal of the History of Ideas* 23 (1962) 392–402; sowie *Jeannine Quillet*, Le „Defensor pacis“ de Marsile de Padoue et le „De concordantia catholica“ de Nicolas de Cues, in: *Niccolò Cusano agli inizi del mondo moderno* (Florenz 1971) 485–506.

⁸¹ Herausgegeben unter der Leitung von Gedeon Gál vom Franciscan Institute an der Saint Bonaventure University in St. Bonaventure, NY: *Guillelmus de Ockham*, Opera philosophica Bd. 1–7 (1974–1988), Opera theologica Bd. 1–10 (1967–1986); vgl. dazu etwa *Jürgen Miethke*, Der Abschluß der kritischen Ausgabe von Ockhams akademischen Schriften, in: *Deutsches Archiv* 47 (1991) 175–185.

⁸² Im einzelnen vgl. besonders die Ausgaben und Übersetzungen: *Guillelmus de Ockham*, Opera politica, Bd. I², II, III, ed. *Hilary Seton Offler* (Manchester 1974, 1956, 1963) Bd. IV, ed. *H. S. Offler* [† 1991] (*Auctores Britannici mediæ aevi* 14, Oxford 1997) [künftig: „OPol I–IV“]; *Guillelmus de Ockham*, Dialogus, gedr. bei Johannes Trechsel (Lyon 1494, Neudruck in: *Guillelmus de Ockham*, Opera plurima, Bd. 1, London, Farnborough, Hants. 1962 und 1963), bzw. gedr. von *Melchior H. Goldast*, *Monarchia Sacri Romani Imperii*, Bd. 2 (Frank-

ist Ockham nicht ausschließlich durch seinen eigenen Entschluß geworden, sondern dadurch, daß er Positionen seines Ordens, der Franziskaner, gegen Maßnahmen und Lehrerkklärungen des Papstes Johannes XXII. und dessen Nachfolgern verteidigen wollte, weil er im Armutstreit seines Ordens mit dem Papst Partei für das traditionelle Selbstverständnis der Franziskaner gegen die Nivellierungstendenzen und nüchternen Einwände der Kurie Partei ergriffen hatte⁸³. Mit Marsilius teilt Ockham die theoretisch einheitliche Behandlung der staatlichen und der kirchlichen Ordnung. Anders als Marsilius bleiben für ihn aber Staat und Kirche zwei verschiedene und unterscheidbare Strukturen, die sich freilich analytisch denselben Fragen und Erklärungsmethoden zu stellen haben.

Gewiß nutzt auch Ockham die praktische Philosophie des Aristoteles in ihrem vollen Umfang. Daneben aber integriert er in sein Nachdenken stärker als Marsilius auch breite theologische und kanonistische Traditionsströme und Textmassen, vor allem immer wieder die Bibel, doch daneben auch Gratians Dekret, die Dekretalen und deren jeweilige „Glossa ordinaria“. Seine Aufmerksamkeit gilt

furt/Main 1614, [Neudruck Graz 1960; oder Neudruck ed. *Luigi Firpo*, Turin 1970]) 394–957; [Exzerpte in deutscher Übersetzung:] *Wilhelm von Ockham*, Dialogus, Auszüge zur politischen Theorie, ausgew., übers. *Jürgen Miethke* (Bibliothek klassischer Texte, Darmstadt 1994) [mit Bibliographie]; *Wilhelm von Ockham*, Texte zur Politischen Theorie. Exzerpte aus dem Dialogus, lateinisch/deutsch, ausgew., hrsg. u. übers. von *Jürgen Miethke* (Reclams Universalbibliothek 9412, Stuttgart 1995); [Exzerpte in engl. Übersetzung:] *William of Ockham*, A Short Discourse on Tyrannical Government, und: A Letter to the Friars Minor and Other Writings, (beides) edd. *Arthur Stephen McGrade*, *John Kilcullen* (Cambridge 1992, 1995).

⁸³ Die Literatur zu Ockhams politischer Theorie ist umfassend verzeichnet bei *Jan P. Beckmann*, Ockham-Bibliographie 1900–1990 (Hamburg 1992), insbesondere *Léon Baudry*, *Guillaume d'Occam*, Sa vie, ses œuvres, ses idées sociales et politiques, Bd. 1 (Études de philosophie médiévale 39, Paris 1949); *Wilhelm Kölmel*, Wilhelm Ockham und seine kirchenpolitischen Schriften (Essen 1962); *Georges de Lagarde*, La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen âge, Nouvelle édition, Bd. 4–5 (Brüssel, Paris 1962–1963); *Georges [=Yurij Dmitry] Knysh*, Political Ockhamism (Winnipeg 1996) [=PhD-Thesis University of London 1968, masch.]; *Jürgen Miethke*, Ockhams Weg zur Sozialphilosophie (Berlin 1969); *Arthur Stephen McGrade*, The Political Thought of William of Ockham, Personal and Institutional Principles (Cambridge Studies in Medieval Life and Thought III/7, Cambridge 1974); *Marino Damiani*, Guglielmo d'Ockham: Povertà e potere, vol. I-II (Florenz 1978–1979); Gian Luca Potestà, Rm. 13,1 in Ockham, Origine e legittimità del potere civile, in: Cristianesimo nella storia 7 (1986) 465–492; *Bernard Willms*, Kontingenz und Konkrektion, Wilhelm von Ockham als Wegbereiter des neuzeitlichen Rechts- und Staatsdenkens, in: Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates, hrsg. v. *Roman Schnur* (Berlin 1986) 13–49; *Janet Coleman*, The Relation between Ockham's Intuitive Cognition and His Political Science, in: Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne (Collection de l'École Française de Rome 147, Rom 1991) 71–88; *Roberto Lambertini*, Wilhelm von Ockham als Leser der „Politik“. Zur Rezeption der politischen Theorie des Aristoteles in der Ekklesiologie Ockhams, in: Das Publikum politischer Theorie (wie Anm. 58) 207–224; *Volker Leppin*, Gegläubte Wahrheit, Das Theologieverständnis Wilhelms von Ockham (Forschungen zur Kirchen- und Dogmengeschichte 63, Göttingen 1995). (Knapp:) *Ruedi Imbach*, Wilhelm von Ockham, in: Klassiker der Philosophie, hrsg. v. *Otto Höffe*, Bd. 1 (München 1981) 220–244; *Gordon Leff*, *Volker Leppin*, in: TRE 25 (1995) 6–18 (bes. 14–16); *Jürgen Miethke*, in: LexMA 9 (München 1998) Sp. 178–182.

nicht in erster Linie der politischen Verfassung, der staatlichen Ordnung der Gesellschaft, sondern der Kirchenverfassung, so sehr er sich zunehmend als Verteidiger des unabhängigen Herrschaftsanspruchs seines Schutzherren, Ludwigs des Bayern, gegen die kuriale Approbationstheorie verstand, die dem deutschen Herrscher ein selbständiges Recht schlichtweg bestritt⁸⁴.

Das alles steht aber hier nicht im einzelnen zur Debatte. In der Frage der Legitimation rechtlicher Normierung greift Ockham auf einen naturrechtlichen Rahmen zurück, freilich nicht auf einen vorgegebenen positiv von Gott gesetzten Rahmen, dem sich das menschliche Gesetz einzupassen hätte. Ockham entwickelt vielmehr den franziskanischen Ansatz weiter, dem gemäß im göttlichen und natürlichen Recht Gestaltungsaufgaben gestellt sind, die der Mensch im historischen Prozeß verschieden ausfüllen kann und muß, freilich auch verfehlen kann. Auch das Naturrecht gibt also menschlichem Handeln keine oder doch nur sehr beschränkt unabänderliche Normen vor, an die der Mensch sich unverbrüchlich zu halten hätte. Die Eigentumsordnung etwa dient nach dem Sündenfall der Sicherung des Wohls aller, die von der Bosheit einzelner bedroht werden. Gleichwohl stammt das Eigentum in seiner konkreten Rechtsgestalt selbst nicht von Gott, es ist vielmehr von den Menschen eingeführt, mit göttlicher Erlaubnis und seiner grundsätzlichen Billigung, d. h. es gilt aufgrund einer göttlichen Lizenz, steht aber nicht in unwandelbarer Geltung. Wenn die Eigentumsordnung ihre ihr zugedachte Funktion nicht mehr erfüllt, muß sie in ihrem Bestand aufgehoben und zumindest für diesen Notfall ausgesetzt werden. *In casu necessitatis omnia sunt communia, id est communicanda*. Darum darf ein Verhungerner den Käse, den ein anderer im Überfluß besitzt, auch gegen dessen Willen zur Lebenserhaltung an sich nehmen und verbrauchen, darf ein Erfrierender sich des fremden Mantels, der von seinem Eigentümer nicht benötigt wird, bedienen, um dem Erfrieren zu entgehen.

Das ist an sich alte, gängige Anschauung⁸⁵. Spezifisch für Ockham ist, daß er dieses Notrecht der Durchbrechung positiv restringierender Rechtssätze zugunsten einer funktionsgerechten Freiheit nicht allein als Ausnahme zu Sonderbedingungen, sondern als grundsätzlich gültige Struktur faßt, in der ursprüngliche Verhältnisse offenbar werden. Darüber hinaus kann er – in Analogie zur dergestalt

⁸⁴ Dazu zusammenfassend Jürgen Miethke, Approbation der deutschen Königswahl, in: LThK³, Bd. 1 (Freiburg i.B. [usw.] 1993) Sp. 888–891; Hans K. Schulze, Grundstrukturen der Verfassung im Mittelalter, Bd. 3: Kaiser und Reich (Urban-Taschenbücher 463, Stuttgart 1998) 288 [Register]; demnächst auch Jürgen Miethke, Der Kampf Ludwigs des Bayern mit Papst und avignonesischer Kurie in seiner Bedeutung für die deutsche Geschichte, erscheint in: Kaiser Ludwig der Bayer. Festschrift zum 650. Jahrestag seines Todes, hrsg. v. Hermann Nehlsen (Quellen und Darstellungen aus dem Gebiete der Geschichte, NF, Paderborn [vorauss. 2000]).

⁸⁵ Die traditionelle kanonistische Diskussion haben eingehend verfolgt Brian Tierney, *Medieval Poor Law. A Sketch of Canonical Theory and its Application in England* (Berkeley, Los Angeles 1949); Gilles Couvreur, *Les pauvres ont-ils des droits? Recherches sur le vol en cas d'extrême nécessité* (Analecta Gregoriana 111, Rom, Paris 1961); vgl. auch Langholm, *Economics* (wie Anm. 52) 72 ff.

verstandenen Eigentumsordnung – auch politische Herrschaft ihrer Entstehung und ihrem Wesen nach fassen. Auch die *potestas instituendi rectores* verdankt sich solch göttlicher Lizenz zu freier menschlicher Gestaltung⁸⁶. Auch Herrschaft kann, so sehr bei funktionsgerechter Ausübung der Herrscher ein subjektives Recht an seiner Herrschaft gewinnt und behält, im funktionsverfehlenden Notfall von den Beherrschten kontrolliert und sogar revoziert werden⁸⁷.

Auch das Naturrecht selber bleibt auf seine Funktion bezogen, ist Gestaltungsrecht – zumindest in weiten Teilen und vorwiegend – nicht unabänderliche Norm. In dem berühmten Kapitel seines Dialogus⁸⁸, in dem Ockham sich mit den verschiedenen Weisen des Naturrechts und seiner Geltung beschäftigt, entwickelt er seine Lehre, von der der Schüler selber anmerkt, er habe sie „andernorts noch nicht gehört“⁸⁹, deren Eigenständigkeit also Ockham ausdrücklich betont. Mittels einer eingehenden Interpretation einer zentralen Autorität zum Inhalt naturrechtlicher Normen, die Gratian aus Isidors von Sevilla „Etymologien“ in sein Dekret aufgenommen hatte⁹⁰ und die seither immer wieder die juristische Begriffsbildung bestimmt hatte⁹¹, stellt Ockham fest, daß man in diesen ehrwürdigen Listen drei verschiedene Arten von *ius naturale* unterscheiden müsse: einmal nämlich das unmittelbar einleuchtende Recht der Zehn Gebote (beider Tafeln), das charakterisiert wird als „Recht, wie es der natürlichen Vernunft entspricht, die in keinem Einzelfall in die Irre leitet, wie zum Beispiel: ‚Du sollst nicht ehebrechen!‘ ‚Du sollst nicht lügen!‘ u. dgl.“⁹².

⁸⁶ Das wird vor allem im Breviloquium entfaltet, vgl. etwa besonders Breviloquium III.8 (OPol IV 180f.); zu Ockhams Urstandslehre ist besonders das „Opus nonaginta dierum“ (OPol II-III) heranzuziehen, dazu bes. Kölmel, Kirchenpolitische Schriften 50–66; Lagarde, Naissance, Bd. 5; Miethke, Ockhams Weg 444–535 (alle wie Anm. 83).

⁸⁷ Allgemein dazu vgl. etwa Franz Walter Kys, Die Lehre über das Widerstandsrecht in den politischen Werken des Meisters Wilhelm von Ockham (Phil. Diss. München 1964, Köln 1967) und jede etwas eingehendere Untersuchung von Ockhams politischer Theorie. Bezeichnend etwa „Octo quaestiones“ II.8 (OPol I, 83): *Rex enim superior est regulariter toto regno suo, et tamen in casu est inferior regno, quia regnum in casu necessitatis potest regem suum deponere et in custodia detinere. Hoc enim habet ex iure naturali, sicut ex iure naturali habet quod licet sibi vim vi repellere ...* (Dazu vgl. unten Anm. 96!).

⁸⁸ III Dialogus II.iii, cap. 6, ed. Hilary Seton Offler, The Three Modes of Natural Law in Ockham, A Revision of the Text, in: Franciscan Studies 37 (1977) 207–218 [Text: 212 ff.]; dt. Übersetzung in: Miethke, Dialogus. Auszüge (wie Anm. 82) 178–185.

⁸⁹ (ed. Offler, wie Anm. 88, S. 214) [Discipulus:] *Quia istam distinctionem iuris naturalis alias non audivi, volo obicere contra eam ...*

⁹⁰ D.1 c.7, gedruckt bei Emil Friedberg, Corpus iuris canonici, Bd. 1 (Leipzig 1879) [Neudruck Graz 1954, u.ö.] 1; aus Isidor, Etymologiae, ed. W. M. Lindsay (Scriptorium classicorum bibliotheca Oxoniensis (Oxford 1911 [u.ö.] 5.4.1–2; vgl. auch bereits Inst. 1.2 pr., in der doppelsprachigen Ausgabe: Corpus Iuris Civilis, Die Institutionen, hrsg. v. Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler (Uni-Taschenbücher 1764, Heidelberg 1993) 2.

⁹¹ Zur Naturrechtslehre der frühcholastischen Juristen vgl. insbesondere die sorgfältige Untersuchung von Rudolf Weigand, Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus (Münchener Theologische Studien III.26, München 1967).

⁹² (ed. Offler, wie Anm. 88, 212): *Uno enim modo dicitur ius naturale illud, quod est con-*

Eine zweite Art naturrechtlicher Normen ist davon zu unterscheiden: Nach dieser zweiten Art ist nämlich „Naturrecht all das, was von jenen zu beachten ist, die allein natürliche *aequitas* ohne alles Gewohnheitsrecht und menschliche Satzung gebrauchen“⁹³. Solch vorpositives Recht heißt deswegen „natürliches“ Recht, „weil sein Gegenteil dem Stand der ursprünglich geschaffenen Natur (also Gottes ursprünglicher Schöpfungsordnung) entgegengesetzt ist“. Wenn die Menschen nicht dem Sündenfall erlegen wären und ganz ihrer Vernunft und dem göttlichen Gesetz gemäß lebten, bräuhete man dieses Naturrecht nicht einzuhalten. Ockham ordnet dieser Kategorie Sätze zu wie: *omnia sunt communia oder omnium est una libertas*, welche keineswegs unveränderlich gelten wie die beiden Tafeln des Dekalogs, sondern nach dem Sündenfall nur unter Menschen weitergelten könnten, „die gemäß ihrer Vernunft lebten“⁹⁴. Da das nun aber keineswegs allgemein der Fall ist, vielmehr heute mit Recht und aus sehr guten Gründen etwa Eigentum besteht und nach dem *ius gentium* bzw. *ius civile* Menschen zu Recht versklavt werden dürfen, können evidentermaßen diese Normen nicht unabänderlich überall Geltung beanspruchen⁹⁵.

Eine dritte Art von Naturrechtsnormen erblickt Ockham in jenem Recht, das in evidenten Beweisführung aus dem *ius gentium* (d. h. dem Recht, das bei allen Völkern gilt), aus den besonderen Umständen eines göttlichen Handelns oder aus menschlichem Tun evident erschlossen werden kann, von dem aber aufgrund eines Konsens aller, denen das zukommt, durch ein gegenteiliges Statut abrogiert werden kann. Solcher Art ist die Regel, daß ein *depositum* zurückzugeben ist, daß man Gewalt durch Gewalt zurückschlagen darf, usw. Diese Regeln folgen erst aus festliegender Gestaltung, denn wenn die Menschen nach reinem Vernunftsgesetz lebten, gäbe es kein Eigentum, und also auch kein *depositum*, gäbe es keine Gewalt, und also auch keine Notwehr. Solches Naturrecht, das Naturrecht dieser dritten Art des Sprachgebrauchs, gehört weder zur ersten noch zur zweiten Kate-

forme rationi naturali, que in nullo casu fallit, sicut est, non mechaberis, non mentieris et huiusmodi.

⁹³ Ebenda: *Aliter dicitur ius naturale, quod servandum est ab illis, qui sola equitate naturali absque omni consuetudine et constitutione humana utuntur. Quod ideo dicitur ius naturale quia contrarium est contra statum nature institute et, si homines viverent secundum rationem naturalem aut legem divinam, non esset servandum nec faciendum.*

⁹⁴ Ebenda: *Isto modo et non primo modo ex iure naturali omnia sunt communia, quia in statu nature institute omnia fuissent communia, et si post lapsum omnes homines secundum rationem viverent, omnia deberent esse communia et nichil proprium; proprietates enim propter iniquitatem est inducta, xii q.1 c. Dilectissimis [C.12 q.1 c.2]. Isto modo loquitur Ysidorus libro .v. Ethimologiarum, et ponitur in decretis di.i c. Ius naturale [D.1 c.7], cum dicit quod secundum ius naturale est, communis omnium possessio et omnium una libertas.*

⁹⁵ Im unmittelbaren Anschluß an die vorige Anm. (S. 212 f.): *Non enim communis omnium possessio et omnium una libertas est de iure naturali primo modo. Tunc enim nullus posset sibi licite aliquid appropriare, nec aliquo iure gentium vel civili posset aliquis fieri servus, quia ius naturale primo modo est immutabile et invariabile ac indispensabile, di.v. § Nunc autem [D.5 a.c.1] et di.vi. § Hiis itaque respondetur [D.6 p.c.3]. Constat autem quod aliqui iure gentium licite fiunt servi (...) ex quo concluditur quod ius naturale uno modo accepto vocabulo non est immutabile, immo licet contrarium statuere, ut iure fiat contrarium.*

gorie, es gilt nur, wenn der Mensch die Lizenz zur positiven Gestaltung seiner Lebensverhältnisse unter den Bedingungen der Sünde wahrgenommen hat⁹⁶. Dann freilich ist es evident als Recht erkennbar, darf aber durch ein konsensuales Statut aller Betroffenen selbst gültig aufgehoben werden: wenn also ein Eigentümer freiwillig auf sein Eigentum verzichtet und damit auf den Rückgabeanspruch oder ein unter Gewalttat Leidender seine linke Backe darbietet (so ist wohl zu ergänzen), verliert es seine normative Geltung.

Brechen wir ab! Für Gestaltungsrechte ist eine Legitimation schwierig zu konstruieren. Ockham tat das, indem er heuristisch unermüdlich und scheinbar kasuistisch historisch und theoretisch erschlossene *casus*, d. h. Handlungssituationen, ihre Umstände und ihren jeweiligen Rechtsrahmen analysierte. Aufmerksam für die Ausnahmesituation und den Notfall, in denen sich die wahren Verhältnisse unverstellt zeigen können, entsteht dergestalt ein abgestuftes, ein gleichsam gestaffeltes System von rational überprüfbaren Handlungsmaximen als hierarchisch geordnetes System von Rechtsnormen, die erst in letzter Instanz auf unveränderlich ewig gültige göttliche oder Vernunft-Gebote rekurrieren. Das gibt Ockhams Theorie eine ungewöhnliche Flexibilität und – jedenfalls zu seiner Zeit – einen unvergleichlichen Realismus der Wahrnehmung. Vielleicht traut seine Theorie der Kraft der Vernunft und der Evidenz praktischer Erkenntnis allzu optimistisch geradezu selbstverständliche Wirkungen auf das Handeln der Menschen zu, vielleicht sieht er in der Evidenz der praktischen Erkenntnis allzu leicht eine hinreichende Motivation für das „richtige“ und sittlich geforderte Tun. Analytisch stellte seine Auffassung von Normativität den folgenden Generationen, besonders während der Zeit des Schisma und des Konziliarismus⁹⁷ jedenfalls ein einflussreiches Instrument für eine Situationsanalyse bereit, das Orientierung und Sicherheit zu vermitteln und sogar institutionelle Anregung in der Kirchenkrise des Großen Schisma zu geben vermochte.

Wir haben an vier ausgewählten, aber auch herausragenden Positionen Versuche mittelalterlicher Theoretiker verfolgt, rechtliche Normsetzung zu legitimieren. Damit haben wir den Kurs möglicher Theorien keineswegs lückenlos abge-

⁹⁶ (S. 213) *Tertio modo dicitur ius naturale illud, quod est iure gentium vel alio aut ex aliquo facto divino vel humano evidenti ratione colligitur, nisi de consensu illorum quorum interest, contrarium statuatur. Quod poterit vocari ius naturale ex suppositione, sicut secundum Ysidorum ubi prius [D.1 c.7], 'Ius naturale est deposite rei vel commodate pecunie restitutio, violentie per vim repulsio'. Ista enim non sunt iura naturalia primo modo, nec etiam secundo modo, quia nec fuissent in statu nature institute nec essent inter illos, qui secundum rationem viventes sola equitate naturali absque omni consuetudine et constitutione humana essent contenti, quia inter illos nulla res esset deposita vel commodata nec aliquis alteri vim inferret ...*

⁹⁷ Dazu besonders Hilary Seton Offler, *The 'Influence' of Ockham's Political Thinking. The First Century*, in: Die Gegenwart Ockhams, hrsg. v. Werner Voßenkuhl, Rolf Schönberger (Weinheim 1990) 338–365; vgl. auch Jürgen Miethke, *Zur Bedeutung von Ockhams politischer Philosophie für Zeitgenossen und Nachwelt*, ebendort 305–324; ders., *Konziliarismus – die neue Doktrin einer neuen Kirchenverfassung*, in: „Reform von Kirche und Reich“ zur Zeit der Konzilien von Konstanz (1414–1418) und Basel (1431–1449). Konstanz-Prager Kolloquium (11.–17. Okt. 1993), hrsg. v. Ivan Hlavčák, Alexander Patschovsky (Konstanz 1996) 29–61.

schritten und haben doch verschieden gerichtete Entwürfe vorgefunden, die mit recht verschiedenen theoretischen Mitteln sich ihrer Aufgabe entledigten. Eine eigentliche „Entwicklung“, gar einen einlinigen Fortschritt konnten wir nicht beobachten, wenn sich auch zunehmend Differenzierungen andeuteten. Dabei hat sich insbesondere die Richtung auf eine zunehmende institutionelle Betonung des Konsensgedankens einerseits, andererseits eine Differenzierung in der Geltungskraft der übergeordneten legitimierenden Norm abgezeichnet. Daß das Mittelalter und das 14. Jahrhundert nicht in der Lage waren, das Problem selbst definitiv zu lösen, das kann uns am Ende des 20. Jahrhunderts nicht überraschen, da uns die Legitimation der rechtlichen Normierung unseres gesellschaftlichen Lebens immer noch unverändert eine beständige Aufgabe bleibt.

Peter Landau

Der biblische Sündenfall und die Legitimität des Rechts

I. Einleitung

Die Frage nach der Legitimität des Rechts ist eine der Grundfragen der Rechtsphilosophie, die zumindest seit dem 5. vorchristlichen Jahrhundert, der Zeit der athenischen Demokratie und der Sophisten, im griechischen und späteren europäischen Denken präsent ist. Sie konnte von Anfang an dadurch beantwortet werden, daß man die Geltung des Rechts nur auf Satzung, auf Nomos, begründete, und jede Unterscheidung von Legalität und Legitimität leugnete, die gewissermaßen stets wiederkehrende Antwort des juristischen Positivismus. Sie kann zweitens so beantwortet werden, daß unter Berufung auf einen jenseits positiver Satzung liegenden natürlichen Maßstab, auf ein Recht der Natur, jede positive Rechtsordnung als illegitim erscheinen müsse, als ein Reich der Ungerechtigkeit, da jeder Rechtszwang auf Willkür beruhe und diese grundsätzlich nicht zu legitimieren sei. In diesem Sinne argumentierte bereits der sophistische Denker Antiphon zur Zeit der klassischen griechischen Philosophie¹. Es kann schließlich ein dritter Weg gesucht werden, der die Legitimität des positiven Rechts entweder an einen Qualitätsmaßstab für positive Rechtsordnungen bindet oder sie mit prozeduralen Voraussetzungen zu begründen versucht – letzteres in der Neuzeit auf der Grundlage der Idee des Sozialvertrags². Das Problem der Legitimierung des Rechts kann aber auch in einer Weise radikal gefaßt werden, daß zum einen die *Erkennbarkeit* der Maßstäbe für legitimes Recht behauptet wird, da dem

¹ Unsere Kenntnis vom Rechtsdenken der Sophisten beruht wesentlich auf einem Fragment des *Antiphon von Athen*, einem Zeitgenossen des Sokrates – bei *H. Diels*, *Die Fragmente der Vorsokratiker* (Hamburg 1957) 133–135 (Fragment 44). Hierzu *F. Heinemann*, *Nomos und Physis, Herkunft und Bedeutung einer Antithese im griechischen Denken des 5. Jahrhunderts* (Schweizerische Beiträge zur Altertumswiss. H.1, Basel 1965) 133–142; *E. Wolf*, *Griechisches Rechtsdenken Bd. II: Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik* (Frankfurt a.M. 1952) 87–103; *F. Flückiger*, *Geschichte des Naturrechts I* (Zürich 1954) 105–124; *T. J. Saunders*, *Antiphon the Sophist on Natural Laws*, in: PAS 78 (1978) 215–236; *G. B. Kerferd*, *The Sophistic Movement* (Cambridge 1981) 115–117.

² Cf. die moderne Gesamtdarstellung bei *W. Kersting*, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages* (Darmstadt 1994).

Menschen der Wille Gottes offenbart sei, daß aber andererseits die *Errichtung* einer diesem Willen Gottes entsprechenden Rechtsordnung unmöglich sei, da durch den im Buch Genesis bezeugten Sündenfall die Menschen prinzipiell unfähig seien, eine legitime Rechtsordnung herzustellen. Diese letztgenannte Stellung des Problems ergibt sich aus der Botschaft der jüdisch-christlichen Offenbarung der Bibel. Betrachtet man den Sündenfall als ein anthropologisches Grunddatum menschlicher Existenz, dann lassen sich unterschiedliche rechtsanthropologische Konsequenzen aus dieser Voraussetzung ziehen. Die eine könnte darin liegen, die Aufhebung der Spannung zwischen Legitimitätsanforderungen und positiver Rechtsordnung in eine imaginäre Zukunft zu projizieren – mit den verschiedenen Varianten eines messianischen oder utopischen Denkens. Eine zweite Möglichkeit bestünde im Insistieren auf der Unaufhebbarkeit der Differenz zwischen der *civitas Dei* und der *civitas terrena* als einer *civitas diaboli*, die Lösung einer idealtypischen radikalen Zwei-Reiche-Lehre, die in dieser Form auch von Augustinus nicht vertreten wurde. Die dritte Möglichkeit besteht darin, das Recht postlapsarisch als eine *Notordnung* zu rechtfertigen – mit einem ermäßigten Standard an Legitimität, und damit auch ohne die emphatische Forderung nach einem fundamental religiös bestimmten Recht. Dieser Weg ist jedenfalls überwiegend derjenige der europäischen christlichen Rechtstradition gewesen, die deshalb strukturell den Typus eines fundamental religiösen Rechts anders als das Judentum und der Islam nicht ausgebildet hat. Das Theologumenon des Sündenfalls ermöglichte dann auch eine essentiell säkulare Rechtstradition für den Bereich der *Notordnung*, wobei die Ursprünge dieser Tradition bereits im Mittelalter liegen. Eine Darstellung dieser Probleme kann im heutigen Zusammenhang nur skizzenhaft geschehen, wobei ich mich für das Thema „Sündenfall und Rechtsordnung“ vor allem auf zwei Autoren stützen kann, die zumindest zu einem erheblichen Teil die hier relevanten Quellen geistesgeschichtlich analysiert haben: Georg Jellinek mit seinem grundlegenden Vortrag „Adam in der Staatslehre“, gehalten im historisch-philosophischen Verein von Heidelberg 1893³, und Wolfgang Stürner mit seiner materialreichen und anregenden Monographie „Peccatum und Potestas. Der Sündenfall und die Entstehung der herrscherlichen Gewalt im mittelalterlichen Staatsdenken“⁴. Mein Thema ist demgegenüber: „Peccatum et Lex“.

³ G. Jellinek, Adam in der Staatslehre, in: *ders.*, Ausgewählte Schriften und Reden, Bd. 2 (Berlin 1911) 23–44 – vorher gedruckt als Vortrag im historisch-philosophischen Verein zu Heidelberg (Heidelberg 1893).

⁴ W. Stürner, Peccatum und Potestas. Der Sündenfall und die Entstehung der herrscherlichen Gewalt im mittelalterlichen Staatsdenken (Beiträge zur Gesch. u. Quellenkunde d. Mittelalters 11, hrsg. v. H. Fuhrmann, Sigmaringen 1987).

II. Augustinus

Den Ausgangspunkt für die heute vorzutragenden Überlegungen nehme ich bei Augustinus und dessen Werk „De civitate Dei“, obwohl natürlich bei genauerer Analyse die neutestamentlichen Grundlagen der augustinischen politischen Theologie im Römerbrief und die Lehren der Kirchenväter vor Augustin heranzuziehen wären, von denen insbesondere Tertullian und Ambrosius das Denken Augustins beeinflusst haben.

Wenn man die verschlungenen Gedankengänge Augustins in „De civitate Dei“ verfolgt, so scheint es mir zunächst erforderlich zu sein, prinzipielle Voraussetzungen festzuhalten, die der Kirchenvater bei der Fülle seiner Erörterungen und Beispiele aus der biblischen und der römischen Geschichte macht.

Die erste dieser Voraussetzungen hängt eng mit Augustins Rezeption von Ciceros „De re publica“, der einzigen staatstheoretischen Schrift der römischen Literatur, zusammen. Cicero läßt in seinem Gespräch zunächst durch den Mund des Scipio die Ansicht verkünden, daß man die *res publica* als *res populi* definieren müsse und man unter *populus* nicht jede beliebige Vereinigung von Menschen verstehen könne, sondern nur diejenige, die durch einen Konsens über das Recht und die Gemeinsamkeit des Nutzens bestimmt sei – „coetum iuris consensu et utilitatis communionem sociatum“⁵. Daraus wird dann im weiteren Verlauf des Gesprächs die Konsequenz gezogen, daß ein Staat ohne große Gerechtigkeit weder geführt werden noch überhaupt bestehen könne⁶. Ein Konsens über das Recht sei aber nur dort vorhanden, wo ein Staat gut und gerecht regiert wird – „cum bene ac iuste geritur“⁷. Das bedeutet, daß der Begriff des Rechts nur durch den Bezug auf einen materialen Gerechtigkeitsbegriff definiert werden kann. Soweit Cicero in der Wiedergabe Augustins – ohne Gerechtigkeit gibt es weder eine *res publica* noch einen *populus*.

Augustin stellt Ciceros Staatslehre in Buch II von „De civitate Dei“ dar und kündigt bereits dort eine eigene Fundamentalkritik an⁸, die er dann in Buch XIX durchführt. Diese Kritik läuft darauf hinaus, daß nach den Kriterien Ciceros Rom niemals ein Staat gewesen ist. Seine Kritik beruht auf einem Verständnis der Gerechtigkeit, die aristotelische Definitionen mit den biblischen Zehn Geboten kombiniert. Gerechtigkeit ist die Tugend, jedem das Seine zuzuerkennen⁹. Zur *iustitia distributiva* gehöre aber auch „Gott das Seine zuzuerkennen, indem man

⁵ Cicero, *De re publica* (Vom Gemeinwesen) I.39, ed. K. Büchner (Zürich 21960) 126: „Est igitur ... res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communionem sociatus.“

⁶ Cicero, *De re publica* III, ed. Büchner, p. 238 – nach der Inhaltsangabe bei Augustinus, *De civitate Dei* II.21: „nec omnino nisi magna iustitia geri aut stare posse rem publicam.“

⁷ Cicero, *De re publica* III, ed. Büchner, p.128 – nach Augustinus l.c.

⁸ Augustinus, *De civitate Dei* II.21, ed. Dombart, Kalb, Bd. I (Darmstadt 1981) 82f.: „Enitar enim suo loco, ... numquam illam fuisse rem publicam, quia numquam in ea fuerit vera iustitia.“

⁹ Augustinus, *De civitate Dei* XIX.21, ed. Dombart, Kalb, Bd. II (wie Anm. 8) 390: „Iustitia porro ea virtus est, quae sua cuique distribuit.“

Gott dient, und sich nicht unreinen Dämonen, falschen Göttern, wie die Römer unterwirft“¹⁰. Da solchen falschen Göttern folgende Menschen nicht die Tugend der Gerechtigkeit entwickeln, können sie auch keine auf Gerechtigkeit beruhende Gemeinschaft errichten und erreichen keinen Konsens über das durch die materiale Gerechtigkeit definierte Recht. Augustinus geht sogar so weit, einer Gemeinschaft ohne Verehrung des wahren Gottes jeden Nutzen abzuspochen¹¹, so daß auch dieses zweite Kriterium in der Definition von Volk und Staat bei Cicero – „utilitatis communione sociatus“ – entfällt. Nur die *civitas Dei* ist nach Augustin eine Rechtsgemeinschaft auf der Grundlage eines Gerechtigkeitskonsenses. Daher ist der vielleicht bekannteste Satz aus Augustins geschichtstheologischem Hauptwerk die Frage: „Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?“¹², der übrigens seine Ergänzung in der zweiten Frage „Quia et latrocinia quid sunt nisi parva regna?“ findet, durchaus im Sinne einer generellen Gleichsetzung der Herrschaftsstrukturen einer Räuberbande mit denen eines Staates zu verstehen; Augustin steht eindeutig auf der Seite des Piraten, der Alexander dem Großen antwortet, ein Imperator sei nur ein Räuber großen Stils – „elegantior enim et veraciter“, nennt Augustin die Antwort des Piraten an den Welteroberer. Das bedeutet, daß die Rechtsordnung eines Staates sich qualitativ nicht von der einer Räuberbande unterscheidet, die ebenfalls herrschaftliches Gebot (*imperium*), genossenschaftliche Einung (*pactum societatis*) und vertragliche Teilung der Beute (*lex placiti*) kennt¹².

Augustins Zwei-Reiche-Lehre scheint in einen *Rechtsnihilismus* für die weltliche Ordnung zu münden. Jedoch ist die Fundamentalkritik an Ciceros Staatstheorie nicht sein letztes Wort in der Staatslehre. Auf das Kapitel der Cicero-Kritik folgt nämlich ein weiteres, in welchem Augustin eine eigene abweichende Definition von *populus* und *res publica* entwickelt. Er definiert hier *populus* als „coetus multitudinis rationalis rerum quas diligit concordi communione sociatus“¹³ – Vereinigung einer vernünftigen Menge, die verbunden ist durch Übereinstimmung der Wertsetzungen – also prinzipiell formal als Übereinstimmung in den Grundwerten, allerdings auf der Grundlage einer vernünftigen Verständigung der Menge, der argumentativen Begründung der Wertegemeinschaft, ohne daß ein Konsens über Letztbegründungen, etwa über „vera iustitia“, vorausgesetzt wird. Die *res publica* ist dann der institutionelle Rahmen, die *res*, die diese Wertegemeinschaft auf Dauer stellt. In diesem Sinne gab es einen Staat bei den Römern, Griechen, Ägyptern, Babyloniern, Assyrern und allen anderen Völkern¹⁴. Dieses Ka-

¹⁰ Augustinus, (wie Anm. 9) 390: „Quae igitur iustitia est hominis quae ipsum hominem Deo vero tollit et immundis daemonibus subdit?“

¹¹ Augustinus, (wie Anm. 9) 391: „Quamvis enim, si diligenter adtendas, nec utilitas sit ulla viventium, qui vivunt impie, sicut vivit omnis, qui non servit Deo servitque daemonibus.“

¹² Augustinus, De civitate Dei IV.4 (wie Anm. 8) 150: „Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia? Quia et latrocinia quid sunt nisi parva regna? Manus et ipsa hominum est, imperio principis regitur, pacto societatis astringitur, placiti lege praeda dividitur.“

¹³ Augustinus, De civitate Dei XIX.24 (wie Anm. 9) 400.

¹⁴ Augustinus, De civitate Dei XIX.24 (wie Anm. 9) 400.

pitel im Anschluß an die Cicero-Kritik enthält Augustins eigentliche Staatslehre und in nuce auch seine Rechtslehre.

Die augustinische Rechtslehre wird nun durch die Interpretation des Sündenfalls in „De civitate Dei“ soweit begründet, daß sie letztlich auch für weltliche Ordnungen mit christlichen Bürgern gilt. Die Begründung entnimmt Augustin dem Buch Genesis – vor allem dem Satz in Genesis 4.17 über Kain: „Et aedificavit civitatem“. In den Brüdern Kain und Abel sind für Augustin typologisch *civitas Dei* und *civitas terrena* vorgebildet. Indem die menschliche Ordnung auf den Brudermörder Kain zurückzuführen ist, kann sie in ihrer Genese nicht auf Gerechtigkeit beruhen – „primus itaque fuit terrena civitatis conditor fraticida“¹⁵. Das weltliche Recht beruht auf den Aktionen eines Gewalttäters, der auch nicht dadurch gerechtfertigt ist, daß wie bei Hobbes vor dem durch den Staat begründeten Frieden „bellum omnium contra omnes“ herrscht – denn zwischen Kain und Abel herrscht kein Konkurrenzverhältnis wie zwischen Romulus und Remus, da Abel keine Herrschaft über seinen Bruder auszuüben suchte¹⁶. In der Figur Abels ist die Möglichkeit der *bonitas* des Menschen trotz des Sündenfalls typologisch erfaßt und nach Ansicht Augustins auch der Tod Christi und die Gründung der Kirche. Der von Kain gegründete irdische Staat ist aber trotz der *Ursprungskontamination* nicht fundamental illegitim, sondern kann gewisse Güter für den Menschen verwirklichen, die man als Geschenke Gottes bezeichnen kann. Sein Ziel ist ein gewisser Friede für untergeordnete Güter (*pro rebus infimis*). Als friedensstiftende Institution besitzt der Staat einen Wert nach menschlicher Bewertung – „in suo humano genere melior“¹⁷. Wenn auch *vera iustitia* (wahre Gerechtigkeit) im irdischen Staat prinzipiell unerreichbar ist, so kann man doch auch bei den einzelnen Staaten qualitative Differenzen in der Wahrnehmung der Aufgaben feststellen, so daß z.B. der frühe römische Staat besser als der spätere verwaltet wurde¹⁸.

Augustinus kennt folglich weltliche Rechtsordnungen nur als *Notordnungen* nach dem Sündenfall, stets auch bei der Verfolgung bescheidener Ziele gefährdet durch die *superbia* der Machthaber und in einer Hierarchie menschlicher Güter nur auf einer unteren Stufe legitimierbar. Sein Verständnis positiver weltlicher Rechtsordnung ist daher auch kaum vollständig in die von der Stoa vertretene antike emphatische Naturrechtstradition einzuordnen.

¹⁵ Augustinus, De civitate Dei XV.5 (wie Anm. 9) 64: „Primus itaque fuit terrena civitatis conditor fraticida; nam suum fratrem civem civitatis aeternae in hac terra peregrinantem invidentia victus occidit.“

¹⁶ Augustinus, De civitate Dei XV.5 (wie Anm. 9) 64: „Hi autem fratres Cain et Abel non habebant ambo inter se similem rerum terrenarum cupiditatem.“

¹⁷ Augustinus, De civitate Dei XV.4 (wie Anm. 9) 63: „Non autem recte dicitur ea bona non esse, quae concupiscit haec civitas, quando est et ipsa in suo humano genere melior.“

¹⁸ Augustinus, De civitate Dei II.21 (wie Anm. 8) 83: „Secundum probabiliores autem definitiones pro suo modo quodam res publica fuit, et melius ab antiquioribus Romanis quam a posterioribus administrata est.“

III. Isidor von Sevilla

Trotz des „politischen Augustinismus“ ist die Rechtstradition des Mittelalters nur teilweise von augustinischen Motiven bestimmt worden¹⁹. Es kann kein Zweifel bestehen, daß neben Augustin die nicht genuin christliche, antike Naturrechtstradition für das mittelalterliche Denken bestimmend war, die zumindest spurenweise in den Texten des römischen Rechts zu finden ist und am Ende der Antike enzyklopädisch von Isidor von Sevilla in den „Etymologiae“ zusammengefaßt wurde. Es kann andererseits nicht überraschen, daß Isidor die bei den griechischen und lateinischen Kirchenvätern tradierte Lehre vom Ursprung menschlicher Herrschaft durch den Sündenfall voll übernimmt, mit der in seinen *Sententiae* betonten Konsequenz, daß auch die Knechtschaft als Institution gegenüber der ursprünglichen menschlichen Freiheit durch den Sündenfall legitimiert ist; da die Menschen die Freiheit nicht ertragen, beruht sogar die Einführung der Knechtschaft auf der Barmherzigkeit Gottes²⁰. Obwohl damit der Sündenfall offenbar für Isidor eine qualitative Veränderung der menschlichen Rechtsordnung zur Folge hat, vertritt er in seiner Auflistung unterschiedlicher Rechtsbegriffe eine Naturrechtslehre, die in Anlehnung an die stoische Tradition einmal das Naturrecht aus dem *instinctus naturae* ableitet²¹, die positive Rechtsordnung aber andererseits zur Abschreckung der Bösen und Ungläubigen für notwendig hält und damit indirekt auf den Sündenfall zurückführt²². Für die menschlichen Gesetze stellt Isidor dann einen umfassenden Katalog von Qualitätsmerkmalen auf: Eine *lex* müsse anständig, gerecht, erfüllbar, naturgemäß sein, den regionalen Sitten entsprechen, zeitgemäß, notwendig, nützlich, klar und dem Gemeinwohl dienend²³. Diesem hohen Standard kann ein Gesetz nur dann entsprechen, wenn es einen moralisch einwandfreien Urheber hat, so daß die logische Voraussetzung der isidorischen Rechtslehre der perfekte christliche Herrscher ist. Während bei den griechischen und lateinischen Kirchenvätern zwar die Notwendigkeit der

¹⁹ H.-X. Arquillière, *L'Augustinisme politique. Essai sur la formation des théories politiques du Moyen Age* (Paris 1935).

²⁰ *Isidor von Sevilla*, *Sententiae* III.47, P.L. Bd. 83, col. 717: „Propter peccatum primi hominis humano generi poena divinitus illata est servitutis, ita ut quibus aspicit non congruere libertatem, his misericordius irroget servitutem.“ Hierzu cf. *Stürmer*, (wie Anm. 4) 97.

²¹ *Isidori Hispalensis, Etymologiarum sive Originum Libri XX* Bd. I (ed. W. M. Lindsay, Oxonii 1911) V.IV: „Ius naturale est commune omnium nationum, et quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur; ut viri et feminae coniunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio, et omnium una libertas, adquisitio eorum quae caelo, terra, marique capiuntur.“

²² *Isidorus Hispalensis*, (wie Anm. 21) V.XX: „Factae sunt autem leges ut earum metu humana coerceatur audacia, tutaque sit inter improbos innocentia, et in ipsis inpiis formidato supplicio refrenetur nocendi facultas.“

²³ *Isidorus Hispalensis*, (wie Anm. 21) V.XXI: „Erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta.“

weltlichen Obrigkeit entsprechend Römer 13 im Sinne von „Stockmeistern“²⁴ (Luther) stets betont wird, aber andererseits vor dem Machtmißbrauch der Herrscher gewarnt wird, geht Isidor vom Typus des christlichen Herrschers aus, der sich vor Gott verantwortlich weiß und vor allem sich selbst den von ihm gegebenen Gesetzen unterwirft. Das kommt in einer prägnanten Formulierung in Isidors *Sententiae* zum Ausdruck: „Iustum est, principem legibus obtemperare suis“²⁵. Diese Formulierung Isidors kann als ein Hauptgedanke des politischen Augustinismus des Mittelalters bezeichnet werden, der anders als Augustin selbst zu einer vorbehaltlosen Bejahung der christlich geprägten Herrschaftsstruktur gelangte, indem die Frage umgangen wurde, ob die durch den Sündenfall bedingte *natura corrupta* des Menschen auch den christlichen Herrscher zu einer Ausnahme machen mußte.

IV. Gregorianische Reform und Gratian

Eine Wiederbelebung der kritischen Dimension des augustiniischen Denkens in einem völlig veränderten historischen Kontext liegt in den grundsätzlichen Stellungnahmen Gregors VII. vor, besonders in dem berühmten Schreiben an Bischof Hermann von Metz 1081. Wenn Gregor VII. in diesem Schreiben sich bis zu der rhetorischen Frage steigert: „Wer wüßte nicht, daß Könige und Herzöge ihren Ursprung bei denen genommen haben, die Gott nicht kannten und durch Hochmut, Raub, Hinterlist, Mord, kurz durch Verbrechen aller Art und angestiftet vom Fürsten dieser Welt, nämlich vom Teufel, über ihresgleichen, nämlich Menschen, zu herrschen suchten in blinder Gier und unerträglicher Anmaßung?“²⁶, so liegt die geistige Verbindung des Gedankens der Unkenntnis Gottes mit dem ver-

²⁴ In seiner berühmten Schrift „Von weltlicher Oberkeit, wie weit man ihr Gehorsam schuldig sei“ (1523) bezeichnet Luther die Fürsten generell wenig schmeichelhaft als *Gottes stockmeister und hencker* – *D. Martin Luthers Werke* (Weimarer Ausgabe), Bd. 11 (Weimar 1900, ND 1966) 268. Unter den griechischen Kirchenvätern ist in diesem Zusammenhang besonders *Johannes Chrysostomus* zu berücksichtigen – cf. *O. Schilling*, *Naturrecht und Staat nach der Lehre der alten Kirche* (Veröff. d. Sekt. f. Rechts- und Sozialwiss. d. Görres-Gesellschaft H.24, Paderborn 1914) 95–127.

²⁵ *Isidorus*, *Sententiae* III. 51, P.L. Bd. 83, col. 723. Der Text gelangte in das *Decretum Gratiani* als C.9, c.2, Cf. hierzu *H. H. Anton*, *Fürstenspiegel und Herrscherethos in der Karolingerzeit* (Bonner hist. Forsch., hrsg. v. *M. Braubach*, Bd. 32, Bonn 1968) 60.

²⁶ Gregor VII., Register VIII.21, ed. *E. Caspar*, MGH, Epp. sel. II, Fasc. II (Berlin 1923, ND 1978): „Quis nesciat reges et duces ab iis habuisse principium, qui Deum ignorantes superbia rapinis perfidia homicidiis postremo universis pene sceleribus mundi principe diabolo videlicet agitante super pares, scilicet homines, dominari ceca cupidine et intollerabili presumptione affectaverunt?“ Die Übersetzung nach der zweisprachigen Edition von *Brunos Bellum Saconicum* in der *Freiherr vom Stein-Gedächtnisausgabe*, Bd. XII: *Quellen zur Geschichte Kaiser Heinrichs IV.*, hrsg. v. *F. J. Schmale* (Darmstadt 1963) 303. Zu der sehr unterschiedlichen Interpretation dieser Stelle in der historischen Forschung cf. etwa *Stürmer*, (wie Anm. 4) 132 f. mit Anm. 16. Immer noch lesenswert zu diesem Text Gregors VII. die Ausführungen bei *E. Bernheim*, *Mittelalterliche Zeitschauungen* (Tübingen 1918, ND 1964) 204–209.

brecherischen Charakter der Herrschaft auf einer vergleichbaren Ebene wie der augustinische Gedanke, daß Gerechtigkeit die Verehrung Gottes voraussetze. Der systematische Einbau des Sündenfalls in eine Rechtslehre gelingt aber erst Gratian in seinem Dekret, das näher betrachtet werden soll.

Bekanntlich übernimmt Gratian in der dem Dekretbuch vorangestellten allgemeinen Rechtslehre die von ihm kommentierten Textstücke hauptsächlich den Etymologien des Isidor von Sevilla und schließt sich damit an die Begrifflichkeit des römischen Rechts an²⁷, die er aber mit bemerkenswerter Selbständigkeit und der Prägung neuer Begriffe interpretiert, so z. B. mit der Wortschöpfung der *consuetudo in scriptis redacta*²⁸ gleich am Anfang des Dekrets. Gratians Naturrechtslehre wird von ihm in den ersten neun Distinktionen entwickelt; zu den Hauptaussagen gehört dabei die materielle Identifizierung von Naturrecht und biblischem Recht in dem Satz: „Ius naturae est, quod in lege et evangelio continetur“²⁹ und die Verknüpfung des Naturrechts mit der Vernunftnatur des Menschen, so daß es seinen Ursprung zum Zeitpunkt der Schöpfung des Menschen hat und prinzipiell unveränderlich sein muß: „Cepit enim ab exordio rationalis creaturae, nec variatur tempore, sed immutabile permanet.“³⁰ Das veränderliche Recht, mit dem Gratian auch als einer ganz selbstverständlichen Kategorie rechnet und das er als *ius consuetudinis* bezeichnet, beginnt mit der Errichtung einer *civitas* durch Kain, ist somit ein Produkt des Sündenfalls³¹. Dieser Teil des Rechts war durch die Katastrophe der Sintflut fast verschwunden, wird dann aber im Zusammenhang mit dem Turmbau von Babel durch Nemroth erneuert und auch verändert – „reparatum sive potius immutatum“³² – indem mit Nemroth zum erstenmal ein auf Gewaltherrschaft beruhendes Großreich in die Geschichte eintritt. Zur Kennzeichnung dieses Herrschers bedient sich Gratian einer Formulierung der Glossa ordinaria zur Bibel: „hominum oppressor et extincor“ – ein Unterdrücker und Ausrotter³³. Das Recht besteht für Gratian folglich aus zwei Schichten: dem den

²⁷ Zur Abhängigkeit Gratians in seiner Rechtslehre von Isidor von Sevilla und dem römischen Recht cf. C. G. Fürst, Zur Rechtslehre Gratians, in: ZRG Kan. Abt. 57 (1971) 276–284.

²⁸ Dict. Gratiani p. D.1, c.5: „consuetudo partim est redacta in scriptis, partim moribus tantum utentium est reservata.“

²⁹ Dict. ante D.1, c.1: „Humanum genus duobus regitur, naturali videlicet iure et moribus. Ius naturae est quod in lege et evangelio continetur, quo quisque iubetur alii facere, quod sibi vult fieri, et prohibetur alii inferre, quod sibi nolit fieri.“

³⁰ Dict. ante D.5, c.1, § 1: „Naturale ius inter omnia primatum obtinet et tempore et dignitate. Cepit enim ab exordio rationalis creaturae, nec variatur tempore, sed immutabile permanet.“

³¹ Dict. p. D.6, c.3: „Ius vero consuetudinis post naturalem legem exordium habuit, ex quo homines convenientes in unum ceperunt simul habitare; quod ex eo tempore factum creditur, ex quo Cain civitatem edificasse legitur.“

³² Dict. p. D.6, c.3: „Ius vero consuetudinis ... quod cum diluvio propter hominum raritatem fere videatur extinctum, postea postmodum a tempore Nemroth reparatum sive potius immutatum existimatur, cum ipse simul cum aliis alios cepit opprimere; alii sua imbecillitate eroum ditioni ceperunt esse subiecti.“

³³ Dict. p. D.6, c.3: „unde legitur de eo: ‚Cepit Nemroth esse robustus venator coram Domino‘, id est hominum oppressor et extincor; quos ad turrim edificandam allexit“.

biblischen Maßstäben entsprechenden Naturrecht und dem veränderlichen und jedenfalls im Ursprung auf Gewalt und Unterdrückung beruhenden positiven Recht – die kritische Haltung Augustins gegenüber positiven Rechtsordnungen ist dabei im Ansatz gewahrt.

Die auf Gratian folgende Kanonistik hat allerdings diesen im Dekret enthaltenen kritischen Ansatz kaum aufgegriffen, sondern von Anfang an entschärft, wobei der wesentliche Gedankengang zur Begründung dieser Entschärfung die Berufung auf die rechtschaffende Macht der Gewohnheit ist, der *longus usus* eines Rechtsverhältnisses, das die Unrechtmäßigkeit des Ursprungs aus der Welt schaffen könne. Dieser Gedanke wird bereits um 1164 von dem Dekretisten Rufinus formuliert, der unter den Bologneser Dekretisten des 12. Jahrhunderts neben dem späteren Huguccio wohl der originellste Kopf war. Rufinus schreibt in seiner Summe zum Dekret: „Sed sciendum quod, sicut exactio obsequiorum et dominatus premens per iniquitatem prius cepit a Nemroth ... quod tamen, quia in longum usum derivatum est, non iam iniquitatis perversitate, sed consuetudinis iure exercetur“³⁴ – obwohl die Forderung nach Gehorsam und die Unterdrückung durch Herrschaft in der menschlichen Bosheit ihren Ursprung hat, erwächst der Herrschaft durch lange Ausübung die Legitimität der Gewohnheit.

Rufinus hält diesen Ansatz der ursprünglichen Sündhaftigkeit positiven Rechts auch bei der Diskussion grundlegender Institutionen der Rechtsordnung durch. Bekanntlich bringt das gratianische Dekret eine ausführliche Diskussion über die Legitimität des Privateigentums, historisch die erste innerhalb eines juristischen Diskurses³⁵, wobei sich Gratian für den Vorrang des Gemeineigentums auf Platon beruft und das Privateigentum ausschließlich im positiven Recht begründet sieht³⁶. Rufinus verknüpft nun diese gratianische Eigentumstheorie mit dem Ursprung des positiven Rechts in der durch den Sündenfall verderbten Menschennatur, indem er zur Begründung seiner Lehre vom Ursprung des positiven Rechts beim Sündenfall als Beispiel anführt: „ita et quod aliquid proprium possideretur, ardente aliquorum cupiditate primitus factum est, quod tamen postea ex longo usu et legum institutione inreprehensibile iudicatum est.“³⁷ Für diese Theorie

³⁴ *Rufinus von Bologna*, *Summa Decretorum*, hrsg. v. H. Singer (Paderborn 1902, ND 1963) ad D.8, pr. (p.21)

³⁵ Cf. hierzu R. Weigand, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus* (Münchener Theologische Studien, III. Abt., Bd. 26, München 1967) 311–313.

³⁶ D.8, pr.: „Differt etiam ius naturae a consuetudine et constitutione. Nam iure naturae sunt omnia communia omnibus ... verum etiam ex precedenti tempore a philosophis traditum invenitur. Unde apud Platonem illa civitas iustissime ordinata traditur, in qua quisque proprios nescit affectus. Iure vero consuetudinis vel constitutionis hoc meum est, illud vero alterius.“ Zu dieser Bezugnahme auf Platon bei Gratian cf. S. Kuttner, *Gratian and Plato*, in: *Church and Government in the Middle Ages. Essays presented to C. R. Cheney* (ed. C. N. L. Brooke et al., Cambridge 1976) 93–118; auch in: *ders.*, *The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages* (London 1980) no. XI.

³⁷ *Rufinus*, (wie Anm. 34) ad D.8, pr. (p.21). Zu diesem Text cf. Weigand, (wie Anm. 35) 337–339.

konnte sich Rufinus auf eine Pseudoisidorstelle stützen, in der von Pseudo-Clemens unter Bezugnahme auf die Urgemeinde in Jerusalem der Anspruch auf Privateigentum als Konsequenz menschlicher Bosheit verurteilt wurde: „Communis enim usus omnium, que sunt in hoc mundo, omnibus hominibus esse debuit. Sed per iniquitatem alius hoc dixit esse suum, et alius istud, et sic inter mortales facta est divisio.“³⁸ Der „rigoristische Standpunkt“ (Weigand) des Rufinus wird von mehreren Dekretglossatoren übernommen, aber schon frühzeitig von dem stark juristisch ausgerichteten Stephan von Tournai bekämpft, der den Begriff *iniquitas* nicht im moralischen Sinne versteht, sondern nur im Sinne des Gegensatzes zur „naturalis aequitas“, also eines besonders hohen Gerechtigkeitsstandards, so daß von Stephan „iniquitas“ moralisch neutral als „consuetudo iuris gentium“ definiert wird³⁹. Die Linie Stephans setzte sich in der Kanonistik durch, so daß die im gratianischen Text implizit enthaltene Möglichkeit einer Abwertung der positiven Rechtsordnung sich nicht als *communis opinio* der Kanonisten behaupten konnte. Ihr mußte auch entgegenstehen, daß der Dualismus von Zivilrecht und kanonischem Recht die Möglichkeit eröffnete, mit den Standards des kanonischen Rechts eine etwaige *iniquitas* weltlichen Rechts zu überwinden, was im weiteren Verlauf der mittelalterlichen Rechtsgeschichte durch die Ausbildung der Rechtsfigur der *aequitas canonica* erfolgte⁴⁰. Auch diese Linie ist bereits bei Gratian angelegt – nämlich in dem Satz: „Constitutiones vero principum ecclesiasticis constitutionibus non preminent, sed obsecuntur.“⁴¹ Die rasche Entwicklung des klassischen kanonischen Rechts als einer positiven Rechtsordnung mit hohem moralischem Standard eröffnete die Möglichkeit christlicher Rechtskritik im Rahmen des positiven Rechts – der Diskurs um Legitimität und Legalität konnte *innerhalb des positiven Rechts* geführt werden. Erst der Zerfall der mittelalterlichen Ordnung hat diese Möglichkeit beseitigt und an die Stelle dessen zunächst zu der Alternative geführt, die Legitimität des positiven Rechts am nunmehr zu einer eigenständigen Rechtsordnung ausgebauten Naturrecht zu messen. Diese kritische

³⁸ C.12, q.1, c.2, § 1; Quelle: *Decretales Pseudo-Isidorianae* (ed. P. Hinschius, Leipzig 1863, ND 1963) 65. Der pseudo-isidorianische Text beruht auf den pseudoklementinischen Rekognitionen in der Übersetzung des Rufin von Aquileja – cf. H. Fuhrmann, Einfluß und Verbreitung der pseudoisidorischen Fälschungen I (Schriften der MGH, Bd. 24,1, Stuttgart 1972) 55 f. mit Anm. 134. Zur Nachwirkung dieses Textes bis zu den Wiedertäufern H. v. Schubert, Der Kommunismus der Wiedertäufer in Münster und seine Quellen (SB Ak. Heidelberg, Phil.-hist. Kl., 1919, Abh. 11) 18 ff., 41 f.

³⁹ Die Summe des *Stephanus Tornacensis* über das *Decretum Gratiani*, hrsg. von J. F. v. Schulte (Gießen 1891) ad D.8, pr. (p.17): „Non ergo per iniquitatem aut ius humanum iniquum est. Unde videtur contra infra C.12, q.1, c.2. Ibi enim dicitur: per iniquitatem hoc alius dixit suum esse, alius istud. Sed ibi vocat iniquitatem consuetudinem iuris gentium naturali aequitati contrariam.“ Cf. zu diesem Text Weigand, (wie Anm. 35) 339; zu Stephan von Tournai cf. H. Kalb, Studien zur Summa Stephans von Tournai (Innsbruck 1983).

⁴⁰ Zur Aequitas im kanonischen Recht cf. als Überblick meine Studie „Aequitas in the Corpus Iuris Canonici“, in: *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, ed. by A. M. Rabello (= Second International Conference on Aequitas and Equity, Jerusalem May 1993, published Jerusalem 1997) 128–139.

⁴¹ D.10 pr.

Funktion des Naturrechts war natürlich auch schon im Mittelalter geläufig und wurde wiederum zuerst von Gratian klassisch formuliert: „Constitutiones ergo vel ecclesiasticae vel seculares, si naturali iuri contrariae probantur, penitus sunt excludendae“⁴² – jedoch fehlte in der Zeit der Glossatoren eine im Detail ausgearbeitete Naturrechtsordnung, für die es wohl auch kein Bedürfnis gab. Dagegen gab es *zwei Ebenen positiven Rechts* – und darin entsprach die Situation des 12. bis 14. Jahrhunderts strukturell den Tendenzen der Rechtsentwicklung am Ende des 20. Jahrhunderts, indem wir heute die beiden Ebenen der internationalen Menschenrechtsordnung und der innerstaatlichen Rechtsordnung kennen. Mit dem Verschwinden der Souveränität des modernen Staates kehrt die Entwicklung des positiven Rechts im Weltmaßstab zu *mittelalterlichen Strukturmodellen* zurück, was in der Rechtstheorie mangels rechtshistorischer Kenntnisse bisher kaum erkannt wurde.

V. Rousseau und die Neuzeit

Wenden wir uns nunmehr noch der Frage zu, inwiefern die Rechtstheorie der Neuzeit das Theologumenon des Sündenfalls eventuell in säkularisierter Form verwendet hat. Hier muß natürlich zunächst an Rousseau erinnert werden, der mit der Gegenüberstellung von *amour de soi* und *amour propre* den Sündenfall in seinen Entwurf einer historischen Anthropologie eingefügt hat. Rousseau erhob den Anspruch, mit seiner anthropologischen Umdeutung der christlichen Lehre deren Wahrheitsgehalt erfaßt zu haben. Er schreibt in einem den „Emile“ rechtfertigenden Brief an Bischof Beaumont von Paris 1762 den denkwürdigen Satz: „Le péché original explique tout, excepté son principe; et c'est ce principe qu'il s'agit d'expliquer.“⁴³ Die Lösung des Problems, daß *amour propre* den Menschen in einen fundamental korrupten Zustand versetzt, in welchem prinzipiell auch ein fairer *Contrat social* und damit eine legitime Rechtsordnung ausgeschlossen ist, wird von Rousseau mit dem Modell des „Emile“ beantwortet, der Chance zur Erziehung eines neuen Menschen, der als Individuum an einer Rechtsordnung des *Contrat social* partizipieren kann⁴⁴. Die Transformation des Sündenfall-Theorems durch Rousseau begründet eine Tradition, die bis in die gesellschaftspolitischen Theorien unserer Gegenwart reicht, auch mit ihrem möglichen utopischen Gehalt.

⁴² Dict. p. D.9, c.11. Hierzu cf. F. Flückiger, Geschichte des Naturrechts I (Zollikon, Zürich 1954) 406: „Diese Theorie – sc. Gratians, P.L. – ist neu und geradezu revolutionär.“ Flückiger erkennt allerdings nicht, daß Gratian außer den Gesetzen der weltlichen Herrscher auch die kirchlichen Gesetze dem Maßstab des Naturrechts unterstellt.

⁴³ J. J. Rousseau, Lettre à Mgr. de Beaumont, in: Rousseau, Du Contrat Social (ed. Garnier, Paris 1962) 447.

⁴⁴ So die überzeugende Interpretation Rousseaus bei A. Horowitz, Rousseau, Nature, and History (Toronto etc. 1987).

Vielleicht ist es aber auch möglich, den Wahrheitsgehalt des biblischen Sündenfallmodells in einer Rechtstheorie zu bewahren, die in aristotelischer Tradition die Aufgabe des Rechts in der Anwendung des Prinzips der Gleichheit sieht, dabei aber die Freiheit aller Sünder und Gerechten bei der Rechtsordnung voraussetzt und deshalb die Verwirklichung der Rechtsprinzipien nur unvollkommen und gefährdet für möglich hält, jedenfalls weder utopischem noch evolutionistischem Denken huldigt. Für diesen Ansatz berufe ich mich auf Georg Friedrich Puchta, der ihn in folgender Weise auf den ersten Seiten seines „Cursus der Institutionen“ ausgedrückt hat:

„Die moralische Freiheit ist die Freiheit von der Knechtschaft der Sünde, die rechtliche Freiheit ist die Möglichkeit eines Willens überhaupt. Dies ist ausgesprochen in jener ältesten Geschichte von der Schöpfung des Menschen und seinem Fall. Das Recht ist dem Menschen in der Herrschaft über die Erde vor jener Entscheidung gegeben, und es ist durch den Sündenfall nicht zurückgenommen. Dieser hat nur die rechtliche Macht und die wirkliche Ausübung, Recht und Factum, entzweit; wie er den Menschen mit der Natur in Kampf gesetzt hat, welcher nun abgerungen werden muß, was dem Menschen gebührt, und was sie nicht mehr freiwillig gewährt, wie also gegenüber der Natur rechtliche und factische Herrschaft geschieden ist, so hat er das Unrecht, d. h. die Trennung der rechtlichen und factischen Macht unter den Menschen, hervorgebracht. Das Recht selbst ist dem Sündenfall vorangegangen, und es hatte vor ihm ein vollkommeneres Dasein, da die rechtliche Herrschaft ununterbrochen mit der factischen verbunden war.“⁴⁵

Man könnte diese Sätze durchaus mit dem *Decretum Gratiani* belegen – „überall ist Mittelalter“⁴⁶ – zumindest noch in der deutschen historischen Schule und Pandektistik des 19. Jahrhunderts.

⁴⁵ Cf. *F. Puchta*, *Cursus der Institutionen*, Bd. I (Leipzig ²1845) 10. Dieser Text blieb auch in den späteren Auflagen der „Institutionen“ Puchtas unverändert – so noch in der von *Paul Krüger* besorgten zehnten Auflage 1893.

⁴⁶ *H. Fuhrmann*, *Überall ist Mittelalter. Von der Gegenwart einer vergangenen Zeit* (München 1996) 9–13.

Kurt Seelmann

Theologische Wurzeln des säkularen Naturrechts Das Beispiel Salamanca*

Säkulares Naturrecht im Sinne eines Naturrechts, das sich nicht in erster Linie auf religiöse Begründungen und theologische Autoritäten beruft, hat man lange Zeit im 17. Jahrhundert, insbesondere mit Hugo Grotius, beginnen lassen¹. In unserem Jahrhundert wird dann aber zunehmend die Kontinuität der Autoren des 17. Jahrhunderts mit der iberischen Spätscholastik, der „Schule von Salamanca“, des 16. Jahrhunderts betont². Im folgenden soll weniger der Frage nachgegangen werden, von welchem Autor an sich sinnvoll von „säkularem Naturrecht“ sprechen läßt, würde dies doch eine genauere Auseinandersetzung mit dem Begriff der Säkularisierung erfordern³, die hier nicht geleistet werden kann. Es soll aber an der iberischen Spätscholastik, von der unbestritten sein dürfte, daß sie ein wichtiges Moment in der Entwicklung zu einem säkularen Naturrecht darstellt, zweierlei gezeigt werden: wie naturrechtliche Argumentationen aus einem sehr freien und teilweise neuartigen Umgang mit theologischen Traditionen gewonnen werden und welche säkularen Problemstellungen sich dahinter verbergen.

In einem ersten Abschnitt soll gefragt werden, welche theologische Ausgangssituation sich für die Autoren des iberischen 16. Jahrhunderts in der Naturrechtsdebatte stellt (I). Exemplarisch soll dann der Umgang eines Juristen innerhalb der iberischen Spätscholastik mit dieser theologischen Tradition aufgegriffen werden (II). Am Schluß gilt ein kurzer Blick den praktischen sozialen Gegebenheiten und Bedürfnissen, die diese Diskussion leiten (III).

* Der Aufsatz greift einige Aspekte auf, die in meinen Schriften „Die Lehre des Fernando Vázquez de Menchaca von dominium“ (Köln u. a. 1979) und „Theologie und Jurisprudenz an der Schwelle zur Moderne. Die Geburt des neuzeitlichen Naturrechts in der iberischen Spätscholastik“ (Baden-Baden 1997) ausführlicher entwickelt sind.

¹ Dazu *Franco Todescan*, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico* (Milano 1983) 9f., im folgenden zitiert: *Todescan*.

² Zur Literatur über die iberische Spätscholastik *Christoph Bergfeld*, *Katholische Moraltheologie und Naturrechtslehre*, in: *Helmut Coing* (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (im folgenden zitiert: *Coing*, Handbuch) Band II 1 (München 1977) 1029–1033, im folgenden zitiert: *Bergfeld*.

³ *Todescan*, 1–9 gibt einen Problemüberblick.

I. Die theologische Ausgangssituation

Römisches und kanonisches Recht verwendeten zwar den Begriff des Naturrechts, Grundfragen der menschlichen Existenz und des menschlichen Zusammenlebens waren aber im Verständnis des 16. Jahrhunderts weit mehr ein Gegenstand der Theologie, die für ihre Grundsatzüberlegungen nicht von ungefähr eine fast grenzenlose Zuständigkeit anderen Disziplinen gegenüber reklamierte. Francisco de Vitoria etwa hält fest: „Officium ac munus theologi tam late patet, ut nullum argumentum, nulla disputatio, nullus locus alienus videatur a theologica professione et institutione.“⁴ Es waren insbesondere zwei theologische Traditionen, die im 16. Jahrhundert solche Fragen behandelten, die das säkulare Naturrecht übernehmen konnte: die Thomasrenaissance und der spätmittelalterliche Voluntarismus in der Tradition von Duns Scotus.

1. Ein Lehrbuchwechsel

1509 sind an der Universität von Paris die Sentenzen des Petrus Lombardus durch die in den 60er und 70er Jahren des 13. Jahrhunderts entstandene „Summa Theologiae“ des Thomas von Aquin als den Unterricht beherrschendes Textbuch ersetzt worden⁵. Die Gründe dafür dürften, soweit wir das heute überblicken können, vielfältig gewesen sein. Die Sentenzen des Petrus Lombardus wurden als unzulänglich empfunden, weil sie lediglich Zitate aus der Väterliteratur aneinanderreihen und keinen selbständigen „roten Faden“ theologischer Argumentation aufwiesen⁶. Klare Axiome aber schienen nun nötig, weil Lösungen für neue konkrete ethische und rechtliche Probleme deduziert werden sollten. Ein theologisches System mit ethischen Tugenden als Axiomen, wie es die IIa IIae des Thomas anbot, mußte diesem Bedürfnis ganz besonders entgegenkommen. Auch die theoretische Nähe zu Aristoteles dürfte für Thomas gesprochen haben, da der Ideenrealismus die selbständige vernunftorientierte Lösung neuartiger ethischer Probleme eher begünstigte. Rein innertheologisch argumentierend hat man darin einen Sieg des Ideenrealismus sehen wollen⁷, was aber nur hinsichtlich der Konsequenzen der Entwicklung teilweise richtig ist. Mindestens so bedeutsam für diesen Wechsel dürfte die Überlegung gewesen sein, daß die juristisch und ethisch unergiebigsten Sentenzen des Petrus Lombardus den Differenzierungsbedürfnissen

⁴ Francisco de Vitoria, Über die staatliche Gewalt. De Potestate Civili. Eingeleitet und übersetzt von Robert Schnepf (Berlin 1992) 32.

⁵ Bergfeld, 1016.

⁶ Dazu mit Nachweisen Frank Grunert, Theologien der Strafe. Zur Straftheorie von Thomas von Aquin und ihrer Rezeption in der spanischen Spätscholastik: das Beispiel Francisco de Vitoria, in: Hans Schlosser, Dietmar Willoweit, Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung (Köln 1999) 313, 316; im folgenden zitiert: Grunert.

⁷ So Hans Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 2. unveränd. Nachdruck der 4. Aufl. (Göttingen 1990) 90, 91, im folgenden zitiert: Welzel.

des *forum internum* einfach nicht mehr genügten⁸ und daß der Stil von Thomas stärker der nun nach der Erfindung des Buchdrucks entstehenden Handbuchmentalität⁹ entgegenkam. Diese Auswechslung des Unterrichtsmaterials fand sehr schnell Verbreitung – unter anderen haben die Theologen der Schule von Salamanca diese Entscheidung übernommen. Bei den nunmehr entstehenden Thomas-Kommentaren fällt auf, daß sie, darin die großen Beichtsummen ablösend, sich ganz zentral mit den moraltheologisch relevanten Teilen der „Summa Theologiae“ befassen. Eine Reihe von Autoren wie Vitoria, Soto, Molina und andere lesen darüber und veröffentlichen zum Teil mehrbändige Kommentare¹⁰.

Dieser für das Naturrecht relevante Teil der „Summa Theologiae“ teilt in der Tat mit der gesamten thomistischen Theologie deren ideenrealistische Ausrichtung. Der Ideenrealismus stellt, vereinfacht gesagt, die göttliche Vernunft über den göttlichen Willen, bindet gewissermaßen Gott selbst an seine *lex naturalis*. Durch die Abtrennung dieses Naturrechts von einem es potentiell modifizierenden göttlichen Willen wird eben dieses Naturrecht als durch Vernunft für Menschen erkennbar und begründbar behauptet¹¹. Diese Sicht der Dinge, zusammen mit dem Umstand, daß es sich um die Kommentierung eines theologischen Werkes handelte, gab den Kommentatoren eine große Freiheit gegenüber den ihnen gleichwohl bekannten juristischen Autoritäten und Texten. Was diese Freiheit für Juristen bedeutete, wird gleich noch aufzugreifen sein.

2. Die voluntaristische Trennung von Faktum und Norm

Zunächst aber sei noch auf die zweite das 16. Jahrhundert bestimmende theologische Traditionslinie hingewiesen. Keineswegs nämlich war die iberische Spätscholastik ausschließlich von einer Thomasrenaissance geprägt. Auf einige Vorsicht hätten sicher schon die Umstände hinweisen müssen, daß Vitoria immerhin im voluntaristischen Paris studiert hatte und daß es auch in der Blütezeit der iberischen Spätscholastik sogar in ihrem intellektuellen Zentrum, in Salamanca, auch scotistische Lehrstühle gegeben hat¹². Es kann keineswegs von einem – gar noch „endgültigen“ – Sieg des Thomismus über den Scotismus, des Ideenrealismus über den Voluntarismus¹³ gesprochen werden. Es gibt nicht einfach die „antinominalistische spanische Spätscholastik“¹⁴. Vielmehr liegt eine ziemlich komplizierte Entwicklung auf der Basis mehrerer Traditionslinien vor, die im übrigen allein aus

⁸ Daniel Deckers, *Gerechtigkeit und Recht. Eine historisch-kritische Untersuchung der Gerechtigkeitslehre des Francisco de Vitoria (1483–1546)* (Freiburg i.Ue., Freiburg i.Br. 1991) 19, im folgenden zitiert: *Deckers*.

⁹ Niklas Luhmann, *Subjektive Rechte. Zum Umbau des Rechtsbewußtseins in der modernen Gesellschaft*, in: *ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 2 (Frankfurt a.M. 1981) 45 ff., 49, im folgenden zitiert: *Luhmann*.

¹⁰ Aufgelistet bei *Bergfeld*, 1025, 1026 f.

¹¹ *Welzel*, 89 ff., 95 ff.

¹² *Bergfeld*, 1016.

¹³ So *Bergfeld*, 1016, relativiert 1019.

¹⁴ So *Welzel*, 91.

dem Thomismus heraus überhaupt nicht erklärbar wäre. Das ergibt sich nicht nur daraus, daß die zentrale Aussage des Voluntarismus, daß nämlich Gott, wenn er gewollt hätte, die Welt ganz anders hätte ordnen können, auch in der iberischen Spätscholastik begegnet¹⁵. Es wird auch nur unzureichend dadurch charakterisiert, daß die Vorstellung vom Recht als Kunst zunehmend der vom Recht als *corpus* von Geboten und subjektiven Rechten weiche, daß, wie Villey provokativ überzeichnet, *ars* durch *thora* abgelöst wird¹⁶. Wichtig ist vielmehr, daß Duns Scotus Grundzüge eines Naturrechts zu entwickeln versucht hat, das nicht mehr auf der Idee einer vernunftgemäßen Ableitung aus obersten Prinzipien, sondern vielmehr auf Gottes Willen beruhen sollte¹⁷. Nicht ein Naturzustand mit der ihm immanenten Teleologie, sondern eine vom bloß Faktischen getrennte Norm sollte einem solchen Naturrecht zugrunde liegen. Hintergrund dafür ist die Demonstration, daß nicht einmal die Gebote der zweiten Tafel des Dekalogs im strengen Sinn aus dem Gebot der Gottesliebe deduziert werden können¹⁸. Das Naturrecht erfährt so durch Duns Scotus und seine Tradition eine Subjektivierung und Normativierung.

II. Der Umgang der Juristen mit der theologischen Tradition

Auf dieser Basis ist nunmehr zu fragen, wie Juristen in dieser Zeit mit dem praktischen Bedürfnis nach einem säkularen Naturrecht und mit den theologischen Traditionen umgehen konnten. Beispielhaft soll dies an Fernando Vázquez, dem einzigen bekannten Legisten innerhalb der iberischen Spätscholastik, gezeigt werden. Als Nichttheologe und Nicht-Kirchenrechtler verkörpert er am ehesten den Typ eines frühen säkularen Naturrechts.

1. Thomistisches

Wie nimmt Vázquez die Thomasrenaissance auf? Vázquez sucht die Schwelle staatlicher Enteignungen von Rechtspositionen der Bürger zu erhöhen und sie nicht mehr nur von bestimmten formellen Voraussetzungen abhängig zu machen,

¹⁵ Kurt Seelmann, Die Lehre des Fernando Vázquez de Menchaca von dominium (Köln u. a. 1979) 24, im folgenden zitiert: Seelmann, Vázquez.

¹⁶ Michel Villey, La promotion de la loi et du droit subjectiv dans la seconde scolastique, in: Paolo Grossi (Hrsg.), La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno (Milano 1973) 53 ff, 60 ff.

¹⁷ Johannes Duns Scotus, Quaestiones in Lib. I-IV Sententiarum, in: Opera Omnia vol. V-X (Darmstadt 1968), In: III Sent., dist. 19, q. unica, schol., nu. 7, im folgenden zitiert: Duns Scotus.

¹⁸ Dazu Karl-Heinz Iling, Stichwort „Naturrecht“ in: Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland 4, hrsg. von Otto Brunner, Werner Conze, Reinhart Koselleck (Stuttgart 1978) 266 ff.

sondern davon, daß sie für das Gemeinwohl unerlässlich sind¹⁹. Zur Stärkung dieser Argumentation muß er zum einen den Begriff des *dominium*, in das schon nach bisheriger Lehre immerhin nur *ex causa* eingegriffen werden konnte, mit Hilfe einer Weiterentwicklung einer legistischen Tradition auf alle (subjektiven) Rechtspositionen ausdehnen²⁰. Zum anderen will er die mit dem Innehaben des *dominium* verbundene Rechtsposition dadurch stärken, daß er sie mit dem Freiheitsbegriff verbindet. Dies gelingt mit Hilfe einer Anknüpfung an Soto und die thomistische Tradition. Soto verknüpft das (für Vázquez relevante) *dominium externarum rerum* dadurch mit dem *dominium suorum actuum*, daß er letzteres zur Voraussetzung für ersteres erklärt: „natura ipsa nemo est dominus rerum nisi est dominus actionum suarum“²¹. Er bezieht sich dafür auf die *Prima Secundae* des Aquinaten, wo allerdings das *dominium suorum actuum* noch nicht als Voraussetzung des *dominium externarum rerum* auftaucht, sondern im Kontext mit dem theologischen Problem des *liberum arbitrium*²², das er, zuerst wohl im Sentenzenkommentar, als *dominium sui actus* umschreibt²³. Das Beispiel mag zugleich zeigen, daß die Bezugnahme auf Thomas nicht selten einen erheblichen Argumentationsaufwand erforderte und ihrerseits bei den Theologen der Zeit schon eine ziemliche Selbständigkeit im Umgang mit den Traditionen dokumentiert.

Man kann diese Selbständigkeit in einem sehr engen Zusammenhang mit dem angesprochenen zunehmenden Gewicht individueller Rechtspositionen auch bei einem anderen Autor, Francisco de Vitoria, aufzeigen: In seinem Thomaskommentar stimmt er zunächst Thomas darin zu, daß es lobenswert sei, auf rechtliche Ansprüche Verzicht zu leisten und persönliches Unrecht geduldig hinzunehmen, um dann aber deutlich hinzuzufügen, daß rechtliche Genugtuung (*satisfactio*) zu fordern weder ungerecht noch unerlaubt sei²⁴.

2. *Divisio rerum*: Zustand, Erlaubnis oder Gebot?

Nimmt man die scotistische Tradition noch hinzu, so zeigt sich das Rechtsverständnis der iberischen Spätscholastik beim Blick auf die Quellen gerade im Detail als eine durchaus originelle Kombination aus aquinatischem Vernunftoptimismus und scotistischer Normativität. Machen wir uns diesen Zusammenhang an einem für die Diskussion des 16. Jahrhunderts zentralen Thema deutlich: an der Frage, wie das seit Isidor von Sevilla²⁵ in der gesamten mittelalterlichen Tradition selbst-

¹⁹ Fernando Vázquez, *Controversiarum Illustrium aliarumque usu frequentium libri tres* (Venedig 1564) lib. I, cap. 17, nu. 1 ff., im folgenden zitiert: Vázquez.

²⁰ Vázquez, lib. I, cap. 17, nu. 4 ff.

²¹ Francisco de Soto, *Libri decem de iustitia et iure* (Lyon 1569) lib. IV, q. 1, a. 2, im folgenden zitiert: Soto.

²² Thomas von Aquin, Ia, Iae, q. 1, a. 1.

²³ Thomas von Aquin, *Commentum in lib. II Sententiarum*, d. 25, q. 1, a. 1.

²⁴ Francisco de Vitoria, *Comentario a la segunda secundae de Santo Tomás*. Edición Vicente Beltrán de Heredia, tom. I (Salamanca 1932) q. 108, 1, n. 4. Dazu Grunert, 330.

²⁵ Isidor von Sevilla, *Etymologiarum sive originum libri XX* (Oxford 1911) V 4, 1; im folgenden zitiert: Isidor.

verständlich vorausgesetzte ursprüngliche *omnia communia* später doch zu privatem Recht an Land werden, am Meer aber bestehen bleiben konnte. Hierzu sei kurz ein Blick auf die drei bedeutendsten Autoren des spanischen 16. Jahrhunderts, Vitoria, Soto und wieder Fernando Vázquez, geworfen. Für sie alle gilt als Voraussetzung das von Gratian in einem Introductorium in sein Dekret übernommene *omnia communia* als ein *ius naturae*²⁶. Sie fragen, wie daraus trotzdem eine *divisio rerum* entstehen konnte. Thomas von Aquin, auf den die Autoren des 16. Jahrhunderts natürlich eingehen, hat das Problem dadurch gelöst, daß er das *omnia communia* zu einem bloßen Naturzustand erklärt hat, der durch menschliches Recht aus Gründen der Zweckmäßigkeit jederzeit geändert werden konnte: „Ad tertium dicendum quod aliquid dicitur esse de iure naturali dupliciter. Uno modo, quia ad hoc natura inclinatur: sicut non esse iniuriam alteri faciendum. Alio modo, quia natura non induxit contrarium: sicut possemus dicere quod hominem esse nudum est de iure naturali, quia natura non dedit ei vestitum, sed ars adinventit. Et hoc modo communis omnium possessio... dicitur esse de iure naturali.“²⁷

Für alle drei spätscholastischen Autoren spitzt sich das Problem nun dadurch zu, daß sie das *omnia communia*, ohne sich diesen Unterschied überhaupt klar zu machen, im Gegensatz zu Thomas und mit Duns Scotus und Ockham normativ verstehen. Vitoria und Soto sprechen von einer göttlichen Erlaubnis: „Sed illud nunquam fuit praeceptum, sed concessum est ut omnia essent communia“ konstatiert Vitoria²⁸, und Soto schließt sich an: „Sed eo sensu negativo dicitur communis possessio de iure naturae, quod nunquam lex naturalis eandem praecepit divisionem, sed permisit hoc vel illo modo possideri.“²⁹ Vázquez geht gar von einem göttlichen Gebot aus, wie sich darin zeigt, daß er am *dominium in communi* eine *praescriptio* aus lange andauernder Übung gegen das *ius gentium primaevum* für unzulässig erklärt: „Est contra ipsum ius naturae, aut gentium primaevum, quod mutari non posse diximus.“³⁰ Dennoch gehen aber alle drei Autoren nicht soweit wie Duns Scotus, der eine ausdrückliche göttliche *revocatio* für die dann durch Menschen vorgenommene Aufteilung des *omnia communia* postuliert und mit dem menschlichen Sündenfall begründet hatte: „... conclusio est, quod illud praeceptum legis naturae, de habendo omnia communia, revocatum est post lapsum...“³¹. Vitoria und Soto können so immerhin wie Thomas trotz ihrer normativen Aufladung des *omnia communia* dessen Außerkraftsetzung durch menschliches Recht behaupten. Schwieriger wird die Situation für den Juristen Vázquez, der sich deshalb sogar noch intensiver auf den theologischen Diskurs einlassen muß als seine beiden theologischen Zeitgenossen in Salamanca. Er hat immerhin

²⁶ Gratian, Introductorium zu D. 8 c. 1: „Nam iure naturae sunt omnia communia omnibus...“

²⁷ Thomas von Aquin, IIa, IIae, q. 66, a. 1.

²⁸ Francisco de Vitoria, De iustitia, Ed. Beltran Beltrán de Heredia, tom. 1 (Madrid 1934) q. 62, a. 1, nu. 20, im folgenden zitiert: Vitoria, De iustitia.

²⁹ Soto, lib. IV, q. 3, a. 1.

³⁰ Vázquez, lib. II, cap. 89, nu. 30.

³¹ Duns Scotus, In IV Sent., dist. 15, q. 2, nu. 5.

von Duns Scotus den *Gebotscharakter* des *omnia communia* übernommen, ist aber doch, beeinflusst durch Thomas, der rein voluntaristischen Lösung des Problems gegenüber zu skeptisch. So kommt für Vázquez keine *revocatio* des Gebots in Betracht, sondern nur eine so vorher nicht vorhandene komplizierte Prinzipienabwägung³²: Weil das Unterlassen einer Aufteilung am Land unter anderem zu Hungersnöten führen würde, dies aber noch eindringlicher Gottes Geboten widersprechen würde, dürften in Befolgung des noch wichtigeren göttlichen Gebots die Menschen das Gemeineigentum aufteilen: „Constat enim, quod si multi venentur, aut piscentur in terra, vel flumine, facile nemus feris, et flumen piscibus evacuatum redditur.“³³ Neben ihrer originellen Verbindung zweier theologischer Traditionslinien zeigt diese Argumentation im übrigen auch, wie frei Juristen mit ihrer eigentlich juristischen Tradition umgehen: Für die legistische Tradition, die das kanonistische *omnia communia* nie ganz übergehen konnte, war die *divisio rerum* schon sehr früh, gewissermaßen in einem produktiven Mißverständnis, zur feudalistischen Aufteilung in Obereigentum und Untereigentum mutiert³⁴. Vázquez sieht das Mißverständnis und wendet sich konsequent der entscheidenden theologischen Dimension des Problems zu.

Beachtung verdient bei alledem noch eine weitere Paradoxie: Die eher naturrechtsskeptische scotistische Tradition, in der auch die schon genannten Franziskaner mit ihrer dem Recht gegenüber generell skeptischen Armutsforderung standen, hat mit ihrer klaren Postulierung der *Normativität* des Rechts eine der Vorbedingungen der späteren Systematisierung des Naturrechts und seiner endgültigen Verabschiedung eines teleologischen Naturverständnisses geschaffen.

3. Gespaltenes Naturrecht und Korrektur von Naturrecht

Betrachten wir schließlich, wie Vázquez aus den verschiedenen Traditionslinien unter Einschluß der Theologie einen für das säkulare Naturrecht weiterführenden gespaltenen Naturrechtsbegriff entwickelt.

Zwar kennt auch die Tradition vor dem 16. Jahrhundert unterschiedliche Begriffe von Naturrecht, wobei dies insbesondere mit unterschiedlichen Definitionen im justinianischen und im kanonischen Recht zusammenhängt³⁵. Gleichwohl betreffen die früheren Differenzen im wesentlichen die Frage, ob unter Naturrecht das allen Lebewesen gemeinsame Recht zu begreifen sei – der Begriff der Natur wäre dann im wesentlichen identisch mit unserem heutigen biosozialen Naturbegriff – oder aber, ob man unter Naturrecht nur die für Menschen

³² Vázquez, lib. II, cap. 89, nu. 39 i. Verb. mit lib. I, cap. 9, nu. 4.

³³ Vázquez, lib. II, cap. 89, nu. 39.

³⁴ z. B. Bartolus, Anm. 4 zu D. 1.1.5. unter dem für einen Legisten naheliegenden Hinweis darauf, daß die andere (ihm bekannte) Interpretation in Widerspruch geriete zu der Stelle Inst. 4.1.1., wo der Diebstahl als naturrechtlich verboten angeführt wird.

³⁵ D. 1.1.3., Inst. 1.2. princ.: „ius naturale“ als „quod natura omnia animalia docuit“; dagegen D. 1 c. 7: „ius naturale est commune omnium nationum“ (nach Isidor V 4, 1) und D. 1 c. 1: „ius naturale est, quod in lege et evangelio continetur“.

geltenden Vernunft-Gebote außerhalb des Bereichs der christlichen Offenbarung im engeren Sinne verstehen solle³⁶. Das so gut wie allen Menschen gemeinsame aber gleichwohl von Menschen *geschaffene* Recht gehörte unter den Begriff des *ius gentium* zum menschlichen Recht und jedenfalls im Prinzip nicht zum Naturrecht³⁷. Über diese Entscheidung legt sich nun freilich schon im justinianischen Recht eine andere, die zwischen zweierlei allein den Menschen betreffenden *iura naturalia* oder *iura gentium* differenziert. Das Problem entzündet sich an der natürlichen Verpflichtung des Sklaven³⁸, der entsprechend den legistischen Quellen nach *ius gentium* unfrei, nach eben demselben *ius gentium* aber durch eine Naturalobligation verpflichtet sein konnte. Man behalf sich mit einer Zweiteilung des *ius gentium*: nach dem ursprünglichen und allen Menschen gemeinsamen Recht könne auch der Sklave natürlich verpflichtet werden, erst durch *ius gentium secundarium* habe er dann seine Freiheit verloren³⁹. Auch hier stehen also die Juristen des 16. Jahrhunderts, die eine ähnliche Aufteilung aufgreifen, durchaus innerhalb der juristischen Tradition. Dennoch gewinnt die Differenz nun im 16. Jahrhundert eine neue Bedeutung. Im Fall der *obligatio naturalis* ging es nicht unmittelbar darum, daß eine Regelung des erst-rangigen *ius gentium* durch eine des zweit-rangigen *ius gentium* verdrängt wird; man versuchte nur zu erklären, warum bei einigen Menschen (den freien Bürgern) zu dieser *naturalis obligatio* einklagbare Verpflichtungen hinzukommen, bei den anderen (den Sklaven) dies aber nicht der Fall ist. Insofern ergänzen in der Tradition die beiden *iura gentium* einander, während man im 16. Jahrhundert dann die spätere Sklaverei nach der ursprünglichen Freiheit für erklärungsbedürftig hält. Eine solche Erklärung für das 16. Jahrhundert konnte sein, daß die Sklaverei eingeführt wurde, um einen noch größeren Nachteil zu verhindern (*maioris malis vitandi gratia*), nämlich die Tötung des besiegten Feindes. Eine Abwägung zwischen Freiheit und Leben führt dann zur Legitimation der kriegsbedingten Sklaverei⁴⁰.

In der iberischen Spätscholastik wird nun aber dieses Doppelschema der *iura gentium* oder *iura naturalia* (Begriffe, die nunmehr austauschbar werden), eines von Anfang an vorhandenen und eines dem zeitlichen Wandel unterworfenen, zusätzlich auf einen Bereich übertragen, innerhalb dessen seine alte Hierarchie nicht mehr paßt. Es soll nun nämlich, wie zu sehen war, auf den Bereich der Aufhebung des *omnia communia* Anwendung finden. Angesichts des normativen Charakters des *omnia communia* muß für die es aufhebende *divisio rerum* eine Rechtsnorm von gleicher Dignität geschaffen werden, die gleichwohl nicht derselben Geltungsebene angehören kann. Auch dies aber wird im Salamanca des 16. Jahrhunderts aus der weitergedachten Sklavenproblematik entwickelt, indem auch bei der

³⁶ Ausführlich Seelmann, 108 ff.

³⁷ D. 1.1.1.4.: „ius gentium est, quo gentes humanae utuntur“. Vgl. zu Gratian D. 1 c. 9.

³⁸ Dazu Paulus de Castro, In primam digesti veteris partem commentaria (Venedig 1593) Anm. princ. zu D. 1.1.5.

³⁹ Jason de Mayno, In primam digesti veteris... commentaria (Venedig 1573) Anm. 1 zu D. 12.6.64.

⁴⁰ Vázquez, lib. I, cap. 9, nu. 4.

divisio rerum die Abwägung, in diesem Fall zugunsten des Überlebens der Menschheit, vorrangiges späteres Naturrecht schafft, das nun sogar Gebote des ursprünglichen Naturrechts außer Kraft setzen kann. So entwickelt sich im Falle von Vázquez bei einem Juristen mit Hilfe der schon genannten moraltheologischen Argumentation eine Begründung dafür, warum das Innehaben von Rechten nach dem späteren Naturrecht anders geregelt wird als nach dem ursprünglichen Naturrecht.

Auch dies Außerkraftsetzen von normativem Naturrecht ist nichts völlig Neues. Bereits Gratian behandelt in der *distinctio* 13 des Dekrets die Frage, ob gegen *ius naturale* eine *dispensatio* zulässig sei, ob also die kirchliche Autorität im Einzelfall das Abweichen von einem *ius naturale* einräumen dürfe⁴¹. Dies wird zwar grundsätzlich bestritten, in Ausnahmefällen aber zugelassen, nämlich dann, wenn es zwischen zwei Übeln zu wählen gelte. Als Schulbeispiel hierfür galt in der dekretistischen Literatur der Schwur, jemanden zu töten⁴². In einer solchen Situation müsse man das größere Übel, das Töten, vermeiden, dafür aber das geringere Übel verwirklichen, nämlich den Schwur brechen. Freilich ist diese Argumentation in der Kanonistik zur Lösung eines Einzelfalls entwickelt worden, während sie im 16. Jahrhundert das allgemeine Verhältnis zweier Naturrechtsarten bestimmen soll.

Auch hier sind es so wieder zwei Traditionslinien, die in der iberischen Spätscholastik etwas Neues entstehen lassen. Aus der Verdoppelung eines die Menschen betreffenden Naturrechts im speziellen Fall der Naturalobligation des Sklaven in der legistischen Literatur einerseits und der kanonistischen Lehre, wonach im Einzelfall eine kirchliche *dispensatio* vom Naturrecht zulässig sein könne, wird mit Hilfe zweier moraltheologischer Konstruktionen zur Begründung der *divisio rerum* (der thomistischen und der scotistischen) ein im Ergebnis doch gänzlich neues System mit zwei Naturrechtsebenen entwickelt. Diese Konstruktion gibt den Autoren einen gewaltigen Spielraum nicht nur gegenüber positivem römischem oder kanonischen Recht oder dem Statutarrecht, sondern sogar gegenüber dem in der Tradition für unverbrüchlich gehaltenen Naturrecht erster Ordnung. Wenn diese Lehre gerade beim *dominium* entwickelt wurde, mag dies damit zusammenhängen, daß in dieser Zeit die Vorstellung einer bloß positiv-rechtlichen Korrektur des *omnia communia* an Plausibilität verliert, da „mehr und mehr Eigentum auf Arbeit und/oder vertraglichem Erwerb zurückgeht“⁴³.

Um die Sprengkraft und wirkungsgeschichtliche Bedeutung einer solchen Konstruktion einschätzen zu können, bedarf ein bisher vernachlässigter Aspekt noch der Betrachtung. Unabhängig davon, ob man für die *divisio rerum* scotistisch eine *revocatio* voraussetzte oder aber in der thomistischen Tradition dies nicht verlangte, so war doch, selbst nach einer *revocatio*, noch ein menschliches Handeln

⁴¹ D. 13 c. 1.

⁴² Rufinus, *Summa Decretorum*, Neudruck der Ausgabe Paderborn 1902 (Aachen 1963), Anm. zu D. 13 c. 1; *Summa Parisiensis*, Ed. McLaughlin (Toronto 1952) Anm. zu D. 13 c. 1.

⁴³ Luhmann, 70.

nötig⁴⁴. Von Scotus bis Vitoria werden hierfür drei mögliche Wege genannt: Entweder der erste Mensch (oder Noe) hat mit *patria potestas* diese Teilung vorgenommen, oder die Menschen haben zu diesem Zweck einen Herrscher eingesetzt oder aber die Teilung geschah unmittelbar durch Konsens: Soto faßt zusammen: „Ad hoc dicendum... quod tripliciter potuit hoc fieri: Primo quod Adam habuerit de se potestatem ad dividendum, non quod talis sit potestas paterna universaliter, sed quod esset singularis in Adam quia erat principium naturae sicut habuit alias praerogativas super alios patres. Sed tamen, quia non videtur fundari in Sacra Scriptura quod haberet talem vim coactivam, melius est dicere secundo modo: Videtur quod hoc fuit ex consensu omnium, videlicet quod consenserunt omnes ut ipse divideret illis terram, vel elegerunt alium superiorem. Vel, tertio, fuit inter eos conditum ad dirimendos quaestiones ut unus acciperet unam partem, alius aliam...“⁴⁵. Konsens ließ sich dabei, wie Vitoria zeigt, auch als stillschweigender Konsens oder gar als bloße Gewöhnung verstehen: „Et forte sic facta fuit, non consensu certo et formali, sed quodam consensu interpretativo, ita quod incoeperint aliqui colere certas terras et alius alias.“⁴⁶ Kombiniert man solche Einigungstheorien dann, wie bei Vázquez, mit einem zweifach geschichteten Naturrecht, dessen zweite, zeitlich spätere Schicht, das ursprüngliche Naturrecht sogar als Ergebnis von Abwägungen abändern kann, so ist der Weg ersichtlich nicht mehr weit bis zu Suarez' Entwicklung eines *pactum unionis* und eines *pactum subiectionis* Ende des 16. Jahrhunderts⁴⁷ und bis zu den dann gar nicht mehr so revolutionären Gesellschaftsvertragskonstruktionen zur Begründung des Naturrechts im 17. Jahrhundert.

III. Die säkularen Problemstellungen

Der theologische Streitstand sowie seine selbständige Verwendung in der juristischen Naturrechtslehre von Vázquez sind bisher nur auf der theoretischen Diskussionsebene vorgeführt worden. Gleichwohl war immer schon der Hintergrund säkularer Problemstellungen spürbar, um deren Lösung es bei den theologischen Bemühungen ging. Diese seien abschließend noch einmal ausdrücklich erwähnt – vorab ist freilich auch die staatspolitische Situation noch zu benennen, die es Vázquez als Juristen ermöglicht, vergleichsweise selbständig auch mit der juristischen Tradition umzugehen.

⁴⁴ *Duns Scotus*, In III Sent., dist. 19, q unica, schol., nu. 6.

⁴⁵ Soto, Relección „de dominio“. Ed. Jaime Brufau Prats (Granada 1964), 118.

⁴⁶ *Francisco de Vitoria*, De iustitia, nu. 23.

⁴⁷ *Francisco Suarez*, Tractatus de legibus et legislatore Deo (Coimbra 1612) lib. III, cap. 4, nu. 1f.

1. Die staatspolitische Situation im Salamanca des 16. Jahrhunderts

Es fällt auf, daß Vázquez dem römischen Recht durchaus mit einigem Abstand begegnet, ja die theologische Tradition der römischrechtlichen bei der Problemlösung mitunter vorzieht. Dahinter steht nicht nur persönliche Unabhängigkeit, sondern auch die staatspolitische Situation Spaniens. Da die iberische Halbinsel nicht Reichsgebiet war, hatte sich dort auch nicht die Vorstellung einer direkten oder auch nur subsidiären Geltung des römischen Rechts ausgebildet⁴⁸. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft hatten so von vornherein einen großen Spielraum beim Umgang mit Rechtsquellen, was als „souveräner Synkretismus“⁴⁹ oder „quellensynkretistische Behandlung“⁵⁰ bezeichnet worden ist. Das römische Recht wurde zwar an den Universitäten gelehrt. Ziel war aber fast ausschließlich die Methodenorientierung der Juristenausbildung und eine Gliederung des Rechtsstoffes. Deshalb ist auch eine anwendungsbezogene Kommentarliteratur zum römischen Recht in Spanien wenig verbreitet⁵¹. Das aber machte wiederum westgotisches Volksrecht, königliches Recht und Stadtrechte anhand eines anspruchsvollen Maßstabs kritikabel. Aus dem Synkretismus entstand ein gewisses Wahlrecht bei der Suche nach Kollisionsregeln, die sich den genannten Rechtsmaterien nicht entnehmen ließen. Zwar hatte z. B. für Kastilien das Ordenamiento de Alcalá 1348 eine Rangfolge der Rechtsquellen festgelegt⁵², die aber immer umstritten blieb und angesichts der mehrdeutigen Funktion der „Siete Partidas“ und der Lückenhaftigkeit vorrangiger Quellen leicht umgangen werden konnte⁵³. Anders als im Bereich des unmittelbaren Geltungsanspruchs des römischen Rechts war die juristische Aufgabe deshalb von vornherein weniger die einer Harmonisierung der (als nur scheinbar ausgewiesenen) Widersprüche in den Quellen. Vielmehr scheint bereits diese Tradition eine offen demonstrierte Suche nach naturrechtlich begründeten besseren Lösungen, auch aus dem Bereich der Theologie, geradezu begünstigt zu haben.

2. Der aktuelle Bedarf nach Naturrecht

Neben dieser dem Entstehen auch theologisch begründeten Naturrechts förderlichen staatspolitischen Ausgangslage bedürfen noch zwei aktuelle Problemfelder

⁴⁸ Legistische Literatur findet sich generell in Spanien nur spärlich, vgl. *Norbert Horn*, Die legistische Literatur der Kommentatoren. Länderbericht Spanien, in: *Coing*, Handbuch Bd. I (München 1973) 294 ff, im folgenden zitiert: *Horn*.

⁴⁹ *Hans Thieme*, Natürliches Privatrecht und Spätscholastik, in: ZRG GA 70 (1953) 230 ff, 264.

⁵⁰ *Michael Holthöfer*, Literatur in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal, in: *Coing*, Handbuch Bd. II 1, 242.

⁵¹ *Horn*, 295.

⁵² *Armin Wolf*, Die Gesetzgebung der entstehenden Territorialstaaten, in: *Coing*, Handbuch Bd. I, 673.

⁵³ *Maria Schepbach*, Las Siete Partidas. Entstehung und Wirkungsgeschichte (Pfaffenweiler 1991) 49.

der Erwähnung, die schon in dem kurzen Überblick über die naturrechtliche Argumentation von Vázquez durchscheinen: Die Eroberung Amerikas als Begegnung mit fremden Kulturen und die sich wandelnde Wirtschaft erfordern in der Sicht der Zeit offensichtlich eine Kolonialethik und eine neue Wirtschaftsethik.

Die Entdeckung Amerikas führte zur Begegnung mit bisher fremden Kulturen. Aus dieser einseitig – von den europäischen Mächten – dominierten Begegnung entstanden sehr bald auch viele juristische Fragen. Sie betrafen insbesondere die Rechte, die die europäischen Eroberer im Umgang mit den Eroberten hatten. Es war nicht einmal selbstverständlich, daß diese fremden Wesen überhaupt rechtsfähig waren – ihnen die prinzipielle Rechtsfähigkeit zuzuerkennen war bereits Ergebnis einer langen Diskussion insbesondere am spanischen Hof⁵⁴. Hatten diese Menschen aber im Einzelfall auch ein Lebensrecht und ein Freiheitsrecht, hatten sie gar ein Eigentumsrecht? Die klassische Sklaverei- Problematik und ihre Argumentationsfiguren tauchten auf – wie auch bei Vázquez zu sehen war – sie gab aber keine zufriedenstellenden Antworten, wollte man nicht alle Bewohner der eroberten Gebiete als Kriegsgefangene behandeln. Aber auch die traditionelle *dominium*-Problematik war neu zu überarbeiten – für Vázquez ein zentrales Anliegen. Die klassische Abhandlung zur Stellung der Eroberten stammt von Vitoria, der den Eroberten zwar ein Eigentumsrecht zuspricht, sie aber wie Kinder unter die Vormundschaft der spanischen Krone stellen will⁵⁵. Römisches und kanonisches Recht gaben für solche Fragenkreise keine eindeutigen Antworten. Die bisherige Naturrechtslehre war zwar Argumentationsgrundlage, aber legte die Ergebnisse gleichfalls nicht fest. *Ius naturale* war vordem kein Begriff, aus dem man durch Deduktion die Entwicklung konkreter Rechtssätze für bisher unbekannte Problembereiche hätte ermöglichen können. Die praktische Bedeutung des Naturrechts war eher negativ: Man brauchte in der Beichtjurisprudenz Kriterien dafür, wann ein Gesetz gegen Naturrecht verstieß und also nicht *in conscientia* verpflichtete mit der Folge, daß der Verstoß dagegen keine Sünde war⁵⁶. Nun aber mußten naturrechtliche Argumente die Grundlage dafür hergeben, daß man positives Recht für den Umgang mit den Indianern schaffen konnte⁵⁷.

Ein zweiter Grund für den aktuellen Bedarf an Naturrecht lag – auch dies zeigt das Beispiel von Vázquez – im Bereich der in einer Umbruchsituation befindlichen Wirtschaft. Neben dem immer wieder erwähnten Bedürfnis nach Vertrags- und Formfreiheit und damit einer Versprechenslehre, einer Willensethik und einer

⁵⁴ Dazu Antonio-Enrique Pérez Luño. Die klassische spanische Naturrechtslehre in 5 Jahrhunderten (Berlin 1994) 28, 185; Rainer Specht, Darf der König von Spanien Indianer unterwerfen?, in: Nation-Nationalstaat-Nationalismus, Rechtsphil. Hefte III (1994) 51 ff, 56.

⁵⁵ Francisco de Vitoria, De indis recenter inventis et de iure belli Hispanorum in Barbaros, hrsg. v. Walter Schätzel (Tübingen 1952). Zur conquista der Neuen Welt als eigentumsrechtliches Problem Deckers, 226 ff.

⁵⁶ Zur Kolonialgesetzgebung Antonio Pérez Martín, in: Coing, Bd. II 2, 242 ff.

⁵⁷ Vázquez, lib. I, cap. 29, nu. 3 mit Nachweisen.

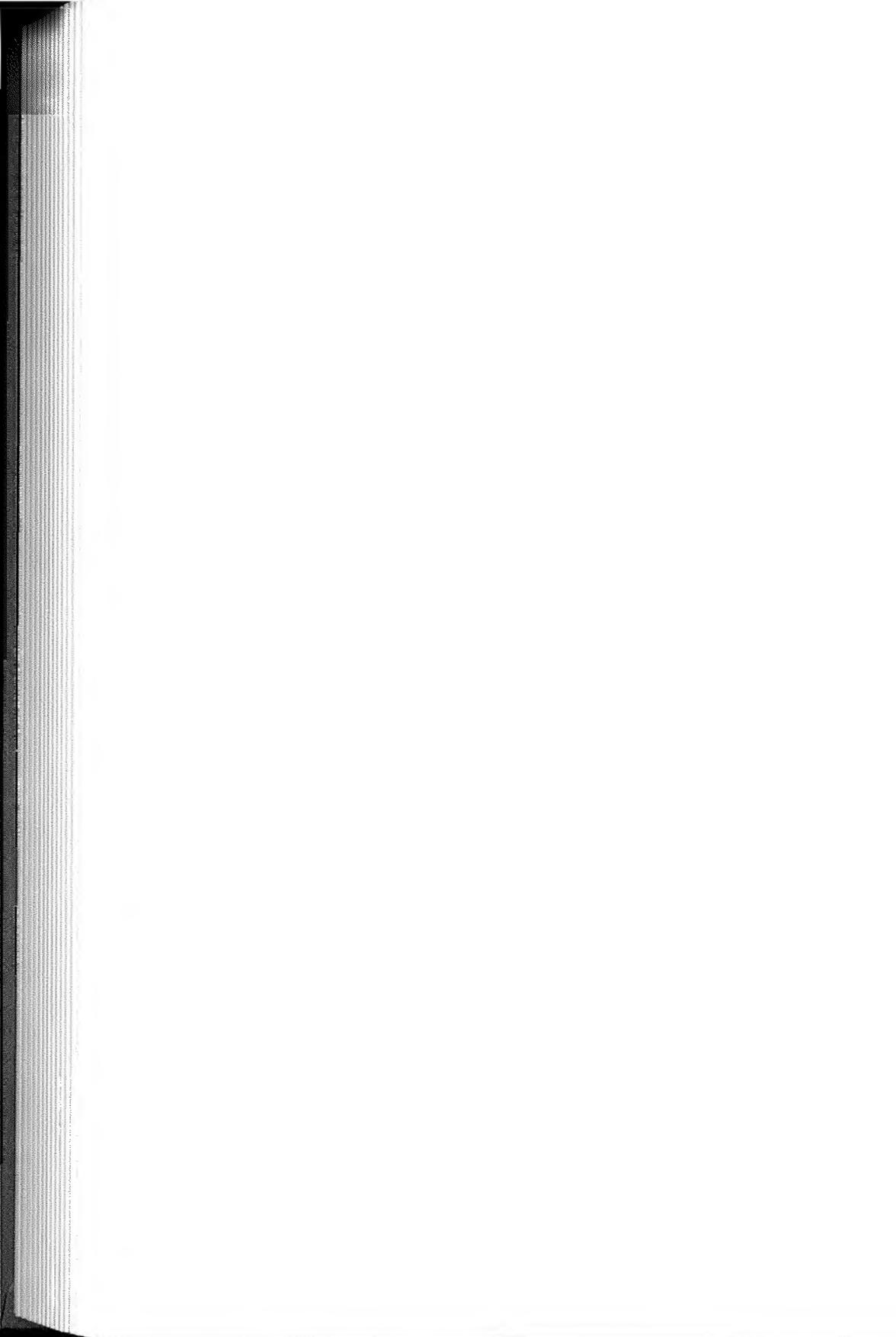
Vertrauensethik⁵⁸ war der Schutz des Eigentums gegen hoheitliche Eingriffe von entscheidender Bedeutung. Dabei mußte das Eigentum, ganz ähnlich dem heutigen verfassungsrechtlichen Begriff, nicht nur im zivilrechtlichen Sinne verstanden werden, sondern als zu schützende individuelle Rechtsposition schlechthin⁵⁹. Zugleich aber mußte, wegen des beginnenden Überseehandels, am Meer die Möglichkeit von Eigentum gerade geleugnet werden. Für die Eigentumsfreiheit mußte das *dominium* einen naturrechtlichen Status erhalten, der nur bei einer sehr schöpferischen Weiterentwicklung theologischer Erwägungen zum *omnia communia* einerseits und zu dessen Ausserkraftsetzung andererseits möglich war. Der schwierigste Spagat bestand darin, für das Meer ganz im Gegensatz dazu das *omnia communia* sogar aufzuwerten. Beide Argumentationen lassen sich – wie zu sehen war – tatsächlich in der iberischen Spätscholastik finden.

IV. Fazit

Naturrechtliche Überlegungen im Salamanca des 16. Jahrhunderts hatten also offensichtlich sehr säkulare praktische Hintergründe, bedienten sich aber andererseits bekannter Argumentationsmuster aus der theologischen Tradition. Diese Tradition freilich wurde ihrerseits sehr frei und eigenwillig unter Berücksichtigung auch der legistischen und kanonistischen Tradition weiterentwickelt, so wie diesen juristischen Traditionen gegenüber gerade auch bei einem juristischen Autor die Theologie einen erweiterten Handlungsspielraum bot. Die „Säkularisierung“ des Naturrechts erweist sich so als ungemein komplexer Prozeß, den man ebenso gut unter dem Aspekt einer Theologisierung des Rechts erfassen könnte.

⁵⁸ Bergfeld, 1022; Malte Diesselhorst, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen (Köln, Graz 1959) 4 ff.

⁵⁹ Zur Weite des Begriffs Paolo Grossi, La proprietà nel sistema della seconda scolastica, in: La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studi Firenze 16–19 ottobre 1972 (Milano 1973) 117 ff., 124.



Dietmar Willoweit

Der Usus modernus oder die geschichtliche Begründung des Rechts

Zur rechtstheoretischen Bedeutung des Methodenwandels
im späten 17. Jahrhundert

I. Die Forschungslage

Seit der Mitte des 17. Jahrhunderts sind in der Jurisprudenz Veränderungen methodischer Art zu beobachten, die in der Forschungsliteratur mit durchaus verschiedenartigen Akzentuierungen als Prozeß wissenschaftlicher Reifung und Anpassung an die Bedürfnisse der Praxis gedeutet und als Usus modernus bezeichnet werden. Franz Wieacker hielt die Rezeption des gelehrten Rechts erst mit seiner „Assimilation“ für vollendet. Diese aber „vollzog sich erst langsam und mühsam, seit praktische Erfahrung und zunehmende Vertrautheit und Reife des Umgangs mit den europäischen Dokumenten des gemeinen Rechts die deutschen Juristen befähigte, die besonderen Aufgaben in ihrem Land ... angemessen zu erfassen. Diese Juristen haben zum ersten Mal eine deutsche Gemeinrechtswissenschaft ... konsolidiert ...“ und eine „gemeinrechtliche Dogmatik geschaffen, aus der noch die heutige deutsche Rechtswissenschaft und die deutschen Kodifikationen vom Naturrecht bis zur Gegenwart leben“¹. Helmut Coing versteht unter dem Usus modernus pandectarum die Anwendung des gelehrten Rechts überhaupt, die sich aufgrund der ihm immanenten Vernunft und Billigkeit gerechtfertigt habe, wenn sich auch im Rechtsleben jener Zeit das gemeine Recht und die überlieferten lokalen und territorialen Rechte „gegenseitig durchdrungen“ hätten². Einige Autoren betonen besonders die „anpassende Veränderung“ des römisch-kanonischen Rechts durch den Usus modernus pandectarum „an die zeitgenössischen Vorstel-

¹ Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Göttingen 1967) 204 f.

² Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I (München 1985) 13, 26. Ähnlich schon Gustav Boehmer, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung*, Bd. II,1 (Tübingen 1951) 56: Usus modernus ist das „im Laufe der jahrhundertelangen Rezeption durch Verbindung römischen und deutschen Rechtsgeistes, römischer und deutscher Rechtsinstitute entstandene gemeine Recht“.

lungen und Bedürfnisse“³, wobei aber das „Corpus Iuris Civilis ... immer noch geglaubte Autorität und Verpflichtung“ geblieben sei⁴. Oft werden die Bedürfnisse der gerichtlichen Praxis als Grund und Ziel der methodischen Bemühungen des *Usus modernus* genannt. Ein „wissenschaftlicher Brückenschlag“ vom antiken römischen Recht zur Praxis sei daher erforderlich gewesen⁵, ein Vorgang, der freilich dadurch erleichtert wurde, daß die Vertreter des *Usus modernus* „die Theorie ... mit praktischer juristischer Tätigkeit“ verbunden haben⁶. Daher wird der *Usus modernus* auch als eine „Wissenschaft der forensischen Praxis oder der tatsächlichen Rechtsanwendung“ bezeichnet⁷. Die Bedeutung des deutschen Rechts in diesem Zusammenhang kommt eher seltener zur Sprache. Am präzisesten wohl bei Gunter Wesener, der die Besonderheit des deutschen *Usus modernus* darin erblickt, „daß er die deutschen Partikularrechte nicht mehr als Mißverständnisse des gemeinen Rechts behandelt ..., sondern in abweichenden deutschen Rechtsübungen nunmehr gewohnheitsrechtliche Abänderungen des gemeinen Rechts erblickt“⁸. Hans Schlosser spricht von der „Verarbeitung des eigenständigen deutschen Rechts“⁹, während Karl Kroeschell die jetzt festzustellende Beachtung einheimischer deutscher Rechtsinstitute betont, „die bleibenden wissenschaftlichen Leistungen des *Usus modernus* zu bezeichnen“ aber für schwierig hält¹⁰.

Angesichts der Fülle und Vielfalt des juristischen Schrifttums im 17. und 18. Jahrhundert kann dieses Fazit in einem der führenden rechtsgeschichtlichen Lehrbücher der Gegenwart kaum überraschen. An eine Geschichte der Institutionen jener Zeit ist mangels genügender Vorarbeiten nicht zu denken, und auch die allgemeinen Charakterisierungen des *Usus modernus*, die wir uns gerade vergegenwärtigt haben, lassen kaum erkennen, ob dieser Epoche der Jurisprudenz zwischen Mittelalter und Aufklärung eine eigenständige Bedeutung zukommt oder nicht. Wieackers Annahme einer „konsolidierten Gemeinrechtswissenschaft“ verträgt sich nur schwer mit den von anderen Autoren gewählten Topoi, die eher auf einen unsystematischen Pragmatismus des *Usus modernus* hinweisen¹¹.

Daß hier ungelöste Forschungsprobleme zu bewältigen sind, liegt auf der Hand. Wenn mit dem angeblich neu gewonnenen Praxisbezug und der Einbezie-

³ Gerhard Köbler, *Deutsche Rechtsgeschichte* (München ⁵1996) 137. Ähnlich Friedrich Ebel, *Rechtsgeschichte*, Bd. II (Heidelberg 1993) 34.

⁴ Hans Hattenhauer, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts* (Heidelberg ⁴1996) 14.

⁵ Karl Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 3 (Opladen 1989) 10.

⁶ Rudolf Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte* (Wien ²1996) 140.

⁷ Marcel Senn, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriß* (Zürich 1997) 154.

⁸ Gerhard Wesenberg, Gunter Wesener, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte* (Wien ⁴1985) 116.

⁹ Hans Schlosser, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte* (Heidelberg ⁸1996) 65.

¹⁰ Kroeschell, (wie Anm. 5) 11.

¹¹ Die Ergebnisse der im November 1997 auf dem Monte Verità bei Ascona durchgeführten Tagung konnten in dem vorliegenden Beitrag nicht mehr berücksichtigt werden. Vgl. die damaligen Referate in ZNR 21/1 (1999).

hung der deutschen Partikularrechte in die Arbeit der Juristen diese eine „neue Freiheit“ erworben habe, wie so oder ähnlich formuliert wurde¹², dann muß in methodischer Hinsicht etwas geschehen sein, was die Begründung der für Rechtsprobleme gefundenen Lösungen betrifft. Nachdrücklich hat die Forschung in diesem Zusammenhang auf die Widerlegung der sogenannten Lotharingischen Legende, also der Behauptung, Kaiser Lothar III. habe 1137 das römische Recht förmlich in Kraft gesetzt, durch Hermann Conring hingewiesen¹³. Wenn die Autorität des römischen Rechts nachhaltig darunter leiden konnte, daß die Zeitgenossen einen legitimierenden Gesetzgebungsakt vermißten, dann kann die Bedeutung der jetzt festzustellenden Veränderungen nicht nur darin liegen, daß statt römischem auch deutsches Recht angewendet und ein engerer Praxisbezug hergestellt wurde. Es muß eine grundsätzlichere Bedeutungsebene geben. Die These der folgenden Überlegungen lautet: Im Usus modernus tritt ein neues Verständnis für das Problem der Rechtsgeltung zutage, in dem sich der Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts ankündigt.

Diese These soll zunächst exemplarisch am Problem der Ebenbürtigkeit demonstriert werden. Die Vermutung, daß der dabei festzustellende gravierende Methodenwandel der Jurisprudenz den Zeitgenossen bewußt geworden und theoretisch diskutiert worden sein muß, wird uns in einem zweiten Schritt zur Untersuchung einer wissenschaftlichen Kontroverse führen, die im späten 17. und in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts den Übergang von einem noch immer traditionellen, wenn auch juristisch geprägten Rechtsdenken zum Rechtspositivismus markiert¹⁴.

II. Ein Fallbeispiel: die Ebenbürtigkeit

Standesrechtliche Fragen spielten in der alteuropäischen Gesellschaft naturgemäß eine hervorragende Rolle. Wie für die meisten Rechtsprobleme am Anfang der Neuzeit, konnten die Antworten dem gemeinen Recht entnommen werden. Wer dort nachschlug, fand zu der sozialgeschichtlich so brisanten Frage, wie der Status der Ehegatten und ihrer Kinder im Falle einer standesungleichen Verbindung zu beurteilen ist, eine ganz herrschende Meinung. Nur wenige Autoren können hier

¹² *Kroeschell*, (wie Anm. 5) 10; *Wieacker*, (wie Anm. 1) 207: „... ein freieres Verhältnis zu den römischen Quellen“; *Hoke*, (wie Anm. 6) 140: „Das neue emanzipierte Verhältnis ... zu den Quellen des römischen Rechts ...“.

¹³ *Wieacker*, (wie Anm. 1) 206; *Kroeschell*, (wie Anm. 5) 10; *Hoke*, (wie Anm. 6) 140; *Wesenberg*, *Wesener*, (wie Anm. 8) 116; *Schlosser*, (wie Anm. 9) 66; *Senn*, (wie Anm. 7) 155; *Ebel*, (wie Anm. 3) 34 f.

¹⁴ *Roderich v. Stintzing*, *Ernst Landsberg*, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, 2. Abth. (München, Leipzig 1884) 186. Eine erste wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dieser Kontroverse bietet *Klaus Luig*, *Conring, das deutsche Recht und die Rechtsgeschichte*, in: *Michael Stolleis* (Hrsg.), *Hermann Conring (1606–1681). Beiträge zu Leben und Werk* (Berlin 1983) 355 ff., 382 ff.

zu Wort kommen. Die prominenteste Abhandlung des 16. Jahrhunderts über die Standesfragen des Adels aus der Feder des königlich französischen Hofrates Andreas Tiraquell informierte ihre Leser in der folgenden Weise: „Mulier ignobilis, si nubat nobili, quod nonnumquam fit astrorum vi, ... ea quidem efficitur nobilis ex nostris legibus, quae uxores clarissimas et illustres pronunciant, quae viris clarissimis et consularibus nupserunt, illis quoque maritorum dignitatem, quecunque ea sit, impartiantur ...“¹⁵

Wir dürfen darauf verzichten, den antiken Quellen im einzelnen nachzugehen, sondern halten lieber fest, daß die standesungleiche Ehe kein lebensfremdes Konstrukt von Juristen gewesen ist, sondern offenbar von den Sternen geboten sein konnte. Den Adelsstand und die Würde, welche die Frau durch die Verhehlung mit einem Adeligen erwarb, verlor sie auch im Witwenstand nicht¹⁶. Umgekehrt gilt aber, „... si vir ignobilis ducat uxorem nobilem, nihil dignitatis, honoris, nobilitatis ex eo sibi comparat ...“¹⁷

Für diese maßgebliche Bedeutung des Standes des Ehemannes gab es eine schöne scholastische Begründung, die sich vor allem auch zugunsten der Kinder des ungleichen Paares auswirkte: „Nam a solo patre deducitur nobilitas. Hoc est .. liberis accipere formam a patre, a matre vero naturam ... Nam forma ex iure civili est, et nobilitas non ex natura dependet, sed ex iure civili ...“¹⁸

Wer die viel spätere fürstenrechtliche Literatur des deutschen Reiches kennt¹⁹, wird nicht ohne Überraschung feststellen, daß die Herkunft von Kindern aus standesungleichen Ehen die Nachfolge auch in fürstliche Würden des Reiches nicht hinderte: „Liberos ... licet a patre principe, comite etc., matre vero ignobili procreati, non defraudandos esse, omnino persuasum habeo. Juris etenim est plusquam manifesti liberis patris conditionem in consequendis honoribus, dignitatibus et gente ... non matris sequi ... Sic filiis taliter prognatis non obest, quo minus succedant in feudis et allodialibus.“²⁰

Die Lehensfähigkeit von Kindern eines einfachen Mädchens hatte in der Mitte des 16. Jahrhunderts der als Gutachter vielbeschäftigte Wittenberger Rechtslehrer Hieronymus Schürpf selbst für den Fall bejaht, daß der adelige Kindsvater seinen Nachwuchs erst durch nachfolgende Ehe legitimierte²¹. Dies sei Rechtsauffassung aller deutschen und italienischen Spruchkollegien, liest man noch hundert Jahre später²². In Deutschland haben sowohl Autoren adelsrechtlicher Traktate des

¹⁵ *Andreas Tiraquellus*, *Commentarius de nobilitate et de iure primogeniorum*, Ex postrema auctoris recognitione (Basel 1561) 112 (Cap. XVIII n. 1).

¹⁶ *Tiraquellus*, (wie Anm. 15) 113 (Cap. XVIII n. 5).

¹⁷ *Tiraquellus*, (wie Anm. 15) 115 (Cap. XVIII n. 15).

¹⁸ *Matthias Stephanus*, *Tractatus de nobilitate civili* (Frankfurt 1617) 69 (Cap. V n. 51).

¹⁹ Vgl. etwa *Hermann Rehm*, *Modernes Fürstenrecht* (München 1904) 151 ff. zur Ebenbürtigkeit.

²⁰ *Georg Schubhard*, *Tractatus methodicus de austregiis Sacri Romani Imperii*, posthum. Ed. (Heidelberg 1663) 140 (Cap. III n. 114 sq.) und 142 (Cap. III n. 117).

²¹ *Hieronymus Schürpf*, *Consilia* (Frankfurt 1551) Cent. I, Cons. I.

²² *Schubhard*, (wie Anm. 20) 142 (n. 117).

17. Jahrhunderts²³ wie auch Darstellungen des Reichslehenrechts bis weit in das 18. Jahrhundert hinein diese Doktrin verteidigt²⁴. Ihre Begründung stützt sich auf die *opinio communis doctorum*, die durch eine lange Kette von Autoritäten belegt wird – bei den Autoren des 16. Jahrhunderts noch beginnend mit den Quellen des römischen Rechts und der mittelalterlichen Jurisprudenz, im 17. Jahrhundert dann zunehmend deutsche Juristen zitierend, die alle unmittelbar auf den Schultern ihrer italienischen Kollegen des Spätmittelalters stehen. Eine beeindruckende Kontinuität vom 13. bis zum späten 17. Jahrhundert wird sichtbar, und dies sicher nicht nur für die hier erörterte Rechtsfrage. Die „Praxis“, die nach heute verbreiteter Auffassung ja ein Kriterium des neuen Usus modernus sein soll, hatten diese Juristen als Gutachter oder bei der Erörterung zeitgenössischer Exempel allesamt im Blick.

Im ersten Drittel des 18. Jahrhunderts begegnen wir jedoch Autoren, die ganz anders argumentieren. Zum Beispiel an der Juristenfakultät Jena Georg Melchior Ludolph, der zwar die „regula“ kennt, nach welcher die nichtadelige Ehefrau am Stand des adeligen Ehemannes teilhat, indessen Zweifel äußert, ob dieser Rechtsatz besser begründet ist, „quam leges Germaniae, quae ad reservata Imperatoris dignitatum collationem refererunt, permitterent“²⁵.

Ludolph prüft daher die „patrias leges“, findet dort die verschiedenen Stände, Fürsten und Herren, Ritter und Knechte, und kommt zu dem Ergebnis, daß die Erhebung in den höheren Adelsstand stets dem König vorbehalten war, während die Aufnahme in den niederen Adel durch denjenigen erfolgte, dem diese Rechtsmacht zustand²⁶. Daraus folgt die generelle Notwendigkeit eines Nobilitierungsaktes, der durch die bloße Eheschließung nicht überflüssig werden kann: „Porro opus erit collatione dignitatis nova, a superiore impetranda, si nobilis plebejam sibi jungat matrimonio. Hujus enim adhuc dignitas civilis nulla. Matrimonium esse modum eam acquirendi, nostris moribus non probatur.“²⁷

Die einheimischen Sitten stehen nicht nur der Anwendung des römischen Rechts, sondern der Verbindlichkeit einer seit Jahrhunderten in Juristenkreisen gepflegten herrschenden Meinung entgegen. Es wird nun üblich, die spätantiken Volksrechte und die mittelalterlichen Rechtsbücher zu zitieren, Beispiele aus der deutschen Vergangenheit zu erörtern und daraus normative Schlußfolgerungen zu

²³ *Nicolaus Myler von Ehrenbach*, *Gamalogia personarum imperii illustrium* (Stuttgart 1664) 112 sqq. (Cap. V Sect. III n. 48 sqq.); *ders.*, *Aurea Bulla Caroli IV. imperatoris illustrata Martini Rumelini* (Tübingen, Frankfurt 1702) 456 (Pars II Diss. III Additio zu thesis 32); *Philipp Knipschildt*, *Tractatus politico-historico-juridicus de juribus et privilegiis nobilitatis et ordinis equestri S. R. I. liberi et immediati* (Kempten 1693) 149 sq. (Cap. VIII n. 25 sq.).

²⁴ *Johann Wilhelm Itter*, *De feudis imperii commentatio methodica* (Frankfurt/Main 1685) 714 sqq. (Cap. XIV n. 9); *Caspar Heinrich Horn*, *Jurisprudentia feudalis* (Wittenberg 1741) 130 sq. (Cap. VI n. 10).

²⁵ *Georg Melchior Ludolph*, *De jure foeminarum illustrium Tractatus nomico-politicus ad jura Germaniae potissimum accommodatus* (Jena 1711) 16 (Sect. I § 3).

²⁶ *Ludolph*, (wie Anm. 25) 18 sqq. (Sect. I § 6 sqq.).

²⁷ *Ludolph*, (wie Anm. 25) 25 (Sect. I § 10).

ziehen. In einem bekannten, schon in deutscher Sprache verfaßten adelsrechtlichen Handbuch liest man etwa:

„Gleiche Vermählungen wurden nur unter Hertzogen, Fürsten, Grafen und Herrn oder Frey-Herrn geschlossen ... Wer aber aus den hohen Adels-Personen eines Ministerialis Tochter oder eine aus dem heutigen niedern Adel heyrathete, der hatte eine Mißheyrath, ungleiche Ehe oder unrechtmäßige Vermählung getroffen. Sollten nun die Kinder als Kinder, welche man zum hohen Adel rechnet, regardiret, geehret und zur Lehns-Folge gelassen werden; so muste die Mutter nebst den bereits gebornen Kindern für freygebohrne und adeliche durch ein Kayserlich diploma erklärt werden ... Nahm ein Freyer oder heutiger von Adel eine frembde Magd zur Ehe, so wurde er nach dem Lege Salica ... selbst ein Knecht ... Die Sachsen hatten einen rechten Abscheu vor der Vermischung der Stände durch die ungleichen Heyrathen, welches man aus ihren Gesetzen damahls gar wohl abnehmen kann...“²⁸

Mit Überlegungen dieser Art war die einst herrschende Meinung so untergraben worden, daß Kaiser Karl VII. 1742 in seiner Wahlkapitulation den Ausschluß der „aus ohnstrittig notorischer Miß-Heurath erzeugten Kinder eines Standes des Reichs“ von den Titeln, Ehren und Würden des Vaters zugestand²⁹. Der in dieser Frage wirksam gewordene politische Druck³⁰ ist vielleicht auf gravierende sozialgeschichtliche Ursachen zurückzuführen, die hier auf sich beruhen müssen. Voraussetzung für das exklusive deutsche Ebenbürtigkeitsrecht, das sich erst seit dieser Zeit durchsetzte, war jedoch eine methodische Neuorientierung der Juristen, die nunmehr den Rückgriff auf tatsächliche oder vorgebliche einheimische Rechtsvorstellungen des Mittelalters gestattete. Die Auswirkungen dieses Legitimationsverlustes, den das römische Recht und die mit ihm verbundene juristische Lehrtradition erlitten, sind auch auf anderen Problemfeldern der Jurisprudenz zu beobachten. Erinnert sei nur an die seit dem letzten Drittel des 17. Jahrhunderts zahlreiche Anhänger gewinnende Lehre, die Rechte der deutschen Fürsten leiteten sich von einer ursprünglichen germanischen Stammesgewalt, nicht vom Kaisertum her, was die juristische Argumentationslage zwischen den beiden politischen Gegenspielern umkehrte und nicht zuletzt die geistlichen Territorien als spätere Herrschaftsgebilde unter Rechtfertigungsdruck setzte³¹. Die Überlegung, daß sich derart tiefgreifende Veränderungen des juristischen Argumentationsstils unter den Augen der sonst so diskussionsfreudigen Zeitgenossen nicht stillschweigend vollzogen haben können, bestätigt sich rasch. Wir kehren zurück zur Frage des *Usus modernus*.

²⁸ *Christian Gottlieb Riccius*, Zuverlässlicher Entwurf von dem landsäßigen Adel in Teutschland (Nürnberg 1735) 466, 467; vgl. a. *Johann August Hellfeld*, De matrimonio inaequali iuris principia sistens dissertatio, in: *Burcard Gotthelf Struve*, Jurisprudentiae heroicae seu iuris quo illustres utuntur privati, Pars II (Jena 1744) 17 sqq. (Cap. II Sect. I).

²⁹ *Johann Jacob Moser*, Ihre Römisch-Kayserlichen Carls des Siebenden Wahl-Capitulation. Mit Beylagen und Anmerckungen (Frankfurt/Main 1742) 74 (Art. XXII § 4).

³⁰ *Moser*, (wie Anm. 29) 566 (Ad § 4).

³¹ *Dietmar Willoweit*, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt (Köln 1975) 159 ff., 226 ff.; ferner *ders.*, Die Lehnsnachfolge der per subsequens matrimonium Legitimierten als methodisches Problem des *Usus modernus*, in: ZNR 21/1 (1999) 115 ff.

III. Die Kontroverse um die Rezeption des römischen Rechts

Im Jahre 1682 publizierte der sonst wenig bekannt gewordene Rechtslehrer Johann Georg von Kulpis unter einem Pseudonym als „Civis Germanus“ eine *Dissertatio epistolica* über die alten deutschen Gesetze und die Autorität des römischen Rechts, die in den folgenden Jahrzehnten einen lebhaften Disput in der deutschen Jurisprudenz auslöste³². Kulpis beruft sich ausdrücklich auf die erstmals 1643 publizierte Schrift Hermann Conrings „*De origine iuris Germanici*“³³ und schickt sich an, Konsequenzen zu ziehen. Mit der seit Conring endgültig vollzogenen Widerlegung der Lotharingischen Legende war für Kulpis der Geltungsgrund des römischen Rechts entfallen. Denn die Reichskammergerichtsordnung von 1495 habe das römische Recht nur unter Vorbehalt der örtlichen Statuten rezipiert. Die praktische Bedeutung der tatsächlich vorrangigen Geltung des einheimischen Rechts werde von allen bestätigt, die mit der Judikatur des Reichskammergerichts zu tun haben; das deutsche Recht werde zwar auf den Universitäten nicht gelehrt, aber in den Gerichten bewahrt³⁴. Dann wird unser Autor grundsätzlicher:

„Caeterum leges Germanicas veteres nec hodie suam vim penitus amisisse aliis etiam argumentis potest demonstrari...“, denn „... praesumptionem... circa leges... facit, ut recte dicere possis, quaecumque leges olim promulgatae, ac vim suam habere jussae sunt, eae adhuc valent, donec doceantur abrogatae: fit autem abrogatio non aliter ac contraria lege aut consuetudine, ast nulla sanctio abrogatoria hactenus potuit afferri et consuetudines hodiernas plerasque ex istis legibus descendere observavimus.“³⁵

Die ältere germanische Gesetzgebung ist auch durch das römische Recht nicht außer Kraft gesetzt worden, weil dieses seit der Gründung der deutschen Universitäten im 15. Jahrhundert Autorität nur für den Lehrbetrieb gewonnen hat³⁶. Das *Corpus Iuris* hat für Deutschland nicht wegen der Gesetzgebung Justinians Bedeutung, „sed ut systema aliquod jurisprudentiae“³⁷. Aus diesen Umständen ergibt sich die Regel, daß in den einzelnen deutschen Provinzen das ältere einheimische Recht in Kraft geblieben ist, soweit nicht nachgewiesen werden kann, daß römisches Recht wirklich rezipiert wurde³⁸.

³² *Conrad Sincerus* (= Johann Georg von Kulpis), *De Germanicarum legum veterum ac Romani iuris in republica nostra origine, autoritateque praesenti dissertatio epistolica* (o.O. 1682). Zum Autor: NDB 13 (Berlin 1982) 280 ff. Die früheste Darstellung des damals noch aktuellen wissenschaftlichen Streites gibt *Burcard Gotthelf Struve*, *Historia iuris* (Jena 1718) 542 sq.; ferner *Luig*, (wie Anm. 14) 382 ff.

³³ In: *Hermann Conring*, *Opera omnia*, ed. *Johann Wilhelm Göbel*, Tom. VI (Braunschweig 1730, Neudr. Aalen 1973) 77 sqq. – Zu Conring vgl. die Beiträge in dem nur Conring gewidmeten, von *Stolleis* herausgegebenen Sammelband (wie Anm. 14) und die Charakterisierung von *Dietmar Willoweit*, Hermann Conring, in: *Michael Stolleis* (Hrsg.), *Staatsdenker in der frühen Neuzeit* (München 1995) 129 ff.

³⁴ *Kulpis*, (wie Anm. 32) 26 f. Als Gewährsleute bezieht sich der Autor u. a. auf Meichsner, Gail, Mynsinger, Wesenbeck.

³⁵ *Kulpis*, (wie Anm. 32) 29.

³⁶ *Kulpis*, (wie Anm. 32) 50 sqq., 56 sq.

³⁷ *Kulpis*, (wie Anm. 32) 57.

³⁸ *Kulpis*, (wie Anm. 32) 62.

Die in der rechtsgeschichtlichen Forschung im Vordergrund stehende Rezeptionsproblematik, also das Verhältnis von einheimischem und gelehrtem Recht, das schon die mittelalterliche Statutentheorie zu klären versuchte³⁹, interessiert für unsere Fragestellung weniger als die moderne Rechtslogik, die in den Darlegungen von Kulpis zutage tritt. Einmal eingeführtes Recht bleibt in Kraft, bis es durch ein späteres abweichendes Gesetz oder durch eine gegenteilige Rechtsgewohnheit aufgehoben wird. Für die Weitergeltung einer Norm spricht damit eine Vermutung, bedarf doch die Aufhebung als Faktum des Beweises: „(leges Romanae) mutationem inferunt, quae, cum facti sit, probari debet“⁴⁰. Obwohl Kulpis stets in den Bahnen von Conrings „De origine iuris Germanici“ wandelt, geht er doch mit dieser spezifisch juristischen Zuspitzung über ihn hinaus. Conring hatte zwar ausführlich die frühmittelalterlichen Volksrechte und die späteren Zeugnisse der einheimischen Rechtsentwicklung, Rechtsbücher und Kaisergesetzgebung, erörtert und auch Belege für die fortdauernde Geltung lokalen Rechts gefunden⁴¹. Aber sein zentrales rechtspolitisches Anliegen war der Nachweis, daß römisches Recht – mangels eines kaiserlichen Gesetzgebungsaktes – nirgendwo so rezipiert worden ist, daß es nicht dem fürstlichen Gesetzgebungsrecht zu weichen hätte, mag an vielen Orten auch mit obrigkeitlicher Billigung rezipiertes Recht in Gebrauch gekommen sein⁴². Nicht zufällig schließt Conrings Buch mit einem Kapitel „De ratione leges in usum publicum corrigendi“⁴³. Es ging dem Helmstedter Politologen und Polyhistor um die Freiheit des Gesetzgebers in den deutschen Staaten, nicht um das vor allem Juristen angehende Problem der Rechtsgeltung.

Daher hatten für Kulpis noch zwei andere, von ihm auch benutzte Autoren große Bedeutung, die ein Menschenalter vor Conring bereits ähnliche Gedankengänge entwickelten und dabei gerade auch der Frage der Rechtsgeltung ihr besonderes Interesse zuwandten. Friedrich Lindembrog, Herausgeber einer 1613 erschienenen Sammlung älterer deutscher Rechtsquellen spottete nicht nur, man möge ihm doch jenes Gesetz Kaiser Lothars III. über die Einführung des römischen Rechts einmal zeigen, sondern zog daraus unter Berufung auf Baldus schon jene Konsequenz, mit der Kulpis später so viel Aufsehen erregte:

„...cum lex non dicatur sublata per non usum, sed per contrarium ei legi usum ... sic etiam cuius contrarius usus non ostenditur, ea utique perpetim manere putatur ... Idcirco verissime concludo, leges (Germaniae) ... quatenus id ratio suadeat, et tempora permittant, non tantum

³⁹ Vgl. dazu *Wolfgang Wiegand*, Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit (Ebelsbach 1977); *ders.*, Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel „Habere fundatam intentionem“, in: *Sten Gagnér, Hans Schlosser, Wolfgang Wiegand* (Hrsg.), Festschrift für Hermann Krause (Köln, Wien 1975) 126–170; *Luig*, (wie Anm. 14) 360 ff. u. passim.

⁴⁰ *Kulpis*, (wie Anm. 32) 62.

⁴¹ *Conring*, (wie Anm. 33) 88 sqq. (Cap. I–XIX), 146 sqq. (Cap. XXV–XXX), 161 sqq. (Cap. XXXI–XXXIII).

⁴² *Conring*, (wie Anm. 33) 168 sqq., 170 (Cap. XXXIII).

⁴³ *Conring*, (wie Anm. 33) 177 sqq. (Cap. XXXV).

apud Germanos in foro utiliter proferri, sed iuri quoque Romano, pro statu Provinciarum, recte praeferrri posse.“⁴⁴

Lindenbrog bekennt, daß er seinen Codex deutschen Rechts deshalb herausgegeben habe, weil er dieses, soweit es sinnvoll ist und die Zeiten es gestatten, für anwendbar halte. Im frühen 17. Jahrhundert freilich vermochte noch niemand mit solchen Bemerkungen die Geschlossenheit der humanistischen Jurisprudenz und die Macht ihrer Autoritäten zu brechen. Doch kündigt sich ein Wandel des Zeitgeistes, der sich immer mehr der Geschichte zuwandte, an. Der andere Autor, dessen Bedeutung sowohl für Conring wie für Kulpis nicht zu unterschätzen ist, war der Verfasser der erstmals 1612 erschienenen Speyerer Chronik, Christoph Lehmann⁴⁵. In diesem bedeutenden Geschichtswerk des deutschen Späthumanismus kommen ausführlich die königlichen Privilegierungen, aber auch das Landrechtbuch, also der Schwabenspiegel, zur Sprache, so daß der Autor schließlich zu der Schlußfolgerung gelangt:

„Dieweil dann die Reichsstätt und derselben benachbarte Land und Leut am Rheinstrom ... die von Fränckischen Königen eingeführte und hernach von Keyser Carolo M. vernewerte und verbesserte Recht und Gesatz der Teutschen Völcker in ihrem Wesen beständig erhalten und in keine Historie zu finden, daß ein Keyser oder König dieselbe alte Gesatz und Recht der Teutschen abgeschafft oder andere Recht an deren statt anzunehmen geboten ...“ bis zum Erlaß der Reichskammergerichtsordnung von 1495⁴⁶.

Erst Conrings Werk hat freilich bewirkt, daß dieses Rechtsdenken die Verbindlichkeit der Autoritäten des *ius commune* in Frage zu stellen begann. Beiläufig geschah das kaum zufällig bei einem deshalb viel zitierten Juristen aus Helmstedt⁴⁷, gründlicher wurde der Kanon der humanistischen Jurisprudenz aber erst nach dem Erscheinen der Schrift von Kulpis in den achtziger und neunziger Jahren in Frage gestellt. In diesen Zusammenhang gehört der Begriff des *Usus modernus pandectarum*. Der von Samuel Stryk für seine Publikation im Jahre 1690 gewählte Buchtitel⁴⁸ ist von seinem Autor erstmals 1667 verwendet worden⁴⁹. Was er damit sagen wollte, teilt er dem Leser ausführlich im ersten Kapitel „De usu et auctoritate juris Romani in foris Germaniae“ mit. Es geht darin schon, wie in der For-

⁴⁴ Friedrich Lindenbrog, *Codex legum antiquarum* (Frankfurt 1613) Prolegomena ohne Paginierung.

⁴⁵ Christoph Lehmann, *Chronica der freyen Reichs-Statt Speyer* (1612, benutzt: Frankfurt/Main 1662).

⁴⁶ Lehmann, (wie Anm. 45) 336 sqq., 337 (Lib. IV, cap. 21).

⁴⁷ Heinrich Hahn, *Observata theoretico-practica ad Matthaei Wesenbecii in L libros digestorum commentarios et in Reinhardi Bachovii notas et animadversiones* (Helmstedt 1668) 415 (Ad Dig. Lib. XII Tit. VI: De conditione indebiti N. IV a.E.); dazu Luig, (wie Anm. 14) 381 f.

⁴⁸ Samuel Stryk, *Specimen usus moderni pandectarum ad libros V priores* (Frankfurt, Wittenberg 1690).

⁴⁹ Alfred Söllner, Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Deutschland, Österreich, den Niederlanden und der Schweiz, in: Helmut Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. II,1 (München 1977) 501 FN 3.

schungsliteratur angenommen, um die Anpassung des Rechts an die Gerichtspraxis – aber nicht deshalb, weil dieser Praxisbezug bisher gefehlt hat, sondern um dem einheimischen Recht auch in der Wissenschaft Anerkennung zu verschaffen. Der erste Satz des Werkes, das einer ganzen Epoche der Jurisprudenz den Namen gab, lautet: „Germaniam olim sine leges fuisse, non magis verisimile est, quam rempublicam aliamve societatem civilem sine leges salvam esse posse.“⁵⁰

Stryk schildert sodann in Anlehnung an Conring den Gang der deutschen Rechtsgeschichte, um zu klären, in welchem Umfang deutsches Recht anzuwenden ist. Nicht der moderne Gebrauch der Pandekten ist Gegenstand dieses Einführungskapitels, sondern der Gebrauch der einheimischen deutschen Rechte oder genauer: die Feststellung, daß und in welchem Umfang diese in der forensischen Praxis heranzuziehen sind. Stryk geht vorsichtiger zu Werke als Kulpis. Ihm liegt an einer „media via“. Daher räumt er ein, daß seit 1495 Kaiser und Reichsstände wiederholt bestimmten oder davon ausgingen, das justinianische Recht sei für ein gemeines Recht des Reiches zu halten⁵¹. Daraus ergebe sich aber nicht, daß in Deutschland allein das römische Recht maßgebend ist, weil die Reichsgesetzgebung stets auch auf die rechtmäßigen hergebrachten Gebräuche hingewiesen habe. Auch Samuel Stryk hat das Ziel vor Augen, in Abkehr von einer übermächtigen Tradition gemeinrechtlicher Quellen und Autoritäten die Geltung des einheimischen deutschen Rechts zu begründen. Sein Zwischenergebnis lautet: „Eatenus jus civile in causis decidendis imperio observandum, quatenus honesta et rationabilis consuetudo, aut recentior lex imperii doceri nequit. His enim deficientibus, demum statur juri Justiniano.“⁵²

Der Vorrang des einheimischen Rechts wird von Stryk nicht, wie von Kulpis, durch eine Rechtsvermutung abgesichert. Das Vorliegen der einheimischen, vom römischen Recht abweichenden Rechtsgewohnheiten ist nachzuweisen, es sei denn, diese sind so „notorisch“ bekannt wie etwa die sächsischen⁵³. Aber diese Hürde ließ sich nunmehr, anders als am Anfang der Neuzeit, auf der Grundlage rasch zunehmender historischer Kenntnisse in vielen Fällen leicht nehmen, wie das erörterte Beispiel der Ebenbürtigkeit zeigt. Die großen Quellensammlungen von Lindenbrog, vor allem Goldast⁵⁴, später Lünig⁵⁵ und anderen boten eine Fülle von Rechtsstoff, aus welchem für viele praktisch wichtige Fragen Lösungen gewonnen werden konnten, die von der gemeinrechtlichen Tradition abwichen. Daher darf wohl auch der Vermittlungsversuch Johann Schilters nicht überschätzt werden⁵⁶. Obwohl er, anders als Kulpis, keinen Nachweis für die Rezeption des

⁵⁰ Stryk, (wie Anm. 48) 1 (Discursus praeliminaris § 1).

⁵¹ Stryk, (wie Anm. 48) 17 sqq. (Discursus praeliminaris §§ 24 sqq.) 20 sq. (§ 27).

⁵² Stryk, (wie Anm. 48) 21 (Discursus praeliminaris § 28).

⁵³ Stryk, (wie Anm. 48) 25 (Discursus praeliminaris § 31).

⁵⁴ Vgl. mit weiteren Nachweisen *Rudolf Hoke*, Goldast, in: HRG, Bd. 1 (Berlin 1971) Sp. 1735 ff.

⁵⁵ Vgl. mit weiteren Nachweisen *Notker Hammerstein*, Lünig, in: HRG, Bd. 3 (Berlin 1984) Sp. 101 f.

⁵⁶ *Wieacker*, (wie Anm. 1) 208; *distanzierter Luigi*, (wie Anm. 14) 382 ff.

römischen Rechts verlangt, gilt auch für ihn die Regel: „... quoties iuris Romani principium principiis iuris patrii repugnat, praesumi iuri patrio Germanos uti, nisi iuris Romani dispositio lege vel consuetudine recepta probetur“⁵⁷.

Für den Fall des Widerspruchs zwischen deutschem und römischem Recht sprach also eine Vermutung zugunsten des einheimischen Rechts, wie dies auch Kulpis angenommen hatte. Solche Widersprüche ließen sich jetzt aus mittelalterlichen Rechtsbüchern, aus Land- und Stadtrechten, besonders auch aus der großen Fülle mittelalterlicher Urkunden oft genug ermitteln. Alle diese Quellen begegnen in der Literatur des Usus modernus wieder. Es handelt sich nicht um eine Methode, die das Pandektenrecht praktikabler gemacht hätte, sondern um die Beantwortung von Rechtsfragen und die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten mit Hilfe der Texte des einheimischen Rechts.

Die entscheidende Veränderung lag also nicht darin, daß jetzt deutsches mit gelehrtem gemeinem Recht irgendwie zu einer „konsolidierten Gemeinrechtswissenschaft“ verschmolzen wurde. Vielmehr brach man auf breiter Front mit der Methode der späthumanistischen Jurisprudenz, Lösungen durchaus praktischer Rechtsprobleme allein oder doch in erster Linie durch den Rückgriff auf das römische Recht und die Autoritäten der gemeinrechtlichen Literatur zu finden. Dies ist die Zäsur, die zu denken gibt. An ihr ändert sich auch nichts dadurch, daß natürlich auch schon im juristischen Schrifttum des 16. und frühen 17. Jahrhunderts auf einzelne Statuten, Reichsabschiede usw. hingewiesen wird, wie andererseits für viele Fragen das römische Recht auch nach der Wendung zum Usus modernus maßgebend bleibt. Neu war die erst jetzt eröffnete Möglichkeit, in geeigneten, nicht eben seltenen Fällen eine juristische Problemlösung mit älteren „deutschrechtlichen“ Quellen zu suchen.

Es lohnt sich, einen Blick auf die Gegner des Usus modernus in dem genannten Sinne zu werfen. Erst 1713 erschien eine, gleichfalls anonym publizierte Streitschrift, die ausdrücklich gegen Kulpis zu Felde zog⁵⁸. Der wenig bekannte Autor hält Kulpis entgegen, neues Recht könne auch durch stillschweigende Zustimmung dessen, der zur Gesetzgebung berufen ist, eingeführt werden, was ohne Zweifel schon im Spätmittelalter, jedenfalls aber unter den deutschen Herrschern seit König Maximilian I. geschehen sei⁵⁹. Daher könne auch von einer Fortgeltung der frühmittelalterlichen Volksrechte nicht gesprochen werden, denn diese seien nichts anderes als Rechtsgewohnheiten gewesen und hätten als solche einer fortdauernden Anwendung und Bestätigung bedurft⁶⁰. Damit ist auch dem wichtig-

⁵⁷ *Johann Schilter*, *Praxis iuris Romani in foro Germanico* (1675, benutzt: Frankfurt, Leipzig 1713) 250 (Exercitatio XII § 11); vgl. a. ebda., 5 sq. (Exerc. I § 12) u. 5 nota a (§ 11). – Ebenso *ders.*, *Institutiones iuris ex principiis iuris naturae, gentium et civilis, tum romani, tum germanici ad usum fori hodierni accomodatae* (Leipzig 1685) 17 (Lib. I Tit. II n. 17).

⁵⁸ *Anonymus* (*Caspar Heidelmann*), *Diatribae historico-iuridicae de receptione iuris Romani eiusdemque ac legum Germaniae veterum uti et Saxonici ac Svevici speculorum in foris usu auctoritateque praesenti Jo. Georgii de Kulpis ac eius quorundam sectatorum doctrinae opposita* (o.O. 1713).

⁵⁹ *Heidelmann*, (wie Anm. 58) 13 sqq. (Sect. I §§ 4 sqq.).

⁶⁰ *Heidelmann*, (wie Anm. 58) 37 (Sect. I § 13).

sten Argument von Kulpis, jedes Gesetz gelte, bis es durch ein gegenteiliges Gesetz oder eine abweichende Gewohnheit aufgehoben worden sei, die Spitze genommen. Denn jene spätantiken Rechtsaufzeichnungen haben durch mehrhundertjährigen, abweichenden Rechtsbrauch die „vis legum scriptarum“ verloren, werde in deutschen Gerichten doch nicht nach geschriebenem Recht, sondern nach Gewohnheit geurteilt⁶¹. Das römische Recht, als Ganzes rezipiert, habe daher die Vermutung seiner Geltung für sich, solange nicht gegenteilige Gesetze oder Gewohnheiten nachgewiesen werden⁶².

Die wenig originelle und weitgehend auch folgenlose Schrift wäre der Erwähnung nicht wert, wenn sie nicht belegen würde, daß nunmehr auch die Verfechter des römischen Rechts und Gegner der um sich greifenden, historisierenden Aufwertung des alten deutschen Rechts auf derselben Ebene argumentieren mußten, wie dessen Anhänger. Der Streit konnte nur noch darum gehen, wann und wie welches Recht in Kraft gesetzt oder derogiert worden ist. Kaum mehr denkbar erscheint die Berufung auf das ältere *ius commune* als fraglos, wie auch immer geltendes Reichsrecht. Ebenso fremdartig hätten die Zeitgenossen – vielleicht nicht für alle, aber doch sehr viele Rechtsfragen – die schlichte Berufung auf die Autorität von Juristenpersönlichkeiten des Mittelalters und der frühen Neuzeit empfunden. Offenbar niemals wurde ein Streit zwischen Vertretern der bis dahin herrschenden, autoritätengestützten Jurisprudenz des Humanismus und Vorkämpfern eines geschichtlich argumentierenden Rechtsdenkens ausgetragen. Die Zeiten hatten sich gewandelt. So, wie sich die Aristoteliker spätestens mit dem Tode Hermann Conrings 1681 von der Bühne der Wissenschaft verabschiedeten, um den Naturrechtlern Platz zu machen, so fand auch in der Mitte des 17. Jahrhunderts die letzte noch an der italienischen Jurisprudenz ausgebildete Juristengeneration keine Nachfolger mehr, als man begann, die Tiefen der Geschichte zu überblicken.

Einer der bedeutendsten Juristen jener Zeit freilich, Christian Thomasius, hat diesen Methodenwandel auch ausdrücklich zur Sprache gebracht. Sein Einstieg in die Debatte mit einer Dissertation, die ausdrücklich dem Stand der Kontroverse gewidmet ist, erscheint auf den ersten Blick pragmatisch⁶³. Ausgehend von der Tatsache, daß an den Universitäten nur römisches Recht gelehrt werde, obwohl dieses, wie alle ernst zu nehmenden Rechtslehrer wüßten, nur „in subsidium“ rezipiert worden sei⁶⁴, fragt Thomasius nach der faktischen Bedeutung des römischen Rechts in der forensischen Praxis. Die These lautet: Die Gesetze Kaiser Justinians würden in deutschen Gerichten nur in geringem Umfang angewandt⁶⁵. Die von Thomasius dafür gegebene Begründung stellt die bisherige Methode der Jurisprudenz prinzipiell in Frage. Man müsse zwischen dem Gelehrten, der rät

⁶¹ *Heidelmann*, (wie Anm. 58) 37 sqq. (Sect. I § 14).

⁶² *Heidelmann*, (wie Anm. 58) 42 sqq. (Sect. II §§ 1 sqq.); 48 sqq. (Sect. III §§ 1 sqq.).

⁶³ *Christian Thomasius*, *Dissertatio iuridicam inauguralem de ritu formando statu controversiae: An legum juris Justinianei sit frequens an exiguus usus practicus in foris Germaniae?* (Halle 1715).

⁶⁴ *Thomasius*, (wie Anm. 63) 1 sqq. (§ 1).

⁶⁵ *Thomasius*, (wie Anm. 63) 8 (§ 4).

und ermahnt, und dem Gesetzgeber, der „pro suo arbitrio“ entscheidet, was im Staat zu tun oder zu lassen ist, unterscheiden. Mit Gesetzgebung in diesem Sinne dürfe auch die Einzelfallentscheidung von Rechtsgelehrten nicht verwechselt werden. Denn diese, dem richterlichen Amte nahestehend, könne niemals andere Juristen binden, so daß es erlaubt ist, von Ulpian oder Papinian abzuweichen⁶⁶. Das Gesetz als „regula universalis“ wird scharf von der „applicatio legis generalis ad casum speciale“ unterschieden⁶⁷. Viele Grundsätze des justinianischen Rechts werden nicht deshalb befolgt, weil die römischen Gesetze das anordnen, sondern als Entlehnungen aus dem Naturrecht, als Gebote gesunder Vernunft, ist doch die Anwendung des römischen Rechts den Gerichten niemals befohlen worden⁶⁸.

Nachdem Thomasius auf diese Weise die Verbindlichkeit des römischen Rechts selbst verneint hat, wendet er sich gegen die in der täglichen Arbeit der Rechtsgelehrten viel wichtigeren juristischen Klassiker, deren Autorität aus zwingenden methodischen Gründen niemals hinreicht, ein Ergebnis zu rechtfertigen. Denn topische Argumente, die eine für einen ähnlichen Sachverhalt gefundene Norm auf einen anderen Sachverhalt anwenden, setzen damit auch Ähnliches und Unähnliches gleich, weil Ähnlichkeit immer auch Unähnlichkeit bedeutet. Daher können sich in demselben Fall die einen auf diese Normen und Autoritäten berufen, die anderen auf jene – mit widersprüchlichen Ergebnissen:

„Argumenta topica a simili non possunt allegari ut usus practicus juris Justiniani. Simile enim non est idem et omne simile est etiam dissimile. Et nihil est in toto terrarum orbe, quod non convenientiam aliquam habeat cum aliis omnibus rebus et negotiis nec ullum jus est in toto hoc terrarum orbe, quod non aliquam in quodam territorio comparationis convenientiam habeat cum moribus nostris. Propterea ... utraque pars pro se allegat talia, et tamen una saltem obtinet sententiam pro se, unum collegium juridicum allegat has leges et hos doctores, aliud in eadem causa, pro contraria sententia allegat alias. Si ergo hae allegationes facerent usum practicum, haberemus usum practicum contradictorium in eadem causa.“⁶⁹

Wohl selten wurde der Schlußstrich unter eines der eindrucksvollsten Kapitel europäischer Rechtsgeschichte so deutlich gezogen, wie hier. Thomasius argumentiert gegen die humanistische Jurisprudenz auf zwei Ebenen, einer historischen und einer methodischen. Unter der logischen Voraussetzung, daß juristische Doktrin, Einzelfallentscheidung und allgemeines Gesetz klar unterscheidbar sind, schrumpft die Geltungschance des römischen Rechts so weit, wie nicht seine Verbindlichkeit durch irgendeinen Rezeptionsvorgang, den man sich dann nur als einen Gesetzgebungsakt vorstellen kann, nachgewiesen ist⁷⁰. Eine Pflicht, der opinio communis doctorum zu folgen, läßt sich von diesem Ansatz her überhaupt nicht mehr begründen. Wenn schon die Jurisprudenz der Römer als bloße Doktrin normative Kraft nur durch einen Rezeptionsakt erlangen könnte, dann niemals die Literatur der mittelalterlichen Juristen, die ihrerseits jene Doktrin nur

⁶⁶ Thomasius, (wie Anm. 63) 8 (§ 4); 14 sq. (§ 9).

⁶⁷ Thomasius, (wie Anm. 63) 16 sq. (§ 10).

⁶⁸ Thomasius, (wie Anm. 63) 18 sq. (§ 12), 32 (§ 18).

⁶⁹ Thomasius, (wie Anm. 63) 36 sq. (§ 20).

⁷⁰ Thomasius, (wie Anm. 63) 31 sq. (§ 18).

kommentierten. Ihrer Autorität zu folgen, erweist sich auch aus methodischen Gründen als unvertretbar, weil topisches Argumentieren verschiedene Antworten zuläßt⁷¹.

Ein weiterer Aspekt, der um die Wende zum 18. Jahrhundert die weitere Herrschaft des römischen Rechts massiv und unwiderleglich zu beeinträchtigen schien, war die landesherrliche Gesetzgebungsgewalt. Viel zitiert wurde eine Dissertation aus der 1621 gegründeten Universität Rinteln, deren Landesherr ausdrücklich die Lehre des einheimischen Rechts eingeschärft hatte⁷². Thomasius war im übrigen bemüht, seine These von der begrenzten Berücksichtigung römischen Rechts in deutschen Gerichten durch eine Reihe von Dissertationen zu untermauern⁷³. Die weitere Diskussion, die sich noch einige Jahre hinzog⁷⁴, kann für unsere Fragestellung vernachlässigt werden.

IV. Das Problem der Rechtsgeltung am Vorabend der Aufklärung

Die skizzierte Diskussion spiegelt einen Methodenwandel wider, dessen Bedeutung sich nicht in dem Gewinn größerer Freiheit gegenüber dem römischen Recht erschöpft. Natürlich hat das Verhältnis von römischem und deutschem Recht nach der wissenschaftsgeschichtlichen Entwicklung des 19. Jahrhunderts mit dem Schulenstreit zwischen Romanisten und Germanisten die spätere Forschung besonders interessiert. Hinter der rasch zunehmenden Akzeptanz des einheimischen Rechts in der zeitgenössischen Jurisprudenz des späten 17. und des 18. Jahrhunderts verbirgt sich jedoch eine Veränderung des Rechtsdenkens, die sich besser beurteilen läßt, wenn wir den Blick auf einen repräsentativen Autor werfen, der von Conrings bahnbrechender Schrift noch nicht beeinflusst war.

⁷¹ Vgl. a. Willoweit, Rechtsgrundlagen (wie Anm. 31) 109 ff.

⁷² *Heinrich Ernst Kestner*, *Dissertatio academica de conjunctione juris Romani cum jure patrio* (Rinteln 1719).

⁷³ *Dissertatio inauguralis de usu juris paterni Romanorum secundum mores Germaniae et jus Borussicum revisum* (Halle 1694); *Dissertatio inauguralis juridica de usu exiguo s(enatus) c(onsul)ti Vellejani in foris Germaniae* (Halle 1724); *Dissertatio juridica de usu practico tituli institutionum de his, qui sui vel alieni juris sunt* (Halle 1712); *Larva legis aquiliae detracta actioni de damno dato, receptae in foris Germanorum* (Halle 1730); *Theses inaugurales de usu practico doctrinae difficillimae juris Romani de culparum praestatione in contractibus* (Halle 1731).

⁷⁴ *Caspar Heinrich Horn*, *De praerogativa morum Germaniae in concursu cum legibus receptis* (Wittenberg 1702); *Ernst Joachim Westphal*, *De juris Romani indole et obligandi diversa ratione ac dignitate in foris apud Romanos et Germanos exercitatio historica et juridica forensis* (Rostock, Leipzig 1726); *Johann Gottfried Schaumburg*, *De autoritate legum Germaniae antiquarum et in illa receptarum ex ratione legis et intentione legislatoris diiudicanda* (Wittenberg 1732); *Ernst Johann Friedrich Mantzel*, *Dissertatio inauguralis juridica: An et quatenus juri Rom. competat praerogativa prae veteri jure Germ. in decidendi controversiis judicialibus* (Rostock 1736); *Johann Ulrich Cramer*, *Programma de praesumptione pro jure Romano contra mores antiquos Germanorum* (Marburg 1737).

Viel zitiert wurde als Vertreter einer antiquierten Position ein britischer Autor Namens Arthur Duck, dessen Werk über die Anwendung und Autorität des römischen Rechts in den europäischen Staaten auch im Reich nachgedruckt und verbreitet worden war⁷⁵. Für diesen Autor besteht kein Zweifel daran, daß „communiter receptum est ab omnibus iurisconsultis Germanis, ius Romanum“, und zwar dergestalt, daß dem römischen Recht „vim legis in omnibus imperii territorii“ zukomme und es von allen Untertanen des Reiches zu befolgen sei⁷⁶.

Wie ein von Rechtsgelehrten rezipiertes Recht Gesetzeskraft erhalten soll, überlegt Duck nicht. Das römische Recht werde bei den Deutschen „integra et incorrecta“ bewahrt. Die Möglichkeit einer Derogation dieses Rechts durch Statutarrechte kennt zwar auch Duck. Aber diese spielen in Deutschland deshalb keine Rolle, weil sie, nachdem Kaiser Lothar das römische Recht „wieder“ in Kraft gesetzt habe, diesem angepaßt wurden⁷⁷. Wie sich die Rezeption durch die Jurisprudenz und der angebliche Gesetzgebungsakt Kaiser Lothars III. zueinander verhalten und wie man sich daneben die Gesetzgebung Karls d. Großen für die Sachsen und die Anpassung des Sachsenspiegels an das römische Recht – wovon auch die Rede ist – vorstellen soll, bleibt völlig unklar. Von den logischen Fragen, die seine Formulierungen aufwerfen, hat Duck allenfalls eine Vorahnung. Für ihn ist das bei den Deutschen fortlebende Reich ein Hort des römischen Rechts, dem sich alle anderen Rechtsaufzeichnungen untergeordnet haben. Das rechtslogische Problem der Geltung ist allenfalls ansatzweise bewußt geworden. Die Autorität von Kaiser und Reich überwölbt noch alle Fragen dieser Art. Franz Wieacker hat mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß die Überzeugung, Kaiser Lothar III. habe das römische Recht durch Gesetz eingeführt, erst spät, mit der bisher so genannten „praktischen Rezeption“ aufgekommen ist. Die Herausbildung oder Beachtung dieser Überlieferung sei erst möglich geworden, als es nach dem Absterben der hochmittelalterlichen Auffassung, das römische Recht sei ursprüngliche Rechtsordnung des Reiches, „einer neuen Legitimation des römischen Rechts bedurfte“⁷⁸. Es fragt sich in der Tat, ob die Zäsur zwischen dem älteren traditionellen Rechtsdenken und den Autoren des Usus modernus nicht schon viel früher in der Berufung auf den angeblichen Gesetzgebungsakt Kaiser Lothars III. aufzusuchen ist. Denn seitdem man diese Begründung für die Rezeption des römischen Rechts für notwendig hielt, muß das mit dem Recht verbundene Geltungsproblem im Prinzip erkannt worden sein. Wahrscheinlich ist es aber weniger das Verblassen

⁷⁵ Arthur Duck, *De usu et autoritate juris civilis Romanorum in dominiis principum Christianorum* (1653, benutzt: Leipzig 1668). Zum Autor: *Dictionary of National Biography* 16 (London 1888) 87 ff.

⁷⁶ Duck, (wie Anm. 75) 167 (Lib. II Cap. II Nr. 10).

⁷⁷ Duck, (wie Anm. 75) 168 (Lib. II Cap. II Nr. 11) u. 168 sqq. (Nr. 12).

⁷⁸ Wieacker, (wie Anm. 1) 145. Zum Stand der modernen Rezeptionsforschung vgl. Wolfgang Sellert, *Zur Rezeption des römischen und kanonischen Rechts in Deutschland von den Anfängen bis zum Beginn der frühen Neuzeit: Überblick, Diskussionsstand und Ergebnisse*, in: Hartmut Boockmann, Ludger Grenzmann, Bernd Moeller, Martin Staehelin (Hrsg.), *Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit, I. Teil* (Abh. d. Ak. d. Wiss. in Göttingen, Philol.-hist. Kl., Dritte Folge Nr. 228) (Göttingen 1998) 115 ff.

der mittelalterlichen Reichsidee gewesen, die das neue Legitimationsbedürfnis entstehen ließ, als das Vordringen des Gesetzesrechts seit der Mitte des 15. Jahrhunderts, das wiederum ursächlich zusammenhängt mit der Verbreitung der Juristen und der Verbürgerlichung der Jurisprudenz⁷⁹. Da zunehmend Recht in Gesetzen formuliert und durch sie förmlich in Kraft gesetzt wurde, hätte das römische Recht ohne einen solchen Gesetzgebungsakt an einem Legitimationsdefizit gelitten. Eindringlich spricht für diesen Kausalzusammenhang die Entstehungszeit der Lotharischen Legende im frühen 16. Jahrhundert, als sich der Gesetzgebungsstaat voll zu entfalten beginnt⁸⁰. Der Reichsgedanke dagegen beeinflusst offenkundig noch einen Autor wie Duck.

Was schon Arbeiten wie die früher erwähnten von Lindenbrog und Lehmann⁸¹ auszeichnete und sich in Conrings Untersuchung „De origine iuris Germanici“ breit entfalten konnte, war ein rationales Geschichtsdenken, das – für die Vergangenheit!⁸² – Sein und Sollen, historische Ursachen und politische Ansprüche, die sich aus der Reichsidee herleiteten, zu unterscheiden verstand. Diese Fähigkeit zu einem kausalen Geschichtsdenken dürfte es gewesen sein, die auch ein neues, geschärftes Verständnis der mit dem Recht verbundenen Geltungsproblematik ermöglicht hatte. Nunmehr waren in der Vergangenheit Ereignisse aufzusuchen, mit denen dieses oder jenes Recht seinen Anfang genommen hatte. Ein breites Spektrum denkbarer Varianten bot sich an und wurde von den Autoren in jeweils verschiedener Weise durchgespielt: die Gesetzgebung Kaiser Justinians für das Reich, die Gesetze der germanischen Könige und besonders Karls d. Großen, der Erlaß deutscher Statuten seit dem 13. Jahrhundert, die Rezeption des römischen Rechts durch Gewohnheit der Rechtsgelehrten oder auch der Gerichte mit Billigung der Obrigkeiten, die gewohnheitsmäßige Außerkraftsetzung einheimischen Rechts, die gesetzliche Einführung des römischen Rechts, wenn schon nicht durch Kaiser Lothar III., dann doch durch die Reichskammergerichtsordnung von 1495, der ausdrückliche Befehl dieses Gesetzes, einheimische Statuten zu beachten, die ausdrücklichen Hinweise auf das gemeine Recht in den Reichsgesetzen des 16. Jahrhunderts, die tatsächliche Anwendung deutschen Rechts in den Gerichten, die vom römischen Recht abweichende deutsche Gesetzgebung, schließlich das Verständnis des Rezeptionsprozesses als eines auf die Gelehrtenkultur be-

⁷⁹ Dietmar Willoweit, Juristen im mittelalterlichen Franken, in: Rainer Christoph Schwinges (Hrsg.), Gelehrte im Reich. Zur Sozial- und Wirkungsgeschichte akademischer Eliten des 14. bis 16. Jahrhunderts (ZHF, Beih. 18) (Berlin 1996) 225 ff., 258 ff., 262; ders., Die Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen. Rationales und traditionales Rechtsdenken im ausgehenden Mittelalter, in: Boockmann u. a., (wie Anm. 78) II. Teil (Abh. d. Ak. d. Wiss. in Göttingen, Philol.-hist. Kl., Dritte Folge, Göttingen ca. 1999).

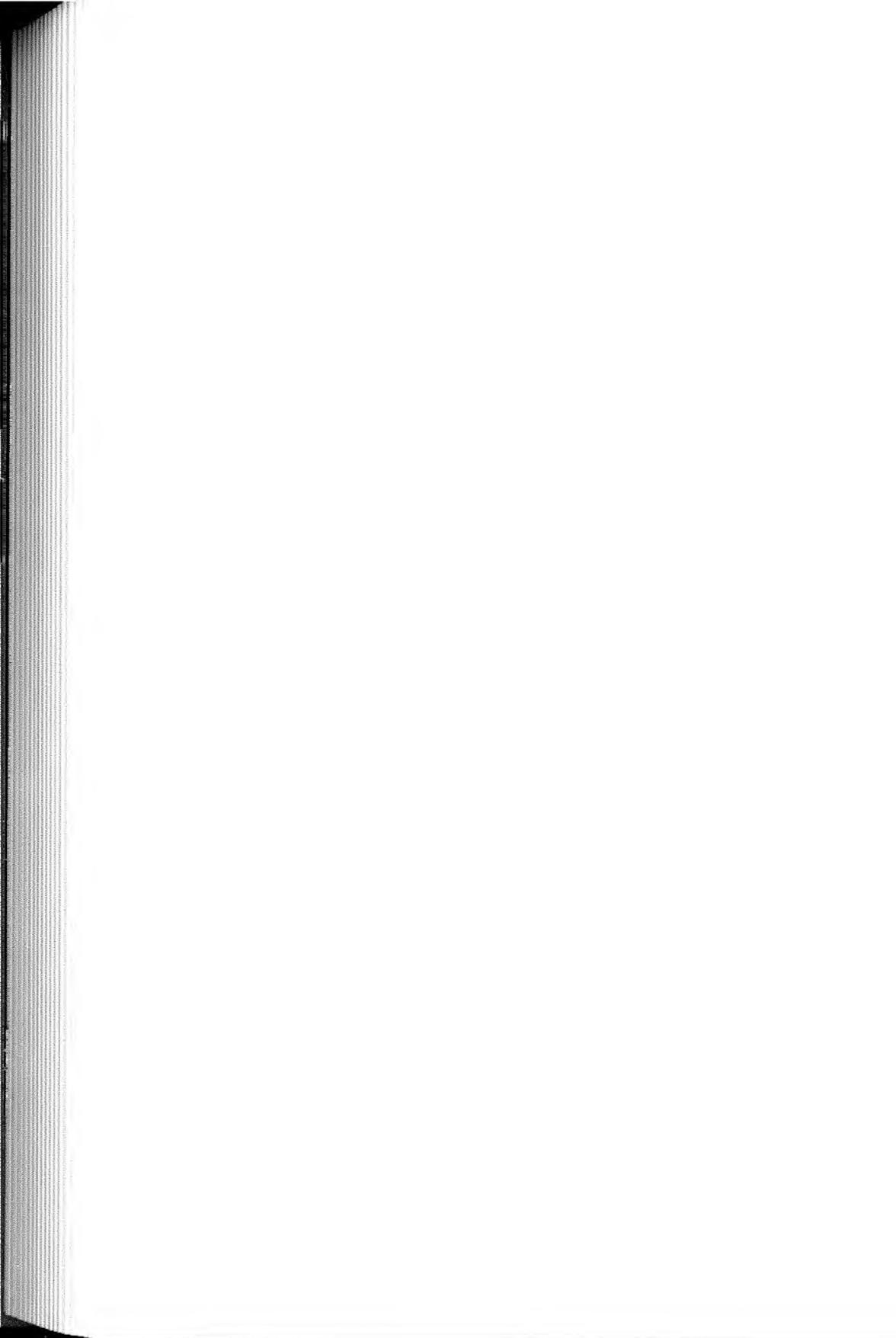
⁸⁰ Wieacker, (wie Anm. 1) 145 m. w. Nachw.; Luig, (wie Anm. 14) 372; Inge Mager, Hermann Conring als theologischer Schriftsteller – insbesondere in seinem Verhältnis zu Georg Calixt, in: Stolleis, (wie Anm. 14) 55 ff., 59 ff.

⁸¹ Vgl. o. Anm. 44 und 45.

⁸² Zur durchaus noch anders, aristotelisch geprägten „Politik“ Conrings vgl. Willoweit, (wie Anm. 33) 132 ff.; Horst Dreitzel, Hermann Conring und die politische Wissenschaft seiner Zeit, in: Stolleis, (wie Anm. 14) 135 ff.

schränkten Vorganges, der die forensische Praxis gar nicht berührt habe. Alle diese Aspekte konnten in verschiedener Weise bewertet und kombiniert werden. Ihnen ist gemeinsam, daß sie die Frage der Rechtsgeltung an historische Akte oder Prozesse knüpfen, oder umgekehrt, daß historische Vorgänge als Geltungsgrund des Rechts begriffen werden. Zugleich wurde damit die Rechtsordnung als eine sich verändernde und veränderbare reflektiert. Das Problem der Rechtsgeltung drängt sich damit so unumgebar auf, daß man ihm durch die Berufung auf die Autorität des römischen Rechts oder seine Rezeption schlechthin nicht mehr ausweichen kann.

Unter diesen Umständen mußte das römische Recht unter Rechtfertigungsdruck geraten. Die bekanntgewordenen und jetzt in Drucken vorliegenden frühmittelalterlichen und deutschen Rechtsquellen des Hochmittelalters forderten als historische Zeugnisse von nicht zu bezweifelnder Faktizität gleichsam Geltung ein, d. h. man konnte die Frage gar nicht mehr umgehen, wie der Geltungsanspruch dieser einst offenbar in Kraft gesetzten oder für geltendes Recht erachteten Rechtstexte in der eigenen Gegenwart zu beurteilen war. Dabei hatte man nicht nur den Satz „*lex posterior derogat leges priores*“ zu beachten, sondern auch mit geltungsbegründenden oder geltungsbegrenzenden Gewohnheiten zu rechnen. Die immer wiederkehrende Berufung auf gewohnheitsrechtliche Entwicklungen dieser oder jener Art bezeugt die Praxisnähe der an diesem Diskurs beteiligten Autoren, und ferner, daß ein blanker Gesetzespositivismus den Juristen jener Zeit noch fernliegt. Doch, ob Gesetz oder Gewohnheit – einen geltungsbegründenden oder geltungsaufhebenden Akt oder Vorgang mußte nachweisen, wer sich auf die Verbindlichkeit von Recht der einen oder anderen Art berufen wollte. Aus den Autoritäten der juristischen Literatur konnten Normen jetzt nicht mehr hergeleitet werden. Insofern muß man von einer umfassenden Delegitimierung der juristischen Doktrin sprechen, die für alle Beteiligten an der Diskussion über das römische und deutsche Recht galt. Die jetzt allein mögliche Rechtsbegründung war eine solche geschichtlicher Art. Sie läßt sich – erstmals in der alteuropäischen Geschichte als „positivistisch“ bezeichnen. Den Übergang zum Gesetzespositivismus durch Ausdehnung des gesetzlich geregelten Rechtsraumes hat dann seit der Aufklärung der Staat besorgt.



Hasso Hofmann

Das Recht des Rechts und das Recht der Herrschaft

I. Die absolutistische Opposition

Kern der frühneuzeitlichen Theorie der souveränen Landesherrschaft ist die These, daß der Wille des Herrschers Gesetz und das Gesetz nichts anderes als der Wille des Königs sei. Bodin wie Hobbes definieren das Gesetz als „Befehl“ oder „Willen“ des Souveräns¹, der sich gerade durch die Gesetzgebung als solcher erweist: *Condere legem, est signum supremæ potestatis*². Damit erklärt die Souveränitätsdoktrin den Willen des Monarchen zur höchsten irdischen Rechtsquelle und schneidet ihm gegenüber jede Berufung auf andere herkömmliche Rechtsquellen ab: Irdisch-positive Rechte gehen dem Wort des Königs demgemäß im Range nach, und die Gebote und Verbote des natürlichen oder göttlichen Rechts werden solcherart in das *forum internum* des Fürsten verwiesen, d. h. als bloß moralische und damit von keinem Untertanen reklamierbare Gewissensbindungen des Monarchen politisch neutralisiert³. Der Gesetzesbegriff dieser souveränen Landesherrschaft ist also von Haus aus ein voluntativer und politischer. Macht nun auch die Souveränitätsbehauptung alle Rechtsverhältnisse jenseits gewisser *leges fundamentales*⁴ theoretisch-prinzipiell zu einem möglichen Gegenstand einseitiger herrscherlicher Rechtsetzung, so impliziert dieser Gesetzesbegriff gleichwohl

¹ Siehe Jean Bodin, Sechs Bücher über den Staat, 2 Bde., übers. v. Bernd Wimmer, hrsg. v. Peter Cornelius Mayer-Tasch (München 1981/86) Buch I Kap. 8 (Bd. 1 S. 234): „... das Gesetz ... ist nichts anderes ... als der Befehl des Souveräns“; vgl. ebd. S. 222 u. Kap. 10 (Bd. 1 S. 293 f.); Thomas Hobbes, Leviathan, übers. v. Walter Euchner, hrsg. v. Iring Fetscher (Neuwied, Berlin 1966) Kap. 26 (S. 208): „... Gesetz, das heißt, ... der Wille des Souveräns“; u.ö. Im einzelnen dazu mit vielen weiteren Nachweisen Heinz Mohnhaupt, Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime, in: Ius Commune IV (1972) 188–239 (199–208).

² Sebastian Medicis, De legibus, statutis et consuetudine (Coloniae 1574) P. I qu. 8 (S. 34).

³ Dazu mit weiteren Nachweisen Hasso Hofmann, Legitimität und Rechtsgeltung – Verfassungstheoretische Bemerkungen zu einem Problem der Staatslehre und der Rechtsphilosophie (Berlin 1977) 25 f.

⁴ Dazu Heinz Mohnhaupt, Die Lehre von der „Lex Fundamentalis“ und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien, in: Der dynastische Fürstenstaat, hrsg. v. Johannes Kunisch (Berlin 1982) 3–33; ders., in: Heinz Mohnhaupt, Dieter Grimm, Verfassung – Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart (Berlin 1995) 36 ff., 62 ff.; Hasso Hofmann, Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, in: ders., Recht – Politik – Verfassung (Frankfurt a.M. 1986) 261–295 (275–277).

nicht von Anfang an den Anspruch, all' die unzähligen Rechte und Privilegien, Gerechtsame, Gesetze, Statuten und Gewohnheiten des Landes durch fürstliche Normen zu verdrängen und zu ersetzen. Die spezifisch etatistische Technik der Positivierung des Rechts von einem „einheitlichen Ausstrahlungspunkt“ her⁵, bricht sich erst allmählich Bahn. Dazu mußte sich die Vorstellung einer allgemeinen, d. h. generellen und abstrakten, flächendeckenden Gesetzgebung ausbilden. Aber selbst dort, wo dieser nicht zuletzt dank Montesquieu populär gewordene Vernunftbegriff des Gesetzes in und mit dem Kodifikationsgedanken triumphiert, folgt daraus nicht umgekehrt, daß der Souverän sich mit der Promulgation eines umfassenden Gesetzbuches des Rechts begeben hätte, seinen Willen künftig mit Gesetzeskraft durchzusetzen.

Zum einen behielten sich die Souveräne die Interpretation ihrer Gesetzeswerke vor und verboten sie ihren Richtern⁶. Die mußten im Zweifel bei Hofe nachfragen (*référé législatif*)⁷. Ein zweiter Vorbehalt ergab sich aus dem anderen zentralen Majestätsrecht: der vom alten Richterkönigtum ererbten höchsten Gerichtsbarkeit des Souveräns⁸. Sie äußere sich nämlich auch, schrieb der bayerische Kanzler Kreittmayr in seinem „Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes“ von 1769, „in den Machtsprüchen, welche er *ex plenitudine potestatis* so weit ergehen lassen kann, als es *utilitas vel necessitas publica* erfordert“⁹.

⁵ *Giorgio del Vecchio*, Über die Staatlichkeit des Rechts (1929), in: *ders.*, Grundlagen und Grundfragen des Rechts (Göttingen 1963) 217–236 (222 ff.).

⁶ Zu nennen sind: Ordonnance civile touchant la réformation de la justice Ludwigs XIV. von 1667, tit. I art. 7: *Recueil général des anciennes lois Françaises*, par *Isambert, Decrusy, Tailandier*, tome XVIII (Paris 1829) 103–180 (106); *Codex Theresianus* [1766], Erster Teil, Cap. I § V no. 81 ff.; *Philipp Harras Ritter von Harrasowsky* (Hrsg.), *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen*, Bd. 1 (Wien 1883/86) 49 ff.; *Allgemeine Gerichtsordnung v. 1. Mai 1781 Josephs II.: Gesetze und Verordnungen im Justizfache für Böhmen usw.*, no. 13, § 437; *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Josephs II. von 1786: ebd. Jg. 1785 bis 1786*, no. 591, I §§ 24, 26; *PrALR von 1794*, Einl. §§ 47, 48. – Im einzelnen dazu *Hermann Conrad*, *Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat* (Graz 1971) 12 f., 16 f., 20 f.

⁷ Dazu *Ludwig Spiegel*, *Der référé législatif oder die Anfrage bei Hof*, in: *ders.*, *Gesetz und Recht* (München, Leipzig 1913) 100–117; *Thilo Vogel*, *Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltenteilenden Staat* (Berlin 1969) 20 ff.; *Mohnhaupt*, *Potestas legislativa* (wie Anm. 1) 223 ff.

⁸ Siehe etwa *PrALR II 13 § 6* „Das Recht, Gesetze und allgemeine Polizeiverordnungen zu geben, dieselben wieder aufzuheben und Erklärungen darüber mit gesetzlicher Kraft zu erteilen, ist ein Majestätsrecht“; *II 17 § 18* „Die allgemeine und höchste Gerichtsbarkeit im Staate gebührt dem Oberhaupte desselben und ist als ein Hoheitsrecht unveräußerlich“. Dazu *Hermann Conrad*, *Staatsgedanke und Staatspraxis des aufgeklärten Absolutismus* (Opladen 1971) 38–59. Zur Zentralisierung der Rechtsprechung *Gerd Roellecke*, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung*, in: *VVDStRL 34* (1976) 7–42 (25 f.).

⁹ *Wiguläus Xaverius Aloysius Frhr. von Kreittmayr*, *Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes* (München, Leipzig 1769) 21 (§ 9). Unveränderte Wiederholung in der 2. Aufl. München 1789. Hierzu u. zum Folg. *Conrad*, *Richter und Gesetz* (wie Anm. 6) 23 ff.; speziell zur Einbettung der richterlichen Tätigkeit in die friderizianische Staatspraxis und dem darin angelegten Dualismus von Fürstendienst und Dienst an der Gerechtigkeit *Kai-Olaf Maiwald*, *Die Herstellung von Recht – Eine exemplarische Unter-*

Richter und Reformen, die gegen solche Eingriffe kämpften, bis sie im 19. Jahrhundert die Anerkennung der Unabhängigkeit der Rechtspflege erreichten¹⁰, begründeten die Unzulässigkeit jener Machtsprüche auf zweierlei Weise. Eher defensiv wird Montesquieus Gewaltenteilungslehre zitiert und die Gefahr von Willkür, Machtmißbrauch, Günstlingswirtschaft und Unberechenbarkeit beschworen. Stärkeres Gewicht kommt indes den positiven Behauptungen zugunsten der richterlichen Selbständigkeit zu. So weist Svarez den preußischen Kronprinzen in seinen Vorträgen nicht nur auf jene naheliegenden Gefahren der monarchischen Machtsprüche hin¹¹, sondern auch darauf, was der richterliche Rechtsanspruch den Entscheidungen des Souveräns unerreichbar voraus hat: die besonderen Kenntnisse des Richters, das nur durch Übung zu erlangende ‚Judiz‘ und den Zeitaufwand eines spezifisch gerichtlichen Verfahrens¹². „Gerechtigkeit“ war das Schlüsselwort, mit dem der berühmte Feuerbach bei seiner Einführung als erster Präsident des Appellationsgerichts in Ansbach 1817 die „hohe Würde des Richteramts“ gegen jede Art von Kabinettsjustiz und Machtspruch „als fluchwürdige Entweihung eines Heiligtums“ recht offensiv verteidigte¹³. Wiewohl der Richter sein Amt vom König empfangt, stehe er ausschließlich im Dienste der Gerechtigkeit und dürfe keinem anderen Willen gehorchen als dem des Gesetzes. Die Reklamation der Gerechtigkeit steht symbolisch für das richterliche Selbstverständnis und dessen Anspruch, daß das Recht des Richters letztlich nicht aus der Macht des Herrschers kommt, sondern aus dem Recht, das ja schließlich älter ist als der Staat. Auch das Gesetz, dem Feuerbach Gehorsam verspricht, wird hier nicht mehr als Wille des Souveräns begriffen, sondern als ein entpersönlichter, objektiver Bestimmungsgrund des Rechts. Hieß es früher: *suprema lex regis voluntas*, so gilt jetzt: *supremus rex legis voluntas*¹⁴. Die Gesetzgebung wird entpersonalisiert

suchung zur Professionalisierungsgeschichte der Rechtsprechung am Beispiel Preußens im Ausgang des 18. Jahrhunderts (Berlin 1997) 139–202 (bes. 192–195). Zum Machtspruch Friedrichs des Großen im Falle des Müllers Arnold *Malte Dießelhorst*, Die Prozesse des Müllers Arnold und das Eingreifen Friedrichs des Großen (Göttingen 1984) 52 ff., 62 ff.

¹⁰ Dazu *Dieter Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters (Darmstadt 1975) 1–7, 12–14.

¹¹ Vorträge über Recht und Staat von Carl Gottlieb Svarez, hrsg. v. *Hermann Conrad, Gerd Kleinbeyer* (Köln, Opladen 1960) 236–238. Dazu *Conrad*, Richter und Gesetz (wie Anm. 6) 13 f.

¹² Ebd. 484 heißt es: „Er (sc. der Landesherr) muß nicht selbst Richter sein wollen. Es fehlt ihm dazu die nötige Kenntnis, die erforderliche Zeit, die nur durch Übung zu erlangende Fertigkeit. Alle die Ursachen, welche die Regenten genötigt haben, das Richteramt ändern zu übertragen, verpflichten sie auch, sich der eigenen Entscheidungen in einzelnen Fällen zu enthalten.“

¹³ *Paul Johann Anselm Feuerbach*, Die hohe Würde des Richteramts, in: Anselms von Feuerbach kleine Schriften vermischten Inhalts (Nürnberg 1833) 123–132 (127 f.). Für den Fall einer Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit behauptet F. ebd. nicht nur ein Widerstandsrecht, sondern eine Widerstandspflicht. – Die schon 1817 publizierte Rede ist öfter nachgedruckt worden; siehe etwa Quellenbuch zur deutschen Rechtswissenschaft, hrsg. v. *Erik Wolf* (Frankfurt a. M. 1949) 277–285. – Zum Text *Gustav Radbruch*, Paul Johann Anselm Feuerbach (Göttingen 1969) 135: „Nie ist Geist und Unabhängigkeit der Rechtspflege im Geiste einer liberalen Staatsauffassung mit ergreifenderen Worten gefeiert worden.“

¹⁴ *Ludwig Spiegel*, Das Erbe des absolutistischen Staates, in: *ders.*, Gesetz und Recht (wie

siert, und das Gesetz selbst zur interpretationsleitenden Autorität erklärt¹⁵. Was allerdings im Einzelfall der Wille des Gesetzes ist, das verbindlich zu ermitteln, kommt danach allein dem Richter zu.

Folglich steht die Garantie der Unabhängigkeit der Richter von Kabinettsjustiz und Machtsprüchen im engsten Zusammenhang mit der Abschaffung des gewissermaßen komplementären *référé législatif*. Er wurde bei Einführung des Code civil 1804 beseitigt¹⁶. Preußen war hierin 1798 vorangegangen¹⁷. Mit der Durchsetzung dieses sog. Rechtsverweigerungsverbots¹⁸ wird der direkte Draht, den der Absolutismus durch den voluntativen Gesetzesbegriff samt Interpretations- und Machtspruchsvorbehalt zwischen dem Zentrum der politischen Willensbildung und der Justiz gespannt hatte, wieder gekappt. Zugleich verändern sich zwangsläufig Beschaffenheit und Struktur des von den Gerichten zu verwaltenden Rechtsstoffs. Indem das Rechtsverweigerungsverbot die Verschiebung der Einzelfallentscheidung über Recht und Unrecht auf die politische Ebene ausschließt, werden die Gerichte zu produktiver Arbeit am gegebenen Rechtsmaterial sowohl befreit wie genötigt. In Sonderheit demonstriert Zeillers österreichisches AGBGB von 1811 diese systembildende Kraft des Rechtsverweigerungsverbots, indem das Gesetz in § 7 den Richter für den Fall des Schweigens des Gesetzgebers auf den natürlichen Sinn des Gesetzes, dann die Analogie und schließlich auf die natürlichen Rechtsgrundsätze verwies¹⁹. Im Gegensatz zu anderen großen Gesetzgebern hatte Franz von Zeiller nie den goldenen Traum des Ein-für-Allemaal geträumt, sondern war in seinen Grundsätzen der Gesetzgebung davon ausgegangen, „daß durch einen zufälligen Zusammenfluß der Umstände ... unvorhergesehene, seltenere Streitfälle her-

Ann. 7) 3–22 (17f.). Einen etwas anderen Akzent bekommt die Sentenz, wenn der Öffentlichrechtler sie bemüht: *Gerhard Anschütz*, Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen, in: *Verwaltungsarchiv* 14 (1906) 315–340 (330). Hier unterstreicht sie gegen gewisse Lehren der Zivilisten die strenge Gesetzesbindung der „Verwaltungsrechtspflege“ wie der Strafjustiz und kann das auch „gefahrlos“ tun; denn Lücken im Gesetz verursachen dort keine richterliche Entscheidungsnot: Trägt das löcherige Gesetz den Verwaltungsakt nicht, wird er kassiert, rechtfertigt es die Bestrafung nicht, ist freizusprechen.

¹⁵ Dazu *Regina Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? – Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert (Frankfurt a. M. 1986) 144–169.

¹⁶ Code civil titre préliminaire art. 4: Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

¹⁷ Cabinettsordre v. 8. 3. 1798 u. Rescript v. 21. 3. 1798: *Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium*, Bd. X (Berlin 1801) Sp. 1609–12.

¹⁸ Hierzu vorzüglich *Ekkehard Schumann*, Das Rechtsverweigerungsverbot – Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden, in: *ZZP* 81 (1968) 79–102.

¹⁹ Dazu *Stanislaus Dniestranski*, Die natürlichen Rechtsgrundsätze (§ 7 AGBGB), in: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches – 1. Juni 1911*, 2. Teil (Wien 1911) 1–35 (33): „(Der Richter) kann auch solches Recht ‚finden‘, das noch nicht Gesetz ist, er kann neues Recht, neue Rechtsverhältnisse, neue Rechtsinstitute aus den natürlichen Rechtsgrundsätzen schöpfen und er ist dazu verpflichtet, wenn die Bedürfnisse des Verkehrslebens es gebieterisch fordern und die Gesetzgebung nicht im stande war, ihnen nachzukommen.“

beigeführt werden, die sich aus dem positiven Recht nicht entscheiden lassen“. Da aber nun jeder Rechtsstreit durch Urteil beendet werden müsse, gebe es keinen anderen Ausweg als den, „die Entscheidung aus den allgemeinen Rechtsprinzipien, aus dem Natur- oder Vernunftrecht herzuholen, welches keine im Sehkreis der praktischen Vernunft liegende Frage unbeantwortet läßt“²⁰.

Damit schließt sich ein exklusiver Kommunikationskreis der vor allem das Zivilrecht anwendenden und diese Anwendung lehrenden Juristen – einschließlich derjenigen, die vermöge derselben Schulung solche Gesetze vorbereiten. Durch die Historische Rechtsschule und den aus ihr erwachsenen „Begriffsrealismus“ ist diese Tendenz verstärkt und gefestigt worden. Vor diesem Hintergrund ordnet Art. 1 des schweizerischen ZGB von 1907 an, daß der Richter bei Schweigen des Gesetzes und Fehlen einschlägigen Gewohnheitsrechts gemäß derjenigen Regel zu entscheiden hat, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, und zwar notabene in der Nachfolge „bewährter Lehre und Überlieferung“ und d. h.: im Gedankenkreis jenes geschlossenen juristischen Kommunikationszusammenhangs. Richterrecht tritt offiziell neben das Gesetzesrecht, wie das vordem in Deutschland und Frankreich wissenschaftlich bereits postuliert worden war. Liegt die Bedeutung der epochemachenden Rede Oskar Bülow's über „Gesetz und Richteramt“ aus dem Jahre 1885 doch weniger in der überfälligen Kritik des „Justizsyllogismus“, d. h. der angeblich bloß logisch-rechenhaften (und deswegen vermeintlich völlig unpolitischen, weil wertungsfreien) Subsumtionstätigkeit der Richter, als in der gegen den Gesetzgeber gerichteten Betonung der Eigenständigkeit des Richteramtes und d. h.: in der Präsentation des Richterrechts als staatlicher Rechtsproduktion²¹. Nun macht die Pluralität von Rechtsquellen als solche noch kein Problem und hat nichts Beunruhigendes – solange der Glaube an deren durchgängig hierarchische Ordnung unerschüttert ist. Aber genau das ist hier der kritische Punkt.

II. Aufhebung der Opposition in der verfassungsrechtlichen Einheit von politisch-legislativer und justizieller Rechtsbegründung?

Art. 20 Abs. 3 GG bindet die Rechtsprechung an Gesetz und Recht. Scheinbar enger und schärfer unterwirft Art. 97 Abs. 1 GG die Richter gar „nur dem Gesetze“. Doch will diese Vorschrift bloß die Weisungsunabhängigkeit der Justiz sicherstellen, sagt mithin nichts über die inhaltlichen Bindungen der Rechtsprechung²². So bleibt es beim sog. „Vorrang des Gesetzes“ und des „Rechts“, d. h.

²⁰ Franz von Zeiller, Eigenschaften eines Bürgerlichen Gesetzbuches, zit. nach Quellenbuch (wie Anm. 17) 242–272 (247f.). Gleichzeitig wies Z. S. 248 allerdings auf die Gefahren der Verweisung auf die „Rechtsphilosophie“ für die Rechtssicherheit hin.

²¹ Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt (Leipzig 1885, Neudr. Aalen 1969); auch in: Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, hrsg. v. Werner Krawietz (Darmstadt 1976) 107–135. Dazu Simon, Unabhängigkeit des Richters (wie Anm. 10) 68–103 bzw. 104–145, und im besonderen Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? (wie Anm. 15) 257–264.

²² Dazu Jörg Neuner, Die Rechtsfindung contra legem (München 1992) 8–10.

aller rechtsstaatlichen Rechtsgrundsätze, namentlich der Menschenrechte²³. Wie eng man jedoch die Gesetzesbindung der Richter auch immer nehmen mag: Im konkreten Fall kommt ihnen bei der Entscheidung über Recht und Unrecht von der Sache her unvermeidlich eine relativ große Selbständigkeit zu, weil es in der Jurisprudenz keinen logischen Weg vom Allgemeinen zum Besonderen, vom Normtext zum Urteil gibt, insofern die konkrete Sachverhaltsfeststellung ein empirisches Problem und deren Subsumtionsfähigkeit eine Wertungsfrage ist. Auslegung und Fortbildung des Rechts sind im übrigen keine verschiedenartigen geistigen Operationen²⁴. Sogar das prinzipiell selbstverständlich verbotene *contra legem*-Judizieren läßt sich als solches überhaupt nur identifizieren, wenn man anstelle eines objektiv-gegenwartsbezogenen Gesetzesverständnisses im Sinngehalt der Rechtsordnung gemäß einer „subjektiven“ Interpretationslehre von der Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers ausgeht²⁵ – was im Hinblick auf die parlamentarische Gesetzgebungspraxis auch wieder nur ein theoretisches Konstrukt ist. Und selbst diese Theorie muß dann – wie eng und unter wievielen Kautelen auch immer – die Möglichkeit richterlicher „Normkorrekturen“ zugehen²⁶.

Umgekehrt ist ja auch die Gesetzgebung mehr und etwas anderes als bloß eine Art von *iusdictio*, wie Bartolus – *facere statuta est iusdictio in genere sumpta* – im Hinblick auf die Statutargesetzgebung der italienischen Kommunen gemeint hatte²⁷. Gewiß sind Gesetze jedenfalls auch bestimmt und geeignet, nach dem Wenn-dann-Schema in künftigen Fällen als Richtschnur der Entscheidung zwischen Recht und Unrecht zu dienen. Dennoch: Die Aufgabe genereller Normierungen erschöpft sich darin nicht. Mag die Rechtsregel auch Lernprodukt aus einem sozialen Konflikt sein: Sie modelliert ihn nicht einfach nach²⁸. Vielmehr konstituieren die Gesetze den Normalfall, geben in diesem Sinne – zumindest implizit – Handlungsanweisungen und suchen diese durch Sanktionen zu stabilisieren, bevor die sozusagen pathologischen Konfliktfälle auftreten. Sie sind m.a.W. nicht nur Rezepturen für den richterlichen Arzt der kranken Fälle, sondern zuvörderst politisch gedachte und gewollte, präventive Ordnungs- und Gestaltungsentwürfe für das gesellschaftliche Leben wie in wachsendem Maße für die administrative Staatstätigkeit. Rechtstheoretische Analysen, Qualifikationen

²³ Siehe dazu BVerfGE 34, 269 (287, 292); Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Handbuch des Staatsrechts, hrsg. v. Josef Isensee, Paul Kirchhof, Bd. I (Heidelberg 21995) 987–1043 (1007–1009).

²⁴ Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Berlin 31995) 107 ff.

²⁵ Dazu ebd. 250–252.

²⁶ Siehe die sehr gewissenhafte und genaue Arbeit Neuners über Rechtsfindung *contra legem* (wie Anm. 22) 132 ff., 160, 184 ff.

²⁷ Bartolus, Commentaria in primam Digesti veteris partem, Vol. I (Lugduni 1547) ad Dig. 1,1,9 (lex „Omnes populi“), nr. 3. Dazu näher Mohnhaupt, Potestas legislativa (wie Anm. 1) 189 f.

²⁸ Dazu Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (Frankfurt a.M. 1993) 567 f., in biologistisch-plastischer Wendung: Gesetze seien „Antikörper“ des Rechtssystems.

und Klassifikationen staatlicher Normierungen setzten denn auch hier und nicht bei der Programmierung der Justiz an. Dementsprechend begreifen soziologische Analysen das positive Recht vornehmlich als eine Technik zweckgerichteter Verhaltenssteuerung²⁹. Und die Analyse der Normstrukturen nach Maßgabe der deontischen Logik denkt mit Geboten, Verboten, Erlaubnissen und Freistellungen selbstverständlich nicht Handlungsanweisungen für Organe der Rechtsanwendung³⁰.

Nach alledem sind Zweifel angebracht, ob die Frage nach der „Begründung des Rechts“ rechtshistorisch wie rechtstheoretisch überhaupt einheitlich beantwortet werden kann. Sind es wirklich dieselben Gründe, die die Normativität des Rechts im Sinne der vom Willen der Beteiligten oder Betroffenen unabhängigen Maßgeblichkeit des Rechts sowohl bei der Gesetzgebung wie in der Rechtsprechung tragen? Oder müssen wir nicht eine Bipolarität unseres Rechtssystems in Rechnung stellen und sozusagen zweigleisig nach justiziellen und politisch-legislativen Rechtfertigungen von Recht fragen?

Diese Fragen provozieren sogleich einige Gegenfragen: Sind jene beiden Bereiche nicht längst konstitutionell miteinander verklammert? Hat folglich die Lehre von der (Staats-)Verfassung die Begründungsfrage nicht einheitlich gelöst? Ist es nicht möglich, ja notwendig, die Verfassung im Sinne der Systemtheorie Luhmanns als strukturelle Koppelung des justiziellen Rechtssystems und des gesetzgeberisch agierenden politischen Systems zu begreifen³¹? Tatsächlich sehen Verfassungslehre und Staatsrecht im Verfassungsgesetz außer der Festlegung von Staatsstruktur und Staatsorganisation, neben Machtbeschränkung, Freiheitsgarantie und der Regulierung politischer Willensbildung, d. h. dem Austragungsmodus politischer Konflikte, vornehmlich die Stiftung einer staatlich-politischen wie einer rechtlichen Einheit und deren Legitimation³². Indes scheint diese Einheit zumeist hierarchisch und nicht bipolar gedacht, die Legitimation demgemäß eher monistisch als elliptisch vorgestellt. Zumindest folgt wohl die Verfassungstheorie französischer Provenienz, dem Stammvater Rousseau verpflichtet, einem derartigen Rechtfertigungsmuster. Ihm wenden wir uns zunächst zu.

Grundlage aller neuzeitlichen politischen Theorie, Rechts- und Staatsphilosophie ist der methodologische Individualismus, wie ihn zuerst Hobbes systema-

²⁹ Dazu etwa *Werner Krawietz*, Das positive Recht und seine Funktion (Berlin 1967) 21, 25, 44, 74. Allenfalls unter den weiteren Aspekten von „Konfliktbereinigung“ und „Überwachung“ kommt auch die kasuistische Unterscheidung von Recht und Unrecht in der soziologischen Analyse des Rechts vor: so *Manfred Rehbinder* (Die gesellschaftlichen Funktionen des Rechts, in: Soziologie – Festschrift f. René König [Opladen 1973] 354–368), der außerdem Verhaltenssteuerung, Legitimierung und Organisation sozialer Herrschaft sowie Gestaltung der Lebensbedingungen nennt.

³⁰ *Gertrude Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen (Freiburg, München 1981) 32 f.

³¹ *Luhmann*, Recht der Gesellschaft (wie Anm. 28) 440 ff., 470 ff.

³² Dazu statt vieler *Konrad Hesse*, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Handbuch des Verfassungsrechts, hrsg. v. *Ernst Benda* u. a. (Berlin ²1994) 3–17 (5 ff.); detaillierter *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1 (München ²1984) 78 ff.

tisch entfaltet hat³³. Mit ihm tritt in Angelegenheiten von Gesellschaft, Recht und Staat an die Stelle der alten theologisch-philosophischen Ontologie der Welt als eines wohlgeordneten Kosmos eine neue Ontologie des Willens rationaler Egoisten, die sich in dieser, wenn nicht chaotischen, so doch jedenfalls höchst unsicheren Welt durch Stiftung von Regeln allererst vernünftig einrichten müssen. Nach der scholastischen Philosophie war das Recht – verkürzt und vereinfacht – im wesentlichen eine Erscheinungsweise der die Welt durchwaltenden Vernunft ihres Schöpfers, figurieren rechtliche Feststellungen demgemäß als Seins-Aussagen. Der willentlichen Rechtsetzung wurde theoretisch nur eine untergeordnete Bedeutung beigemessen. Gerechtfertigt allein als notwendige Konkretisierung und Anpassung des göttlich-natürlichen Rechts durch die jeweils angestammten Herrschaften, unterlag das *ius positivum* moraltheologisch theoretisch dem unbedingten Geltungsvorrang des *ius naturale* und des *ius divinum*³⁴. Die neuzeitliche Physik der Vergesellschaftung dagegen basiert auf der grundstürzenden theoretischen Annahme der Freiheit des isolierten Individuums in einer ungesicherten Ausgangsposition, dem sog. Naturzustand³⁵. Im Kontrapunkt zur barocken Rechtfertigung der Herrschaft und ihres Rechts aus dem Gottesgnadentum des divinen fürstlichen Menschen führt eine egalitäre individualistische Handlungstheorie ökonomischer Rationalität zu dem Schluß, daß das Eigeninteresse der einzelnen gegen selbstzerstörerische Konsequenzen der Freiheit mittels Übereinkunft Rechtsregeln mit Zwangscharakter und dadurch Sicherheit durch Recht hervorbringe – und zwar durch direkt darauf gerichtete Willenseinigung, oder mittelbar über eine vereinbarte Herrschafts- und Rechtssetzungsgewalt, also vermittels des berühmten Herrschaftsvertrages³⁶. Erst auf der Grundlage dieser beiden konkurrierenden Rechtfertigungsvarianten mit oder ohne politische Theologie können Rechtsnormen durchgängig als sanktionierte Gebote und Verbote begriffen, kann Recht schlechthin als Befehl einer Autorität, als Sollenssatz aufgefaßt werden.

Rousseau hat aus dem neuen Begründungsansatz für Recht und Herrschaft die Konsequenzen einer demokratischen Gesetzgebungslehre gezogen³⁷. Kann doch

³³ Hierzu u. zum Folg. *Hasso Hofmann*, Die klassische Lehre vom Herrschaftsvertrag und der Neokontraktualismus, in: Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, hrsg. v. *Christoph Engel*, *Martin Morlok* (Tübingen 1997) 257–277.

³⁴ *Thomas von Aquin*, *Summa theologiae* I/II qu. 91 a. 3 und a. 4, qu. 95 a. 2; zit. nach der Deutschen Thomas-Ausgabe, hrsg. v. d. Philosophisch-theologischen Hochschule Walberberg bei Köln, 13. Bd. (Heidelberg 1977) 22 ff., 95 ff. Zum Folg. auch *Hasso Hofmann*, Menschenrechtliche Autonomieansprüche, in: *ders.*, Verfassungsrechtliche Perspektiven (Tübingen 1995) 51–72 (55–57).

³⁵ Dazu *Hasso Hofmann*, Die Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung, in: *ders.*, Recht – Politik – Verfassung (wie Anm. 4) 93–121; *Regina Harzer*, Der Naturzustand als Denkfigur moderner praktischer Vernunft (Frankfurt a. M. 1994).

³⁶ Dazu jetzt maßgeblich *Wolfgang Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages (Darmstadt 1994); neuestens *Rüdiger Bubner*, Welche Rationalität bekommt der Gesellschaft? (Frankfurt a.M. 1996) 83–124; aus zivilistischer Sicht *Georg Graf*, Vertrag und Vernunft (Wien, New York 1997) 35–49.

³⁷ *Jean-Jacques Rousseau*, *Du contrat social*, bes. Buch II Kap. 3 u. 4, Buch IV Kap. 1 u. 2;

nach jenen Prämissen der für alle in gleicher Weise verbindliche Gemeinwille nur aus einem Gesetzgebungsverfahren hervorgehen, an dem alle in gleicher Weise beteiligt sind – was wiederum nur möglich ist, wenn der Gegenstand des Verfahrens als ein allgemeiner niemanden in besonderer Weise betrifft. In dieser doppelten Allgemeinheit – Gemeinsamkeit des Willens und des Gegenstandes, wie Rousseau sagt – hat die Geltungskraft der *volonté générale* Grund und Grenze, ruht die Kraft von Rousseaus republikanischer, d.h. gewaltenteilender, unpersönlicher Herrschaft des Gesetzes. Die revolutionäre französische Nationalversammlung hat diese Bestimmung des Gesetzes – freilich erst nach Interpolation des Repräsentativprinzips – in ihre berühmte *Déclaration* von 1789 (Art. 6 S. 1–3) übernommen und mit ihr die politische Pointe: Überordnung der Gesetzgebung des souveränen Volkes über die monarchische Exekutive. Demgemäß verglich Kant das Gesetz – obwohl es der Kritiker der Urteilskraft besser wußte – mit dem Obersatz in einem praktischen Syllogismus, nach dem der unter dem Gesetz stehende Regent von Fall zu Fall bloß zu subsumieren habe³⁸. Dieses hierarchische Modell der Gewaltenteilung³⁹ muß freilich, da der konstitutionelle republikanische Gesetzgeber nach dem Konzept beschränkter und berechenbarer Herrschaft trotz seiner höchsten Stellung im Staat selbst doch auch nicht souverän, also unbeschränkt sein darf, die originäre Rechtsquelle gleich wieder in den Hintergrund rücken: *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation*, heißt es in Art. 3 jener Rechteerklärung. Der das ganze hierarchische System tragende und legitimierende Grund wird unter dem Namen der Volkssouveränität und der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes aus dem Verfassungssystem hinaus in den Bereich des Virtuellen, d.h. des Nicht-Aktuellen, aber der Kraft und Möglichkeit nach beständig Anwesenden verlegt.

Nur in dieser gebrochenen Weise erbt das Volk die Souveränität des Fürsten, ziemlich ungebrochen jedoch dessen Problem des Verhältnisses von Gesetzesbefehl und Gesetzesanwendung insbesondere durch die Richter. Konsequenterweise eiferten die Revolutionäre den absolutistischen Monarchen in dem Versuch nach, die Richter und alle anderen Rechtsanwender durch Interpretationsverbote an die

zit. nach: *Jean-Jacques Rousseau*, Sozialphilosophische und Politische Schriften, übers. v. Eckhart Koch u. a. (München 1981) 267–391. Dazu *Reinhard Brandt*, Rousseaus Philosophie der Gesellschaft (Stuttgart-Bad Cannstatt 1973) 82 ff.; *Maximilian Forschner*, Rousseau (Freiburg, München 1977) 117 ff.; *Hasso Hofmann*, Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: *ders.*, Verfassungsrechtliche Perspektiven (wie Anm. 34) 260–296 (270–272).

³⁸ *Immanuel Kant*, Metaphysik der Sitten, ed. v. *Karl Vorländer* (Hamburg 1959) 136, 139 f.: Das Öffentliche Recht. Erster Abschnitt. Das Staatsrecht §§ 45, 49.

³⁹ Zu diesem hierarchischen und dem konkurrierenden, später in Teil III behandelten Gleichgewichtsmodell der Gewaltenteilung, für die beide John Locke den Grund gelegt hat und denen auch unterschiedliche Freiheitsauffassungen entsprechen: *Max Imboden*, Politische Systeme/Staatsformen (Basel, Stuttgart 1964) 162 ff.; *Günther Maluschke*, Philosophische Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaates (Freiburg, München 1982) bes. 58 ff., 299 ff.; *Hansjörg Seiler*, Gewaltenteilung – Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung (Bern 1994) 180–188, 238–240; *Hasso Hofmann*, Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats, in: *Der Staat* 34 (1995) 1–32 (20–24).

politische Leine zu legen⁴⁰. Dabei konnten sie sich, wie es schien, auf einen hochbedeutenden Vorläufer der neuen Ordnung berufen, den „Erfinder“ der Gewaltenteilung: Montesquieu. Hatte der den Richter (jedenfalls den des englischen Geschworenprozesses) doch zum bloßen „Mund des Gesetzes“ erklärt, zu einem „willenlosen Wesen“, dessen Urteilsprüche „niemals etwas anderes sind als eine genaue Formulierung des Gesetzes“⁴¹. Das werde durch bloß zeitweilige Berufung von Laienrichtern ohne Rückhalt in einer eigenständigen Gerichtsorganisation – durch eine Jury also – gesichert. Und gerade einer republikanischen Verfassung entspreche es, heißt es in anderem Zusammenhang, daß der Richter sich an den Buchstaben des Gesetzes halte⁴². Der revolutionären Führung mußte das gefallen. Nach Montesquieus eigenen Worten bleiben dann allerdings nur zwei wirkliche Gewalten übrig⁴³. Gehandelt hat er dann freilich – dies nebenbei – dennoch von dreien, drei anderen offenbar. Da Klassikertexte aber nur zitiert und nicht gelesen werden, besteht für das liebe alte Klischee trotzdem keinerlei Gefahr. Wir werden darauf jedoch noch einmal zurückkommen müssen.

III. Der schwierige Kontrapunkt: Gesetz und Richter

Fürs erste bleibt festzuhalten, daß die bürgerlichen Revolutionäre mit ihrem Monopolanspruch auf die Interpretation ihrer Gesetze so wenig Erfolg hatten und haben konnten wie zuvor die Könige. Ganz im Gegenteil setzte sich eben gerade im Konstitutionalismus die Unabhängigkeit der Justiz als einer anerkannt eigenen Staatsgewalt durch. Und gerade unter diesen Bedingungen entfaltet das Rechtsverweigerungsverbot seine synthetisierende Kraft. Nirgendwo ist das aus leicht einsichtigen Gründen eindrucksvoller zu erfahren als dort, wo Konstitutionalismus und *Common law*-Tradition sich ineinanderschieben: in den Vereinigten Staaten von Nordamerika⁴⁴.

⁴⁰ Décret sur l'organisation judiciaire du 16 août 1790, titre II art. 12: Bulletin annoté des Lois, Décrets et Ordonnances, hrsg. v. *Lepec*, Bd. 1 (Paris 1834) 225; Décret sur le mode de gouvernement provisoire et révolutionnaire vom 4. 12. 1793 (14 frimaire II), section II, art. 11: bei *Lepec*, Bd. 5 (Paris 1835) 18.

⁴¹ *Charles de Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, übers. u. hrsg. v. *Ernst Forstboff*, Bd. 1 (Tübingen 1951) 217, 225. Mit Recht krit. zur Deutung i.S. einer normativen Rechtsanwendungslehre *Regina Ogorek*, De l'Esprit des légendes oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde, in: *Rechtshistorisches Journal* 2 (1983) 277–296, bes. 288 f.

⁴² *Montesquieu* (wie Anm. 41) Bd. 1, 109.

⁴³ Ebd. 220.

⁴⁴ Dazu jüngst *Oliver Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law (Tübingen 1997) 27–36. Siehe zum Folg. aber auch *Michael Reinhardt* (Konsistente Jurisdiktion – Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung [Tübingen 1997] 271–310), der die fortschreitende Einebnung der Unterschiede zwischen Fallrecht und kodifiziertem Recht herausgearbeitet hat.

In seinem mittlerweile auch bei uns einflußreichen Buch „Taking Rights Seriously“ hat vor 20 Jahren Ronald Dworkin ein plastisches Bild davon entworfen, wie ein Richter in und aus dem *Common law* Recht findet⁴⁵. Dworkins Ausgangspunkt ist die Situation der Justiz unter Rechtsverweigerungsverbot: Der Richter muß – sofern verfahrensrichtig vor ihn gebracht – jeden Streitfall entscheiden, auch wenn das inhaltlich einschlägige positive Recht unklar, unangemessen, bis zur Widersprüchlichkeit ungeräumt oder lückenhaft ist. Und zwar wird ihm auch in dieser Lage ein Akt der Rechtsprechung abverlangt, also weder eine beliebige Ermessensentscheidung freigestellt noch ein Opportunitätsurteil im Sinne des öffentlichen Interesses gestattet. Soweit sich die notwendige rechtliche Schlußfolgerung aus dem geschriebenen Recht aber nicht einfach ableiten läßt, bleibt das Recht stets hinter seinem eigenen Begriff einer Ordnung der sozialen Lebenswelt zurück. Dworkins Lösung: Der Richter muß voraussetzen, daß sich für jeden Fall eine rechtliche Antwort (genauer: die eine, einzig richtige rechtliche Antwort) finden läßt, und er muß dieses Postulat in einer schier übermenschlichen Anstrengung in begrenzter Zeit diskursiv einzulösen suchen. Für diese eine richtige rechtliche Antwort⁴⁶ hat er, der Modell-Richter Herkules, wie Dworkin ihn nicht von ungefähr nennt, unter größtmöglicher Berücksichtigung aller rechtlichen Determinanten über die positiven Rechtsregeln hinaus auf die bewertungsorientierenden Rechtsgrundsätze als prinzipielle Verteilungsgrundsätze von Rechten und Pflichten zurückzugreifen und diese unter Rückbindung an die fundamentalen Bewertungsmaßstäbe der Gemeinschaft im Kontext aller rechtlichen Regeln, Verfahren, Grundsätze und anerkannten Lehren fortzuschreiben. Kurz: In schwierigen Rechtsfragen gibt die „von den Gesetzen und Institutionen der Gemeinschaft vorausgesetzte ... politische Moral“ den Ausschlag⁴⁷. Es geht m.a.W. um die durch das Kohärenzkriterium kontrollierte Überführung von sozialem Ethos, von objektiver gesellschaftlicher Sittlichkeit in die Bedeutung von Verfassung und Recht. Rechtstheoretisch reformuliert heißt das, daß jede gegebene Rechtsordnung nicht nur aus Regeln besteht, die im Einzelfall entweder anwendbar oder nicht anwendbar sind, sondern auch Grundsätze oder Prinzipien enthält, die im konkreten Fall mehr oder weniger wirksam werden können, also zu optimieren sind. Jene Prinzipien können auch nicht nach bestimmten „Erkenntnisregeln“ als gültig ausgewiesen werden, sondern müssen, meint Dworkin,

⁴⁵ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), dt. u. d. T. *Bürgerrechte ernstgenommen* (übers. v. Ursula Wolf, Frankfurt a. M. 1984); zum Folg. s. bes. 145 ff., 199 ff., 499 ff., 543 ff. Vgl. jetzt auch *ders.*, *Law's Empire* (London 1986) 62 ff., 419. Dazu die Analyse bei Claudia Bittner, *Recht als interpretative Praxis – Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts* (Berlin 1988) 165 ff.

⁴⁶ Vielleicht hält Dworkin zwei Dinge nicht genügend auseinander, nämlich die notwendige „regulative Idee, daß es in jedem Rechtsfall eine beste Lösung gibt, und die“ – schwerlich haltbare – „Existenzbehauptung, daß so eine Lösung wirklich immer existiert“; so Peter Koller, *Theorie des Rechts* (Wien 1997) 181. Doch kann dieser Punkt hier auf sich beruhen. Das gilt auch für die Fixierung von Dworkins Theorie auf den Streit um Individualrechte; dazu Bittner, (wie Anm. 45) 215 ff.

⁴⁷ Dworkin, *Bürgerrechte* (wie Anm. 45) 215.

entsprechend ihrer „moralischen“ Herkunft und Beschaffenheit philosophisch begründet werden⁴⁸ – rechtstheoretisch zweifellos ein außerordentlich heikler Punkt.

Bei der Diskussion dieser Thesen wird allerdings leicht übersehen, daß es hierzulande längst ein Gegenstück dazu gibt, und zwar in Gestalt der rechtstheoretischen Anreicherung und methodologischen Mobilisierung und Dynamisierung des Systemgedankens seit Walter Wilburgs „Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht“ (Graz 1951) und Josef Essers „Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts“ (Tübingen 1956, 1990). Diese Überlegungen hat Franz Bydlinski in einer der Lehre Dworkins vergleichbaren Weise durch den Gedanken erweitert und vertieft, daß im Falle einer anders nicht zu behebenden Unsicherheit auf die „grundlegenden rechtsethischen Maximen“ der Sozietät zurückgegriffen werden könne und müsse⁴⁹. Solcherart rechtsdogmatisch gestützt, wirkt die Justiz rechtsschöpferisch – und zwar zumindest de facto nicht nur inter partes⁵⁰.

Im einzelnen gibt es dazu viele und gewichtige rechtsdogmatische, methodische und rechtstheoretische Fragen. Sie können hier aber dahinstehen. Denn im Augenblick geht es nur darum, an den riesigen Abstand der heutigen Auffassung justizieller Tätigkeit von jener alten und zählebigen Legende zu erinnern, die aus dem Richter nach Montesquieus Parole vom bloßen „Mund des Gesetzes“ einen Subsumtionsautomaten gemacht hatte⁵¹. Zugleich ist indes der wachsenden Einsicht zu gedenken, daß die richterliche Rechtsfortbildung über das Gesetz hinaus eher ein positives Element der Vitalität einer Rechtsordnung darstellt, als bloß den unvermeidlichen Tribut an die Kluft zwischen abstrakter Norm und konkretem Fall zu bedeuten oder als Notlösung bei gesetzgeberischem Versagen zu fungieren⁵². So steht die enorme rechtspraktische Bedeutung solchen „Richterrechts“ und daher auch für die kontinentalen Rechtsordnungen längst außer Zweifel. Ge-

⁴⁸ Ebd. 248.

⁴⁹ Siehe Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (Wien, New York 21991); ders., *Recht, Methode und Jurisprudenz* (Frankfurt a. M. 1987); ders., *Fundamentale Rechtsgrundsätze – Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät* (Wien, New York 1988); ders., *Über prinzipiell-systematische Rechtsfindung im Privatrecht* (Berlin, New York 1995). – Siehe dazu auch Wolfgang Fikentschers *Theorie der Bildung von „Fallnormen“: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. IV: *Dogmatischer Teil* (Tübingen 1977) 176 ff. (233).

⁵⁰ Dazu Viktor Knapp, *Ist das Recht lückenlos oder lückenhaft?*, in: *Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts – Festschrift für Kazimierz Opalek*, hrsg. v. Werner Krawietz, Jerzy Wróblewski (Berlin 1993) 295–306; Fikentscher, *Methoden des Rechts* (wie Anm. 49) 233 ff., 241 ff., sowie eingehend Bydlinski, *Methodenlehre und Rechtsbegriff* (wie Anm. 49) 501–515.

⁵¹ Siehe Anm. 41. Zur theoretischen Entwicklung des Verhältnisses von Gesetz und Richter im 19. Jahrhundert grundlegend Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?* (wie Anm. 15).

⁵² Zur Unverzichtbarkeit des „Richterrechts“ in modernen, hochkomplexen Rechtsordnungen jetzt umfassend und eindringlich Reinhardt, *Jurisdiktion* (wie Anm. 44) 85–90, 213–223, 339 ff.

stritten wird im wesentlichen nur um zweierlei: um die Verbindlichkeit und um die Grenzen des Richterrechts.

Zunächst geht es also um die Frage, ob die präjudiziellen Entscheidungen über ihre faktische Steuerungsmacht kraft Autorität des Rechtspruchs und tatsächlicher Befolgung durch andere Gerichte hinaus „verbindlich“, also (noch vor der Erstarkung zu Gewohnheitsrecht) wie die Gesetze „echte“ Rechtsquellen sind⁵³ oder ob ihnen nur eine „präsumtive Verbindlichkeit“ zukommt, ob es sich lediglich um Indikatoren des Rechts, also um „Rechtserkenntnisquellen“, allenfalls um „subsidiäre Rechtsquellen“ handelt. Alle diese Einschränkungen tragen dem Umstand Rechnung, daß es die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen dem Richter nicht verbieten, präjudizielle Entscheidungen mit besseren juristischen Gründen einer besseren Rechtserkenntnis beiseitezuschieben. Begrifflich fand Josef Esser das Ei des Kolumbus: Präjudizien seien keine Rechtsquellen, Richterrecht schaffe keine ‚außergesetzliche Rechtsordnung‘, sei folglich revisibel und reversibel wie jede richterliche Anwendung der materiellen Rechtsnormen. Die freilich stünden allemal unter dem Vorbehalt nicht nur der inhaltlichen Konkretisierung, sondern auch der Ergänzung, Um- und Neubildung. Anders formuliert: Theoretisch auch als Verhaltensnorm für die Alltagsfälle betrachtet, ist Rechtsquelle allein das Gesetz – in seinem jeweils gemeinen Verständnis. Für die Lösung des konkreten Konflikts im besonderen, besonders vertrackten Fall aber gibt es rechtspraktisch aus der Sicht der Parteien nur eine Rechtsquelle, d.h. Quelle rechtlicher Verbindlichkeit: den gerichtlichen Prozeß und die jeweils letzte Gerichtsentscheidung, die in der Sicht des Richters allerdings stets Rechtserkenntnis prätendiert⁵⁴. Dann mag sich auch zeigen, ob und inwieweit einschlägige Präjudi-

⁵³ So die Frage bei *Jörn Ipsen*, Richterrecht und Verfassung (Berlin 1975) 60. Als „Ersatzgesetzgeber“ anerkennt den Richter *Rudolf Wassermann*, selbst ein hoher Richter, in: *Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz* (Neuwied 1989) Rn. 15 ff., 20 zu Art. 92. Salomonisch *Oscar Adolf Germann*, Richterrecht, in: *ders.*, Probleme und Methoden der Rechtsfindung (Bern 1967) 227–277 (273): „Trotz fehlender formeller Verbindlichkeit“ bildeten die Präjudizien der Höchstgerichte auch in den kontinentaleuropäischen Ländern „auf Grund ihrer tatsächlichen Geltung praktisch die wichtigste Rechtsquelle neben dem Gesetzesrecht“. Nach dem Arbeitsrechtler *Bernd Rütters*, Richterrecht als Methoden- und Verfassungsproblem, in: *Sozialpartnerschaft in der Bewährung – Festschrift für Karl Molitor*, hrsg. v. *Franz Gamillscheg* (München 1987) 293–307 (306 f.), muß „Richterrecht der höchsten Instanzen in seinen Auswirkungen als Rechtsquelle verstanden werden“. Es sei „neben und unter dem Gesetz ‚Rechtsquelle‘“.

⁵⁴ *Josef Esser*, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: *Festschrift für Fritz von Hippel* (Tübingen 1967) 95–130 (113); *ders.*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (Tübingen 1990) 289; *ders.*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (Frankfurt a. M. 1972) 194 f.; siehe auch *Klaus Adomeit*, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht (München 1969) 45: Das Richterrecht sei keine selbständige Rechtsquelle neben anderen, „sondern ein allen Rechtsquellen – auch der Verfassung – anhaftender Vorbehalt inhaltlicher Konkretisierung, Ergänzung oder Änderung“. Eine neue Ausdrucksvariante hat nach eingehender Untersuchung *Reinhardt*, Jurisdiktion (wie Anm. 44) 517 gefunden: „Unter dem Bonner Grundgesetz besteht eine rechtliche Pflicht zur Befolgung einschlägiger Präjudizien... Allerdings gilt diese Befolgungspflicht nicht allgemein und nicht uneingeschränkt, sie gilt noch nicht einmal grundsätzlich (sic)...“

zien schon in das gemeine oder wenigstens in das richterliche Verständnis des Gesetzes eingegangen sind und damit an dessen Rechtsquellenqualität teilhaben.

Stärker als beim Problem der Verbindlichkeit des Richterrechts zeigen sich bei der Frage nach dessen Schranken gewisse typische Frontstellungen. Zivilisten suchen diese Grenzen eher methodologisch zu bestimmen, Publizisten sehen darin im Hinblick auf die Gewaltenteilung mehr eine Kompetenzfrage und mit Rücksicht auf das Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG („Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“) zudem ein Legitimationsproblem. Überlagert wird dieser Unterschied unserer juristischen Kulturen allerdings durch eine Entwicklung zunehmender „Entdeckung“ der verfassungsrechtlichen Dimension des Problems⁵⁵. Und in dieser Perspektive scheint die Vorstellung vom Gesetz als Vermittlungsinstrument demokratischer Legitimation durch parlamentarische Entscheidungsdetermination unentbehrlich⁵⁶. Denn Richterwahl durch Parlamentsausschüsse oder die parlamentarische Verantwortlichkeit der die Richter ernennenden Exekutive vermögen den Eindruck demokratischer Legitimation des konkreten Richterspruchs wohl weniger zu erwecken⁵⁷. Von daher rühren spezifisch verfassungsrechtliche Bedenken, gesetzesüberschreitendes Richterrecht als Rechtsquelle anzuerkennen⁵⁸. Sie können durch den ebenso konsequenten wie

Sie gelte zum einen nur „institutional“, d. h. im Instanzenzug. „Zum anderen wirkt die Bindung nicht absolut, sondern unterliegt einer immanenten marginalen Relativität (sic) im Interesse der Gewährleistung einer kontinuierlichen Evolution des materiellen Rechts; die grundgesetzliche Präjudizienbindung ist insoweit approximativ.“

⁵⁵ In diesem Sinne die Gegenüberstellung der beiden Ansätze schon der junge Zivilist und Arbeitsrechtler *Rolf Wank*, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung* (Berlin 1978) 34–81 u. 82–250. Paradebeispiel dieser Entwicklung ist die außerordentlich gründliche Dissertation des Zivilisten *Neuner* (Anm. 22). Zu den unterschiedlichen Ansätzen (die nicht notwendig zu unterschiedlichen Ergebnissen führen) in Zivilistik und Publizistik einerseits: *Werner Flume*, *Richter und Recht*, in: *Verhandlungen des 46. Dt. Juristentages*, Bd. II, Teil K (München, Berlin 1967) 5–35 (17 ff.); *Hans Hattenbauer*, *Reform durch „Richterrecht“?*, in: *ZRP* 11 (1978) 83–88 (86: Stabilisierung durch Rechtsdogmatik); *Eduard Picker*, *Richterrecht und Richterrechtssetzung*, in: *JZ* 39 (1984) 153–163 (154 ff.); *Helmut Coing*, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (Berlin, New York 1985) 347; *Larenz, Canaris*, *Methodenlehre* (wie Anm. 24) 232–252; *Bydlinski*, *Methodenlehre und Rechtsbegriff* (wie Anm. 49) 472 ff.; *Curd Wolfgang Hergenröder*, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung* (Tübingen 1995) 197 ff.; andererseits: *Ipsen*, *Richterrecht* (wie Anm. 53) 47 ff., 116 ff.; *Gerd Roelcke*, *Christian Starck*, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung*, in: *VVDStRL* 34 (1976) 7–42 (30 ff.); 43–93 (76 ff.); *Friedrich Müller*, *„Richterrecht“* (Berlin 1986) 96 ff.; *Fritz Ossenbühl*, *Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat* (Bonn 1988) 14 ff., 17 ff.; *Reinhardt*, *Jurisdiktio*n (wie Anm. 44) passim.

⁵⁶ Hierzu und zum Folg. mit weiteren Nachweisen *Hasso Hofmann*, *Legitimität und Rechtsgeltung* (wie Anm. 3) 78 ff. (bes. 82–85).

⁵⁷ So aber im Hinblick auf die Richterwahl nach Art. 95 Abs. 2 GG *Wassermann* (wie Anm. 53) Rn. 17 zu Art. 92. Krit. dazu *Ipsen*, *Richterrecht* (wie Anm. 53) 198 ff. Zur Legitimation richterlicher Rechtsetzung aus verfassungsrechtlicher Sicht jetzt umfassend *Reinhardt*, *Jurisdiktio*n (wie Anm. 44) 342–349.

⁵⁸ Sehr klar *Konrad Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg 2019) 235 (Rn. 549).

fragwürdigen Rekurs auf die Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers⁵⁹, erst recht aber durch Forcierung der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes, sogar zu einer weitgehenden theoretischen Delegitimierung des Richterrechts führen.

Für den Aspekt verfassungsrechtlicher Rechtfertigung des Richterrechts gibt es allerdings eine ziemlich einfache Begründungsalternative, nämlich die kompetenzrechtliche, also rein formale Legitimation der Richtersprüche. Danach hat die demokratische Verfassung selbst den Gerichten ihre Entscheidungsgewalt verliehen⁶⁰. Punktum. Diese Version könnte sich in gewisser Hinsicht vielleicht sogar mit mehr sachlicher Berechtigung auf Montesquieus Gewaltenteilungslehre berufen als jene andere, monistisch-hierarchische. Zwar hat der berühmte Baron in der bekannten Weise die drei Staatsfunktionen unterschieden und aus nur allzu begründeter Furcht vor der Willkür der Strafrichter⁶¹ sowohl auf der grundsätzlichen (wenn auch keineswegs ausnahmslosen) Trennung von Legislative und Justiz wie eben auf der striktesten Gesetzesbindung der organisatorisch unselbständigen Gerichtsbarkeit bestanden⁶². Die drei Gewalten, d. h. wirklichen Mächte, von denen er handelte, waren dagegen das Königtum, der Adel und das Bürgertum. Im Medium des englischen Verfassungsrechts entwarf er, der Sicht der damaligen englischen Opposition folgend, ein integratives System der Machtverschränkung in Gesetzgebung und Administration zwischen der Krone, dem adligen Oberhaus und dem bürgerlichen Unterhaus.

Nun war zwar die Justiz mangels eigener *façon* – dies Montesquieus Ausdruck – von ihm nicht als eigenständige Größe in jenes Balancesystem einbezogen. Aber in diesem Punkt hat sich viel verändert. Eigenständigkeit von Organisation und Verfahren sowie Professionalität der Richter, kurz: Die Bürokratisierung der Justiz und die Ausweitung ihrer Zuständigkeit auf den öffentlichen Bereich bis hin zur Wahrung der Verfassung haben ihr im Verein mit der institutionalisierten Rechtswissenschaft und dem Rückhalt in Rechtstradition, bewährter Lehre und konstitutionellen Leitideen längst ein eigenes Machtgewicht verliehen und sie zu einer unserer drei Gewalten, zu einem wirklichen Gegenspieler von Parlament und Administration wachsen lassen⁶³. Höchst bezeichnenderweise haben die Franzosen dank des aus ihrem monistisch-hierarchischen Modell folgenden Gesetzeskults⁶⁴ bis heute Schwierigkeiten mit dem Gedanken einer gerichtlichen

⁵⁹ Siehe Anm. 25.

⁶⁰ So hält *Fritz Ossenbühl* (Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz [Bad Homburg 1968] 129) den Gesichtspunkt, daß alle drei Gewalten in gleicher Weise durch dieselbe demokratische Verfassung eingerichtet und mit ihren Kompetenzen versehen seien, für wichtiger als die besondere Legitimation des Gesetzgebers durch die Volkswahl.

⁶¹ Dazu sehr instruktiv *Ogorek*, Richterkönig (wie Anm. 15) 41–46.

⁶² Vgl. hierzu u. zum Folg. *Montesquieu*, (wie Anm. 41) Bd. I 220–226 (217, 224f.); sowie *Charles Eisenmann*, *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*, in: *Mélanges Carré de Malberg* (Paris 1933) 162–192, und *Seiler*, Gewaltenteilung (wie Anm. 39) 279, und vorne Anm. 25.

⁶³ Siehe jetzt *Reinhardt*, Jurisdiktion (wie Anm. 41) 67, 912ff.

⁶⁴ *Jean-Marie Cotteret*, *Le pouvoir législatif en France* (Thèse Paris 1962) 12ff., spricht von der Vergötterung des Gesetzes.

Kontrolle der vom Parlament artikulierten *volonté générale*. Im Entwurf eines Gleichgewichtssystems unter Einschluß der eigengewichtigen Justiz gibt es dagegen kein grundsätzliches Problem dieser Art, wie das Beispiel der USA frühzeitig demonstrierte⁶⁵.

Der auf die organisatorische und verfahrensrechtliche Eigenständigkeit der Justiz bauende Gedanke rein formaler Legitimation des Richterrechts entspricht der Normentheorie Hans Kelsens⁶⁶. Sie überläßt jedoch allzu viel dem richterlichen Belieben, und zwar nicht etwa de facto, sondern von Rechts wegen. So leicht aber lassen sich die einschlägigen Parteien der Methodologie, der Rechtsdogmatik und des Verfassungsrechts nicht für obsolet erklären. Ist jene Schlußfolgerung doch auch nur von einem ganz bestimmten neopositivistischen Wissenschaftsbegriff her⁶⁷ zwingend und entspricht jedenfalls nicht dem richterlichen Selbstverständnis. Das sucht eher „herkulisch“ seinen rechtlichen Bedingungen gerecht zu werden. So schöpfen die Richter, auf wie schwierige Weise auch immer, ihr Recht aus dem Recht – aus dem Recht und nicht nur (in komplizierteren Fällen sogar zum geringsten Teil) aus einem bestimmten parlamentarisch verabschiedeten Gesetzestext. Und notfalls entscheiden sie gegen alle Theorie im Namen des Rechts gegen das Gesetz⁶⁸. Folglich bleibt die Frage nach der Begründung des Rechts im Horizont unseres bipolaren oder elliptisch-bifokalen Rechtssystems unumgänglich eine Doppelfrage.

IV. Die zwei Brennpunkte der Rechtsordnung

Bei Recht durch Richterspruch und Recht aus Parlamentsbeschluß handelt es sich um zwei verschieden akzentuierte Rechtsbegriffe. Richterliche Rechtsfindung und politische Rechtsetzung unterscheiden sich in einer Weise, die – wie schon angedeutet – mit der bloßen Gegenüberstellung von allgemeiner Normierung und deren Anwendung im konkreten Fall begrifflich nicht zureichend erfaßt wird. Vom Allgemeinen zum Besonderen führt eben kein direkter Weg der Deduktion. Auch nachdem die anfänglichen Schwierigkeiten der spätmittelalterlichen Gerichte, die Kommandos des fürstlichen Amtsrechts überhaupt als Recht wahrzunehmen⁶⁹, längst überwunden sind und Gesetze aller Art sich höchster Anerken-

⁶⁵ Dazu Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung, in: Der Staat 20 (1981) 485–516 (488 ff.); Hofmann, Idee des Staatsgrundgesetzes (wie Anm. 4) 280.

⁶⁶ Dazu Hans Kelsen, Reine Rechtslehre (Wien 21960) 349 ff. Zur Kritik Robert Walther, Das Problem des „normativen Syllogismus“ in Kelsens „Allgemeiner Theorie der Normen“, in: Festschrift für Opalek (wie Anm. 50) 347–355; Bydliński, Methodenlehre (wie Anm. 49) 227–247.

⁶⁷ Dazu Rudolf Haller, Neopositivismus (Darmstadt 1993).

⁶⁸ Als Paradebeispiel gilt die sog. Herrenreiter-Rspr.; dazu statt vieler Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2 (München 131994) 494 f.

⁶⁹ Dazu Dietmar Willoweit, Gesetzgebung und Recht im Übergang vom Spätmittelalter zum

nung als Rechtsquellen erfreuen, stellen sie in der gerichtlichen Konfliktentscheidung doch nur abstraktes Rechtsmaterial dar, das für die Anwendung – parallel zur Aufbereitung des Sachverhalts – allererst juristisch bearbeitet werden muß. Doch fördern häufig genug auch die klassischen hermeneutischen Hilfsmittel keine ausreichenden Bestimmungsmomente für die Urteilsfällung zutage. Es bedarf des Rückgriffs auf weitere und tiefere Gründe. Wir sprachen schon davon. Klar ist dabei, daß die Unterschiede der richterlichen Rechtsgewinnung und der gesetzgeberischen Rechtsproduktion nicht nur Gegenstand und Art der Entscheidung betreffen, zudem selbstredend auch das Verfahren, sondern schon die Handlungsmodalität, überdies Horizont und Tragweite wie insbesondere die Rechtfertigung der jeweils erzeugten normativen Verbindlichkeit. Hier können nur einige Punkte herausgegriffen werden⁷⁰.

Sind die richterlichen Bemühungen um eine Verhandlungslösung (die es inzwischen in gewissem Umfang ja sogar im Strafprozeß gibt) gescheitert, so muß hic et nunc in dem von den Antragstellern, nicht vom Gericht bestimmten Rahmen für bestimmte Personen hart und scharf zwischen Recht und Unrecht entschieden werden. Gefordert ist dabei hauptsächlich eine Erkenntnisleistung, zumindest muß Rechtserkenntnis dargestellt werden können⁷¹. Das Parlament dagegen erzeugt Recht nach politischer Opportunität und ohne rechtlichen Entscheidungszwang. Es artikuliert einen mehr oder weniger allgemeinen politischen Gestaltungswillen und übt dabei – bisweilen bis zum Exzeß – die demokratische Tugend des Kompromisses, der das Gesetzesrecht in gewisser Weise „kontraktualisiert“⁷². Noch nicht einmal sachliche Regelungsnotwendigkeiten regieren; vielmehr befindet die Politik souverän darüber, welche Angelegenheiten wann, wie und in welchem Umfang legislativ bearbeitet werden. Folglich können Gesetzgebungsakte normalerweise nicht als Vollzug der höherrangigen Verfassungsnormen begriffen

frühneuzeitlichen Obrigkeitsstaat, in: Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff, hrsg. v. Okko Behrens, Christoph Link (Göttingen 1987) 123–146.

⁷⁰ Zum Folg. Luhmann, *Recht der Gesellschaft* (wie Anm. 28) 297–337 u. 407–439. Zu dieser Doppelpoligkeit in Auseinandersetzung mit Jürgen Habermas (Faktizität und Geltung [Frankfurt a.M. 1992 u.ö.]) jüngst auch Friedrich Kübler, *Juristisches Vorverständnis zwischen Ideologieverdacht und universaler Diskursverpflichtung*, in: Festschrift für Josef Esser, hrsg. v. Eike Schmidt, Hans-Leo Weyers (Heidelberg 1995) 91–108 (103 ff.). Aus der älteren Lit. instruktiv Oscar Adolf Germann, *Imperative und autonome Rechtsauffassung*, in: Zeitschr. f. Schweizerisches Recht NF XLVI (1927) 183–231, auch in: *ders.*, *Methodische Grundfragen* (Basel 1946) 23–53 (bes. 44 f.).

⁷¹ Zu dieser Unterscheidung zwischen Finden und Darstellen der Entscheidung schon Hermann Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung* (Berlin 1929) 56, 77 f., 163 f., 177, 210. Für die neuere Diskussion grundlegend Niklas Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung* (Berlin 1966) 51 ff., bes. Anm. 3. Krit. zu dieser Version Hans-Joachim Koch, Helmut Rüßmann, *Juristische Begründungslehre* (München 1982) 116 ff., mit der wichtigen Klarstellung, daß die erforderliche, mögliche und kontrollierbare Deduktion der Urteilsgründe nicht einfach gleichbedeutend ist mit Gesetzesbindung.

⁷² So nach Charles-Albert Morand, *La contractualisation du droit dans l'État Providence*, in: *Normes juridiques et régulation sociale*, hrsg. v. François Chazel, Jacques Commaille (Paris 1991) 139–158. Dazu aber auch schon Hofmann, *Legitimität und Rechtsgeltung* (wie Anm. 3) 89 f., mit weiteren Nachweisen.

werden. Auch steht die Anwendung der verfassungsrechtlichen Kompetenz- und Verfahrensvorschriften über die Gesetzgebung in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem jeweiligen politischen Ziel der Parlamentsmehrheit. Für dessen Artikulation und Durchsetzung ist selbst die Frage materieller Verfassungsmäßigkeit bloße Vorfrage der Gesetzgebung, nicht deren Gegenstand. Gegenstand ist auch nicht die Bewahrung, Festigung, Wiederherstellung oder kontinuierliche Entwicklung des geltenden Rechts, sondern dessen Änderung, der explizite Bruch. Selbst die bloße gesetzgeberische Klarstellung setzt altes Recht förmlich außer Kraft. Parlamentarische Gesetzgebung ist die verfassungsmäßige Form produktiver Rechtsbrüche. Zwar kann das Gesetz dann als Verwirklichung geltenden Rechts verstanden werden, wenn damit Staatszielbestimmungen der Verfassung, wie die der Sozialstaatlichkeit oder des Umweltschutzes, gefördert werden sollen. Aber selbst solche Vorhaben stehen unter dem Vorbehalt politischer Opportunität. Jene Ziele können jeweils mehr oder weniger weit, umfangreich und intensiv verfolgt werden.

Das bringt uns auf einen besonders wichtigen Punkt: den Unterschied der Entscheidungshorizonte. Ihn mit den Stichworten „Vergangenheit“ und „Zukunft“ zu bezeichnen, wäre zu einfach und auch nur teilweise treffend. Denn wenn die Gesetze grundsätzlich auch zukunftsgerichtet sind⁷³, enthalten sie doch viel legislative Flickschusterei ohne große Zukunftsperspektive. Andererseits schaut der Richter nicht nur auf das Vorgefallene, den „Fall“, zurück, schreibt die richterliche Rechtsgewinnung nicht nur Festlegungen der Vergangenheit fort, sondern greift mit der bei allen Güterabwägungen unvermeidlichen Kalkulation von Entscheidungsfolgen⁷⁴ auch in die Zukunft, öffnet mit Grundsatzentscheidungen nach Prinzipien mitunter sogar neue Perspektiven der Rechtsentwicklung⁷⁵. Doch macht es einen großen Unterschied, ob der Richter naheliegende Entscheidungsfolgen bedenkt und wertet oder ob der Gesetzgeber in einem mehr oder weniger umfassenden „Erkenntnisverfahren“⁷⁶ bei der Verfolgung seiner Zwecke Eignung und Effekte seiner Regelungsmodelle zu ermitteln sucht. Auf's Ganze gesehen hält sich die richterliche Rechtsproduktion im Horizont des faktisch und normativ Gegebenen, einschließlich der darin angelegten Entwicklungen. In diesem Rahmen muß sie sich letztlich nach dem Gerechtigkeitsprinzip der Gleichheit durch Kohärenz ausweisen⁷⁷. Die von den politischen Kräften getragene willent-

⁷³ Dazu *Hofmann*, Allgemeinheit des Gesetzes (wie Anm. 37) 283 ff. (285).

⁷⁴ Dazu die Kritik von *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen (wie Anm. 30) 12–24, 113 ff., an der These notwendiger Folgenindifferenz der Rechtsprechung bei *Niklas Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (Stuttgart 1974) 7, 25 ff., 35 ff.; siehe jetzt aber auch *ders.*, Recht der Gesellschaft (wie Anm. 28) 309, 378 f. Kritik an *Lübbe-Wolff* bei *Stefan Smid*, Richterliche Rechtskenntnis (Berlin 1989) 26–28 u. 44–50; wie hier auch *Roland Dubischar*, Einführung in die Rechtstheorie (Darmstadt 1983) 75 ff.

⁷⁵ Paradebeispiel: die Rspr. zum Allg. Persönlichkeitsrecht; dazu etwa *Peter Schwerdtner*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. *Kurt Rebmann* u. a., Bd. 1 (München 31993) § 12 Rn. 155 ff.; *Larenz, Canaris*, Schuldrecht (wie Anm. 68) 489 ff.

⁷⁶ *Hans-Martin Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen (Heidelberg 21991) 261 ff.

⁷⁷ Dazu *Klaus Günther*, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristi-

liche Rechtserzeugung der Legislative feiert ihre Triumphe im endlosen demokratischen Prozeß dagegen – im weiten Rahmen der Verfassungsmäßigkeit wie dem engeren der politischen Möglichkeiten frei – unter dem Banner der Reform gerade im gewollten Widerspruch zum Gegebenen und steht dabei selbst in allen Kleinigkeiten unter dem komparativen Gesichtspunkt des zukünftig Besseren.

Damit sind wir endlich beim Kern: der unterschiedlichen Begründung und Rechtfertigung justizieller und legislativer Normerzeugung. Tatsächlich stellt sich das theoretische Problem jeweils mit entgegengesetzter Frontstellung. Bei der richterlichen Entscheidung wird weniger thematisiert, warum sie für die Beteiligten bindend ist. Maßgeblich ist die Frage, ob und nach welchen Kriterien sie richtig ist. Die Verbindlichkeit des (rechtskräftigen) Urteils scheint eher selbstverständlich: Staatliches Selbsthilfeverbot samt Justizgarantie und Rechtsverweigerungsverbot verpflichtet die Streitenden, Recht von den staatlichen Gerichten zu nehmen. Als viel problematischer gilt die Frage, was das Urteil – über die Wahrnehmung einer gerichtsverfassungsrechtlich-prozessualen Kompetenz hinaus – inhaltlich als Rechtsspruch ausweist und vor Entscheidungen nach Ermessen, politischer Opportunität oder sozialem Nutzen auszeichnet. Und je höher die Instanz, um so größer sind die entsprechenden Anforderungen. Sie werden durch Begründungen erfüllt, die an rechtsgelehrte Juristen, vielleicht nur noch an Juristen der einschlägigen Fachrichtung adressiert sind⁷⁸. Umgekehrt schrumpft die Richtigkeitsfrage bei der Gesetzgebung auf ein Mehr oder Weniger im Hinblick auf selbstgesteckte Ziele. Die parlamentarischen Begründungen appellieren meist weniger an Juristen als entweder an die Staatsbürger, die alle in gleicher Weise als einsichts- und urteilsfähig vorgestellt werden, oder sie wenden sich an diejenigen, deren Interessen befriedigt werden sollen. Im übrigen bleibt die legislative Antwort auf die Richtigkeitsfrage wegen der Möglichkeit der Gesetzesänderung als vorläufig in der Schwebe⁷⁹.

Im Gegensatz dazu war und ist das Problem der Verbindlichkeit kollektiver rechtlicher Ordnungen eine herausragende Frage, seit es eine Theorie des allge-

schen Argumentation, in: *Rechtstheorie* 20 (1989) 162–190; *Robert Alexy*, Juristische Begründung, System und Kohärenz, in: *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft*, hrsg. v. *Okko Behrends* u. a. (Göttingen 1990) 95–107.

⁷⁸ In der durch Bülow's Rede über „Gesetz und Richteramt“ (wie Anm. 21) ausgelösten dauerhaften Kontroverse (dazu: *Gesetzesbindung und Richterfreiheit – Texte zur Methoden-debatte 1900–1914*, hrsg. v. *Andreas Gängel, Karl A. Mollnau* [Freiburg, Berlin 1992]) hat seinerzeit Carl Schmitt in seinem Erstling „Gesetz und Urteil“ (Berlin 1912, Neuauf. München 1969) daraus das Richtigkeitskriterium ableiten wollen. Richtig sei „eine richterliche Entscheidung ... heute dann, ..., wenn anzunehmen ist, daß ein anderer Richter ebenso entscheiden hätte.“ Wobei ‚ein anderer Richter‘ „den empirischen Typus des modernen rechtsgelehrten Juristen (bedeute)“ (S. 71). Dazu *Hasso Hofmann*, Legitimität gegen Legalität – Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts (Berlin ³1994) 32 ff.; *Stefan Koriath*, Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich, in: *AÖR* 117 (1992) 212–238 (217 ff.).

⁷⁹ Und gerade dies rechtfertigt im Prinzip die Mehrheitsentscheidung: *Hasso Hofmann, Horst Dreier*, Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, in: *Hofmann*, Verfassungsrechtliche Perspektiven (wie Anm. 34) 161–196 (186–191).

meinen Gesetzes gibt. Von Hobbes bis Kant folgt die neuzeitliche politische Theorie des methodologischen Individualismus dem Gedanken, daß jede gesetzliche Ordnung ihre Verbindlichkeit aus dem Willen der ihr Unterworfenen bezieht – sei es durch Autorisierung des Gesetzgebers oder die Vereinigung der Individualwillen im Gesetz. So oder so wird das für alle geltende Gesetz als kollektivierte Selbstbestimmung begriffen. Weil aber niemand gegen sich selbst Unrecht tun könne, hat Rousseau die Frage nach der Gerechtigkeit der Gesetze ganz konsequent für gegenstandslos erklärt⁸⁰. Maßstab ist statt dessen, wie man aus Rousseaus Formulierung des Gesellschaftsvertrages⁸¹ so gut wie aus Kants Definition des Rechts⁸² weiß, die für alle gleiche und in diesem Sinne allgemeine Sicherung der individuellen Freiheit. Es ist sodann seit Hobbes viel Scharfsinn auf den Nachweis verwandt worden, daß demgemäß selbst noch ein Verbrecher die ihn nach dem allgemeinen, von ihm mitgewollten Gesetz treffende Strafe will, das Verbindlichkeitskriterium des Gesetzesrechts *volenti non fit iniuria* also auch hier erfüllt sei. Daß dies auch für denjenigen gilt, der im Zivilprozeß mit seiner weder schwachsinnigen noch böswilligen, sondern gut begründeten Rechtsauffassung der Rechtsmeinung eines anderen unterliegt, ist so freilich noch weniger plausibel zu machen. Man müßte dann schon jedes zuständige staatliche Gericht als mittels der gewollten Organisations- und Verfahrensgesetze frei verabredete Schiedsinstanz begreifen, um dessen Streitiges Urteil als einen Akt gemeinsamer Selbstbestimmung der Parteien verstehen zu können. Oder es wäre das Prozeßrecht als Vereinbarung vorzustellen, jeden danach unanfechtbar gefällten Richterspruch auch gegen die eigenen Interessen als Recht anzuerkennen – was allerdings die Rolle des materiellen Rechts im Prozeß höchst fragwürdig machte.

Kurzum: Die demokratische Idee der Selbstbestimmung durch Gesetzesgehorsam trägt nicht über die Vorstellung hinaus, daß das Volk – aktuell wie bei Rousseau oder repräsentativ-virtuell wie bei Kant – mit dem allgemeinen, d. h. alle in gleicher Weise betreffenden Gesetz über sich selbst entscheide und Rechtsprechung nichts als automatischer Gesetzesvollzug sei. Kant hat das im Zweiten Teil seiner Rechtslehre expliziert. „... nur der übereinstimmende und vereinigte Wille aller, sofern ein jeder über alle und alle über einen jeden ebendasselbe beschließen“, heißt es da⁸³, könne „gesetzgebend sein“. Der Grund: „Wenn jemand etwas gegen einen anderen verfügt“, sei es „immer möglich, daß er ihm dadurch unrecht

⁸⁰ Jean-Jacques Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag II 6, zit. nach der in Anm. 37 genannten Übers., dort 299.

⁸¹ Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag I 6; in der in Anm. 37 genannten Ausg. S. 280: „Wie findet man eine Form des Zusammenschlusses, welche die Person um die Habe jedes Mitglieds mit der ganzen gemeinschaftlichen Stärke verteidigt, und durch die gleichwohl jeder, indem er sich mit allen vereinigt, nur sich selbst gehorcht und ebenso frei bleibt, wie er war?“. Dies ist das grundlegende Problem, das durch den Gesellschaftsvertrag gelöst wird.“

⁸² Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten (wie Anm. 38), Einleitung in die Rechtslehre § B (34 f.): „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“

⁸³ Kant, Metaphysik der Sitten (wie Anm. 38) 136 (§ 46).

tue, nie aber in dem, was er über sich selbst beschließt (denn *volenti non fit iniuria*)“. Auf diese Weise kann und muß nach Kant jene Möglichkeit des Unrechttuns definitiv („schlechterdings“ sagt er) ausgeschlossen werden, weil von der Gesetzgebung ja „alles Recht ausgehen soll“. Will die Gesetzgebung m.a.W. alleinige Rechtsquelle sein, muß sie also ausschließen, daß jemand über andere verbindlich verfügt. Vermag sie das nicht, räumt sie paradoxerweise die rechtliche Erlaubnis von Unrechtsentscheidungen ein. Alternativ dazu wäre anzunehmen, daß es noch eine andere, nicht in gleicher Weise rein voluntative Rechtsquelle im Sinne eines obersten, zentralen Willens gibt. Dies ist um so plausibler, als die Gesetzgebung des modernen Staates mit jenem Idealbild des allgemeinen Gesetzes längst nur noch wenig zu tun hat⁸⁴.

Der Rekurs auf eine Begründung von Recht aus Recht, d.h. aus dem Sinngehalt der Rechtsordnung gemäß einer weit zurückreichenden „nicht-etatistischen Rechtsquellenauffassung“⁸⁵, geht davon aus, daß das Recht nicht nur als Produkt willentlich darauf gerichteter Rechtsakte, nicht nur als Gebot oder als paktierte Ordnung (respektive als darauf gegründeter Mehrheitsbeschluß) erscheint, sondern daneben auch auf eine eher unpersönliche Weise in Gestalt herkömmlicher Grundsätze oder Standards⁸⁶.

⁸⁴ Dazu *Hofmann*, Allgemeinheit des Gesetzes (wie Anm. 37) 261–263, 289, 292–296.

⁸⁵ *Esser*, Vorverständnis (wie Anm. 54) 192.

⁸⁶ Dazu *Hasso Hofmann*, Gebot, Vertrag, Sitte – Die Urformen der Begründung von Rechtsverbindlichkeit (Baden-Baden 1993).



Wolfgang Kersting

Neukantianische Rechtsbegründung*

„Also muß auf Kant zurückgegangen werden“ – mit dieser Wendung ließ Otto Liebmann jedes Kapitel seiner Streitschrift *Kant und die Epigonen* von 1865 endigen¹: Keines der nachkantianischen Systeme konnte vor den Augen des jungen Tübinger Privatdozenten bestehen; jedes führte durch seine Mängel direkt zur Originalphilosophie des Meisters zurück. Diese Wendung erlangte sprichwörtlichen Ruhm; und viele beherzigten sie, nahmen dabei aber verschiedene Wege. Die genaueren philosophiegeschichtlichen Handbücher zählen nicht weniger als sieben neukantianische Richtungen. Die bekanntesten Mitglieder dieser freilich wenig homogenen Kantischen Erbgemeinschaft sind die Marburger Schule und die Südwestdeutsche oder Badische Schule; schlagen die ersten einen logizistischen Weg der Kant-Aneignung ein, so sind die letzteren mehr an einem wert- und geltungstheoretischen Kritizismus interessiert. Konzentrieren sich die Marburger um Cohen und Natorp auf die logischen Grundlagen wissenschaftlicher Erkenntnis, so suchen die Südwestdeutschen um Windelband und Rickert bei Kant nach angemessenen Methoden, um die Geltungsbestimmtheit und Bedeutungsstrukturen kultureller Phänomene zu behandeln. Diese beiden Schulen bilden den Neukantianismus im engeren Sinne; und wenn dieser auch wohl nie die „echte, wenn auch umstrittene Weltgeltung“² erlangte, die ihm der Natorp-Schüler Hans-Georg Gadamer bescheinigt hat, so war er doch unbestreitbar die bedeutendste philosophische Strömung um die Jahrhundertwende.

Auch die philosophische Jurisprudenz hat sich von der philosophischen Aufbruchstimmung und dem begründungstheoretischen Enthusiasmus des Neukantianismus anstecken lassen und sich mit Eifer bemüht, in dem allgemeinen Wissenschaftsklassifikationswirbel die eigenen Grundlagen und Grenzen zu sichern. Neukantianischer Einfluß südwestdeutscher Provenienz ist deutlich spürbar in Radbruchs *Rechtsphilosophie* von 1914, die bis heute acht Auflagen erlebt hat und als erfolgreichste rechtsphilosophische Darstellung in Deutschland angesehen

* Mehrfach zitierte Literatur wird nur mit Verfassernamen und Erscheinungsort gemäß Abkürzungsschlüssel des Literaturverzeichnisses S. 312 wiedergegeben.

¹ Otto Liebmann, *Kant und die Epigonen*. Eine kritische Abhandlung (Stuttgart 1865).

² Hans-Georg Gadamer, Hans-Georg Gadamer, in: Ludwig J. Pongratz (Hrsg.), *Philosophie in Selbstdarstellungen*, Bd. 3 (Hamburg 1977) 60–101, 60f.

werden kann³. Radbruch, der in dieser Arbeit Recht als kulturwissenschaftliche Wertbeziehung versteht und folglich Rechtsphilosophie als Rechtswertbetrachtung und Kulturphilosophie des Rechts konzipiert, gibt Emil Lask als seinen philosophischen Gewährsmann an, der 1905 in der Festschrift für Kuno Fischer ein längeres Stück mit dem Titel „Die Philosophie des Rechts“ veröffentlicht hat⁴. Dieser Beitrag, der nicht eben tief schürft und lediglich Übersichtscharakter hat, ist übrigens die einzige rechtsphilosophische Arbeit im gesamten Neukantianismus, die aus einer philosophischen Feder stammt. Die neukantianische Rechtsphilosophie ist durch und durch eine juristische Leistung. Neukantianische Rechtsphilosophen erfüllen allesamt die Voraussetzung, die für gute Rechtsphilosophie nach Stammers Meinung unerlässlich ist, sie haben alle reichlich Aktenstaub geschluckt⁵, zugleich aber auch Luthers Wort beherzigt: „ein Jurist, der nicht mehr denn ein Jurist ist, ist ein arm Ding“⁶.

Die rechtsphilosophische Diskussion innerhalb des Neukantianismus wurde jedoch nicht von der südwestdeutschen Fraktion der Rechtswertbetrachtung und des methodologischen, zwischen Sein und Sollen die beides vermischende, wertverwirklichende Kultur als Drittes einschubenden Trialismus dominiert, sondern von den Marburger Aprioristen und Formalisten, die davon überzeugt waren, das begründungstheoretische Pensum der Rechtsphilosophie mit dem Kant-einschlägigen Repertoire handlicher Dualismen erledigen zu können⁷. Unangefochtener

³ Radbruch 1913/1973.

⁴ Emil Lask, Rechtsphilosophie, in: *ders.*, Gesammelte Schriften, hrsg. v. Eugen Herrigel, (Tübingen 1923) 277–331.

⁵ Stammler 1920 (²1926) 27.

⁶ Zit. n. Stammler 1902 (²1926) 43.

⁷ Es gibt, so sagen Juristen, eine in der Jurisprudenz weit verbreitete Liebe zur Philosophie, die jedoch von der Philosophie nicht so recht erwidert würde und das merkwürdige Phänomen einer ‚Juristenphilosophie‘ hervorgebracht habe. „Sobald Juristen anfangen zu philosophieren, ihre Themen und Sondersprachen jenseits der Dogmatik ansiedeln, beweisen sie gegenüber oft selbst schon wiedererweckten Philosophien eine Rezeptionsfreude, die als durchgängiges Phänomen erklärungsbedürftig ist. Ob sich nun Radbruch zum Neukantianismus bekennt, Gerhard Husserl nebst Reinach zur Phänomenologie, Fechner zum Existentialismus, Coing und Welzel nochmals die Leiter zum materialen Wertehimmel erklimmen, Maihofer sich erst dem Existentialismus, dann Ernst Bloch verschreibt: sie alle tragen zur philosophischen Diskussion selbst kaum etwas bei, sondern übersetzen meist Resultate, deren Begründungszusammenhang nicht rekonstruiert, vielmehr durch ein Bekenntnis ersetzt wird. Wir erklären das Reprisenhafte und die besondere Übersetzungsleistung der Juristenphilosophie damit, daß sie der Befriedigung eines Legitimationsbedarfs der Jurisprudenz dient, der durch Dogmatik, methodologische Erörterungen, allgemeine Rechts- und Prinzipienlehren nicht mehr gedeckt werden kann“ (Herbert A. Rottleuthner, Die Substantialisierung des Formalrechts. Zur Rolle des Neuhegelianismus in der deutschen Jurisprudenz, in: Oskar Negt (Hrsg.), Aktualität und Folgen der Philosophie Hegels [Frankfurt a.M. 1970] 211–264, 211). Diese Darstellung ist weitgehend richtig; oft genug ist Juristenphilosophie wenig anderes als Anpassung an den gerade gängigen philosophischen Jargon; ein besonders peinliches Kapitel bildet hier das Bemühen um eine Rechtsontologie in der Nachkriegszeit (Maihofer, Marcic u. a.), das in ein geradezu automatenhaftes – und von Heidegger zutiefst verabscheutes – Heideggerianisieren mündete und der Sache des Rechts nicht die mindeste

Wortführer war hier Rudolf Stammler, der mit seiner Lehre vom Rechtsbegriff und der Rechtsidee seit 1896, dem Erscheinen von *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, die Thematik und den Verlauf der rechtsphilosophischen Selbstverständigung der Jurisprudenz bis zum Kriegsausbruch maßgeblich bestimmte. In Auseinandersetzung mit ihm entstanden unter anderem die Konzeptionen von Max Salomon, Carl August Emge und vor allem auch Julius Binder, der sich dann später, nach seinem dialektischen Damaskus, von einem neukantianischen Saulus zu einem neuhegelianischen Paulus wandeln sollte⁸.

philosophische Klarheit brachte. Die neukantianische Rechtsphilosophie und Rechtstheorie möchte ich jedoch von diesem Vorwurf ausnehmen. Gewiß: Wissenschaftliche und philosophische Grundlegung nach irgendwie Kantischer Manier war das unentrinnbare Motto der Zeit, aber der rechtsphilosophische Kantianismus hat sich durchaus auf eigene Faust an die Arbeit gemacht. Stammler ist philosophisch nicht unorigineller als Cohen. Daß beider Philosophieren heute lediglich noch von historischem Interesse ist, beide in ihren rechtsphilosophischen resp. ethischen Entwürfen einen Irrweg eingeschlagen haben, auch beide nicht als leuchtendes Beispiel logischer Klarheit und argumentativer Stringenz gelten dürfen, steht dabei auf einem anderen Blatt.

⁸ Während die theoretische Philosophie des Neukantianismus gelegentlich aus systematischem Interesse rezipiert wird, ist der praktische Neukantianismus einschließlich der neukantianischen Rechtsphilosophie sowohl in historischer wie in philosophischer Hinsicht eine terra incognita. In den philosophiegeschichtlichen Darstellungen des Südwestdeutschen und des Marburger Neukantianismus kommen die juristischen Vertreter nicht vor, Radbruch nicht, aber auch nicht Stammler, dessen Werk das vieler genannter philosophischer Mitglieder aus dem Hintergrund der beiden philosophischen Schulgemeinschaften sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht überragt. Im „Neukantianismus“-Artikel des „Historischen Wörterbuchs der Philosophie“ wird Stammler noch nicht einmal erwähnt, der ungewöhnlich große Einfluß der neukantianischen Theoriekonzeption auf juristische Grundlagenreflexion unterschlagen. Auch fehlt bis heute eine Gesamtdarstellung der neukantianischen Rechtsphilosophie. – Es gibt verdienstvolle Einzeluntersuchungen zum praktischen und rechtsphilosophischen Neukantianismus; allen voran die wirklich ausgezeichnete Cohen-Dissertation von Winter (1980). Aber auch diese Arbeit hat einen gravierenden Mangel: Sie verspricht zwar eine systematische Untersuchung, doch sie liefert keine; sie setzt sich nicht sachlich mit der Ethik-Konzeption Cohens auseinander, argumentiert nicht, sondern stellt nur dar; der philosophische Wert der merkwürdigen Vorstellungen Cohens über das Verhältnis von philosophischer Ethik und wissenschaftlichem Recht wird nicht herausgestellt; es findet keine systematische Überprüfung statt, was nur vor dem Hintergrund eines entsprechend informierten philosophischen Problembewußtseins möglich gewesen wäre. Dieser Vorwurf systematischer Unerheblichkeit ist erst recht den Dissertationen von Escher (1993), Müller (1996) und Jakob (1996) zu machen. So sehr es zu begrüßen ist, daß sie sich mit den rechtsphilosophischen Vorstellungen von Graf zu Dohna, Stammler und Binder beschäftigen, so sehr ist es zu bedauern, daß sie sich nicht auf ihre Denker philosophisch einlassen, daß sie sie nicht als Philosophen ernstnehmen, sie philosophisch überprüfen, ihre Argumente rekonstruieren, in ihren systematischen Zusammenhang stellen und sie philosophisch abwägen und werten. Sie paraphrasieren nur, sind daher als Inhaltsangaben fremden Denkens recht brauchbar. Sie vermehren jedoch nicht unser Wissen über die philosophische Bedeutung der neukantianischen Rechtsphilosophie, zeigen nicht, ob und ggf. was die Rechtsphilosophie systematisch von den Neukantianern lernen kann und wie deren philosophische Leistung aus dem Blickwinkel gegenwärtiger rechtsphilosophischer Anstrengungen zu beurteilen ist, beantworten auch nicht die naheliegende, jeden juristischen und philosophischen

Der „Geschichtsschreiber der Philosophie“, so belehrte der junge Privatgelehrte Hermann Cohen 1870 den Nestor der Philosophiegeschichtsschreibung Kuno Fischer, müsse immer als Philosoph auftreten und starken systematischen Anteil an den Problemen der von ihm dargestellten Philosophie nehmen, dann werde er immer gediegene Arbeit leisten, die sowohl durch „urkundliche Treue“ als auch durch „systematische Klarheit“ zu überzeugen wisse⁹. Urkundliche Treue freilich wird wohl niemand Hermann Cohens Kant-Interpretation bescheiden wollen, den in den frühen Kant-Büchern dargelegten Interpretationen der drei Kritiken nicht und noch weniger der Auffassung von Kantischer Philosophie, die Cohens eigenes, ebenfalls dreiteiliges System der Philosophie wie ein Schatten begleitet.

Im Gegenteil: Das Programm einer „Wiederherstellung der Kantischen Philosophie“, auf das sich nach Cohen jede selbstbehauptungsfähige Philosophie, jede Philosophie also, die als Wissenschaft unter Wissenschaften bestehen können will, stützen muß, beruht seinerseits auf zwei tiefreichenden Fehlinterpretationen des Kantischen Philosophiekonzepts. Die erste verbirgt sich hinter einem Lob, die zweite hinter einem Tadel; zuerst von Cohen geäußert, sind beide geradezu zu Gemeinplätzen des Marburger Neukantianismus geworden. Die Neukantianer haben Kant gelobt, weil er ein zukunftsfähiges Philosophiekonzept entwickelt habe, indem er Philosophie als reine Logik wissenschaftlicher Erkenntnis neu begründet habe. So mit einer genuinen und wissenschaftlich hochreputierlichen Aufgabe versehen, müßte die Philosophie nicht länger um ihre Existenzberechtigung bangen. Kant habe die Philosophie für das wissenschaftliche Zeitalter tauglich gemacht, sie zu einem Medium wissenschaftlicher Selbstaufklärung gemacht: Sie lege die grundbegriffliche Verfassung frei, in deren Rahmen die gegenstandsversunkenen, nicht zum Beruf der Reflexion taugenden Wissenschaften erfolgreich tätig seien. Kerngehalt des Lobes ist also eine wissenschaftslogische Reduktion transzendentalphilosophischer Erfahrungsbegründung. Wenn damit die gesamte transzendente Apparatur, die Unerkennbarkeitspole des Ding an sich auf der Objektseite und der transzendentalen Subjektivität auf der Subjektseite ebenso wie das zwischen sie eingespannte, auf metaphysische Deduktion und transzendente Deduktion sich stützende gegenständlichkeitssichernde Konstitutionsverfahren obsolet werden, entfallen auch die Argumente, die Kant gegen eine Übertragbarkeit des in der *Kritik der reinen Vernunft* entwickelten Argumentationsmusters auf die anderen Regionen philosophisch-systematischer Re-

Rechtsphilosophen vor allem interessierende Frage: Warum ist die gegenwärtige Rechtsphilosophie nicht mehr neukantianischen Zuschnitts? Warum wird heute nicht mehr so ein weit ausgedehntes, um Rechtsbegriff und Rechtsidee kreisendes Theorieprogramm in der Rechtsphilosophie verfolgt? Dafür muß es doch Gründe geben; und über diese Gründe muß man sich doch philosophisch klar werden!

⁹ Hermann Cohen, Zur Kontroverse zwischen Trendelenburg und Kuno Fischer, in: Zeitschrift für Völkerpsychologie und Sprachwissenschaft 7(1870) 249–296, wieder abgedruckt in: Hermann Cohens Schriften zur Philosophie und Zeitgeschichte, 2 Bde., hrsg. v. A. Görland und E. Cassirer (Berlin 1928) Bd. 1, 229–276 (das Zitat hier S. 272).

flexion vorgebracht hat. Dann steht einer allseitigen Anwendbarkeit der wissenschaftslogischen Begründungsmethode nichts mehr im Wege; insbesondere ist dann gar nicht mehr einzusehen, warum nicht auch die praktische Philosophie nach kritischer Methode traktiert und wissenschaftslogisch ausgelegt werden soll. Daher werfen die Marburger, die Philosophen wie die Rechtsphilosophen, in ihrem Schrifttum Kant immer wieder vor, daß er vor einer konsequenten Übertragung seines säkularen Begründungskonzepts auf die Provinzen des Wollens und Handelns zurückgeschreckt sei; bezeichnenderweise erblickten sie in einer einseitigen Liebe zu den mathematischen Naturwissenschaften und einer mangelnden Kenntnis der Sozial- und Geisteswissenschaften und insbesondere der Jurisprudenz die entscheidende Ursache für dieses systematische und methodische Versagen Kants.

Die Aufgabe der neukantischen Rechtsphilosophie ist damit umrissen: Es geht darum, unter Rückgriff auf begrifflich-methodische Bestimmungsstücke der vom Neukantianismus in die *Kritik der reinen Vernunft* hineingelesenen Kantischen Begründung der mathematisch-naturwissenschaftlichen Erkenntnis eine wissenschaftliche Grundlegung des Rechts und der Rechtswissenschaften zu versuchen. Dabei sind selbstverständlich unterschiedliche Lösungen entwickelt worden, die sich teils erheblich voneinander unterscheiden. Der rechtsphilosophische Neukantianismus ist keinesfalls eine einheitliche Theoriekonzeption. Neukantianische Rechtsbegründung meint darum auch Verschiedenes: Nicht nur macht sich der Unterschied der beiden Neukantianismus-Schulen bei der Rechtsbegründung bemerkbar, Unterschiede bestehen auch zwischen der philosophischen Scholastik der Marburger und den sich in unterschiedlicher Weise darauf beziehenden und sich selbst als neukantianisch verstehenden Konzeptionen Stammers einerseits und Kelsens andererseits. Diese Unterschiede wurden keinesfalls als erkenntnismehrende Ausdifferenzierung eines gemeinsamen Fundus methodologischer Intuitionen und systematischer Überzeugungen begrüßt, sondern immer übel vermerkt. Scharf wies Cohen Stammler zurecht, als dieser sich an einer ethikfreien Konzeption richtigen Rechts versuchte, und dieser revanchierte sich, indem er, darin mit Kantorowicz und anderen Rechtskundigen einig, dem Philosophen einen „haarsträubenden Dilettantismus in iuridicis“¹⁰ bescheinigte. Und heftig tobte die Auseinandersetzung zwischen Kelsen und Sander in der niederösterreichischen Neukantianismus-Filiale. Als gelassener Hermeneutiker, für den der Hegelsche Affekt gegen das Reine zur Naturausstattung und Berufsethik gehört, wird man nicht ohne Häme auf diese Zwietracht unter den Reinen schauen: Anderes war nicht zu erwarten – wenn Reine unter sich sind, muß es ungemütlich werden. Es gibt aber sicherlich auch einen objektiven, in der philosophischen Sache liegenden Grund: Die Zwietracht wird be-

¹⁰ Brief Stammers an Natorp v. 31. Dezember 1907, in: H. Holzhey (Hrsg.), Cohen und Natorp, Bd. 2: Der Marburger Neukantianismus in Quellen. Zeugnisse kritischer Lektüre – Briefe der Marburger – Dokumente der Philosophiepolitik der Schule (Basel, Stuttgart 1986) 263.

günstigt durch das systematische Zwielficht, das über diesem Unternehmen des rechtsphilosophischen Neukantianismus liegt und die Grenzen zwischen Theorie des Rechts und Theorie der wissenschaftlichen Rechtserkenntnis, zwischen wissenschaftstheoretischem Erkenntnisprogramm und normativer Rechtsbegründung verschwimmen läßt und den Positivismus als Wahrheit des Apriorismus enthüllt.

Ich werde im folgenden die beiden Gestalten neukantianischer Rechtsphilosophie etwas eingehender untersuchen, die am weitesten voneinander entfernt sind. Das ist einmal die Rechtsphilosophie Stammlers; das ist zum anderen die Rechtslehre Kelsens. Ich werde kein Textreferat geben, sondern meine Darstellung allgemeineren rechtsphilosophischen Problemlinien anpassen. Im Mittelpunkt stehen die unterschiedlichen Ausgestaltungen der neukantianischen Begründungsintuitionen. Bevor ich aber nun mit einem Steckbrief der Stammlerschen Rechtsphilosophie beginne, möchte ich eine kurze Skizze von Hermann Cohens *Ethik des reinen Willens*, des zweiten Teils seines ‚Systems der Philosophie‘, geben, einmal um ihrer Merkwürdigkeit willen und um die absonderliche Rolle der Rechtswissenschaft in dieser wissenschaftlichen Ethik zu beleuchten, zum anderen aber auch, weil interessante, wenn auch nicht grundlegende Beziehungen zwischen Cohens Ethikkonzeption und der Rechtsphilosophie Stammlers und der Rechtslehre Kelsens bestehen. Denn einmal hat Cohen in seiner *Ethik des reinen Willens* Stammlers Konzeption des richtigen Rechts wegen dessen Ethikneutralität heftig kritisiert und den Freund Natorps damit gleichsam exkommuniziert: Das Marburger Schulhaupt achtete eifersüchtig auf die Verbreitung seiner Lehre und duldete nicht, daß man von den von ihm aufgezeigten Wegen abwich. Auf der anderen Seite hat sich nun ironischerweise Kelsen in der zweiten Auflage seiner *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* dazu bekannt, „den entscheidenen erkenntnistheoretischen Gesichtspunkt, von dem allein aus die richtige Einstellung der Begriffe Staat und Recht möglich war, (...) durch Cohens Kant-Interpretation, insbesondere durch seine „Ethik des reinen Willens“ gewonnen“¹¹ zu haben: Ein Rechtspositivist sah damit die Grundbegriffe seiner Wissenschaft durch einen Philosophen ins rechte Licht gerückt, der aus eben diesen Grundbegriffen die Grundüberzeugungen eines ethischen Humanismus als ihren logischen Inhalt gekeltert hat. Freilich hatte Kelsen nicht die Lektüre des Cohenschen Buches selbst auf diese methodische Verwandtschaft aufmerksam gemacht, sondern eine Besprechung in den *Kant-Studien* anläßlich der ersten Auflage seiner *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, die dieses Buch als einen „mit logischer Energie und Strenge durchgeführten Versuch, den Transzendentalismus in die Rechtsphilosophie einzuführen“¹², feiert.

¹¹ Kelsen 1911 (21923) S. XVII.

¹² Oscar Ewald, Besprechung von Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, in: Kant-Studien 17 (1912) 396–398.

I.

Wie alle philosophischen Disziplinen ist auch die Ethik reich an merkwürdigen, ja bizarren Konzeptionen. Zumeist stammen diese von Außenseitern und tief ergriffenen Liebhabern. Eine der merkwürdigsten ist jedoch im wirklichkeitentrückten Zentrum deutscher Universitätsphilosophie ausgedacht worden. Nicht daß sie absonderliche Vorstellungen über die normativen Grundlagen der individuellen Lebensführung und der politischen Gemeinschaft enthalten würde: Sie ist eher konventionellen Inhalts, zwar klingen die großen Worte gegen Ende des 19. Jahrhunderts alle etwas hohler als ein Jahrhundert zuvor, aber es ist ohne jeden Abstrich der euphorische kosmopolitische Humanismus der Aufklärung, dem sie sich verpflichtet weiß. Jedoch die philosophische Begründung, die der Ethik hier zuteil wird, ist ungewöhnlich. Sie wird von der für den Marburger Neukantianismus kennzeichnenden These vom Wissenschaftsfaktum getragen, die des näheren besagt, daß die philosophische Reflexion sich nicht direkt wirklichkeiterschließend betätigen kann, sondern von einer vorausgesetzten Wissenschaft abhängig ist, also immer den Weg einer transzendentallogischen Erhellung der Grundlagen spezifischer wissenschaftlicher Erkenntnis einschlagen muß. Welt und Wirklichkeit finden für den Marburger Neukantianismus also nur statt, insofern sie Gegenstand wissenschaftlicher Aufmerksamkeit geworden sind. Selbst in dieser transzendentallogischen Subtilität ist die Kapitulation der Philosophie vor dem triumphierenden Szientismus freilich noch erkennbar. Wie sein Zwillingsbruder, der Logische Empirismus, glaubt der Marburger Neukantianismus das philosophische Überleben nur durch Unterwerfung unter das Regiment wissenschaftlicher Erkenntnis und Anerkennung wissenschaftlicher Sprachregelungen sichern zu können.

„Der Logik liegt das Faktum der mathematischen Naturwissenschaft vor. Auf welche Wissenschaft kann sich die Ethik berufen? Man könnte die Jurisprudenz nennen.“¹³ Freilich hat Cohen diesen Gedanken hier, in der Einleitung zu Langes *Geschichte des Materialismus* noch verworfen, da er der Jurisprudenz noch keine selbständige konstruktive Begriffsarbeit zugestehen, sie noch nicht als „ein methodisches System von ihr eigenen Begriffen“ betrachten konnte. Der rechtswissenschaftliche Gegenstand verdanke sich nicht einer autarken, wissenschaftlich kontrollierten Herstellung durch erzeugende Begriffe, er sei lediglich ein „Objekt zweiter Hand“¹⁴, an dessen Hervorbringung vor aller wissenschaftlichen Vermessung Geschichte und Gesellschaft auf undeutliche und unorganisierte Weise immer beteiligt sind.

Daß auf die Jurisprudenz wenig wissenschaftlicher Verlaß ist, haben einige ihrer Vertreter ja auch unumwunden zugegeben. „Indem die Rechtswissenschaft das

¹³ Hermann Cohen, Biographisches Vorwort und Einleitung mit kritischem Nachtrag zu Friedrich Albert Langes *Geschichte des Materialismus und Kritik seiner Bedeutung in der Gegenwart* (Leipzig 5 1896) LI.

¹⁴ Cohen 1904/1907, 599.

Zufällige zu ihrem Gegenstande macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei be-richtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makula-tur.“¹⁵ So lautet in nuce das Argument des Richters Julius Hermann von Kirch-mann aus seinem berühmten Vortrag über die „Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“. Sicherlich, der Jurisconsultus und Jurisperitus müssen immer wie-der in die Gesetzesblätter schauen, aber Rechtswissenschaft ist mehr als Gesetzes-kunde. Schon Thomas Hobbes hat in der *praefatio* von *De Cive* die kontingente Gestalt der Gesetze von ihrer Natur unterschieden und dabei als Nominalist nicht an eine Wesensnatur und als Rechtspositivist nicht an normative Prinzipien ge-dacht: „ne quae sint, sed quid sint leges“, wolle er zeigen¹⁶. Der erste, der diese Unterscheidung aufgegriffen und die Aufgabe einer juristischen Grundlehre we-nigstens in Ansätzen in Angriff genommen hat, war wohl John Austin: In seinen nachgelassenen *Lectures of Jurisprudence* findet sich ein Aufsatz, der geradezu Programmbeschreibung einer zwischen Naturrecht und geschichtlicher Gesetzes-kunde gelegenen allgemeinen Rechtslehre enthält: „Of the principles, notions, and distinctions which are subjects of general jurisprudence, some may esteemed nec-essary. For we cannot imagine coherently a system of law (or a system of law as evolved in a refined community), without conceiving them as constituent parts of it.“¹⁷ Damit ist das verbindliche Theorieprogramm für das ganze Jahrhundert des juristischen Positivismus umrissen: Die traditionelle, normative Rechtsphiloso-phie wird ersetzt durch eine Allgemeine Rechtslehre oder juristische Prinzipien-lehre¹⁸ oder juristische Grundlehre¹⁹, die als „höchstes Stockwerk der positiven Rechtswissenschaft“²⁰ anzusehen ist und sich die Aufgabe stellt, die allgemeinsten Rechtsbegriffe zu bestimmen und in ihrem Bedeutungszusammenhang zu klären. Betrachtet man diese rein empirische Allgemeine Rechtslehre aus dem Blick-winkel der naturrechtlichen Tradition, dann mag man hier abschätzig von einer „Euthanasie der Rechtsphilosophie“²¹ reden. Das zwischen den Sternen aufge-hängte Naturrecht kann auf dem Wege der grundbegrifflichen Klärung der Wis-senschaft positiven Rechts nicht erreicht werden; aber der mit Historismus und Relativismus alliierte Positivismus hat ohnehin allen Glauben an geschichtsjensei-tige und kulturinvariante normative Bestimmungen verloren. Gleichwohl weist sein Theorieprogramm das philosophische Begründungsinteresse keinesfalls a limine ab, im Gegenteil, „der unausrottbare philosophische Trieb kommt hier fast

¹⁵ J. H. v. Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848, Neuaus-gabe von G. Neesse 1938) 37.

¹⁶ Hobbes, *De cive*, Praefatio ad Lectores, in: *ders.*, *Vom Menschen – Vom Bürger* (Hamburg 1959) 73.

¹⁷ John Austin, *On the uses of the study of Jurisprudence*, in: *Lectures on Jurisprudence II*, 1072.

¹⁸ Vgl. Ernst Rudolf Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, 5 Bde. (Freiburg, Leipzig, Tübin-gen 1894 ff.).

¹⁹ Vgl. Somló 1917.

²⁰ G. Radbruch 1913/1973, 109.

²¹ 110.

wider Willen zum Durchbruch“. Die Philosophie kann der Versuchung einfach nicht widerstehen, auf dieser Bühne der Allgemeinen Rechtsphilosophie ihre Erfolgsinszenierungen aus früheren Spielplänen zu wiederholen. Es bedarf dazu nur einer Voraussetzung: Einige der Grundbegriffe müssen kategoriales Format besitzen, auf ein einheitliches Prinzip legitimierend zurückgeführt werden können und für jede Rechtsordnung überhaupt nachweislich von konstitutiver Bedeutung sein, dann vermag sich die Allgemeine Rechtslehre in Philosophie zu verwandeln, in eine Philosophie des positiven Rechts, die zugleich Philosophie der Wissenschaft des positiven Rechts ist. Diese philosophische Aufwertung der empirischen Allgemeinen Rechtslehre hat sich der rechtsphilosophische Neukantianismus zur Aufgabe gemacht; und nicht nur der Marburger, sondern auch der Südwestdeutsche. „Es wird sich uns später erweisen“, verspricht etwa Radbruch in seiner *Rechtsphilosophie*, „daß etwa Begriffe wie Rechtssubjekt und Rechtsobjekt, Rechtsverhältnis und Rechtswidrigkeit, ja der Begriff des Rechtes selber, nicht zufälliger Besitz einzelner oder auch aller Rechtsordnungen, sondern notwendige Voraussetzung sind, eine Rechtsordnung als Rechtsordnung überhaupt zu begreifen. Solche Begriffe gehören nicht mehr einer empirischen Allgemeinen Rechtslehre an, sondern bereits einer Philosophie des positiven Rechts – freilich eben nur: des positiven Rechts.“²² Der rechtsphilosophische Neukantianismus bemüht sich um eine philosophische Begründung der Allgemeinen Rechtslehre. Er steht am Ende einer langen Tradition der Begriffsjurisprudenz und der Konstruktionsjurisprudenz, die insbesondere mit den Schriften Savignys, des frühen, vorteleologischen Ihering, Gerbers, Windscheids, Labands, von Gierkes und Jellineks verbunden ist.

In den Schriften dieser großen Juristen des 19. Jahrhunderts hat Cohen dann das hinreichend begrifflich durchgearbeitete, selbst methodisch Begriffe erzeugende Wissenschaftsfaktum gefunden, das er seiner philosophischen Ethik zugrundelegen konnte. Sein Zutrauen in die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft und damit in ihren philosophischen Orientierungswert mag dabei sicherlich auch durch Stammers monumentale Arbeit über *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* von 1896 bestärkt worden sein, in der die Gesellschaft als rechtsförmig geordnete wirtschaftliche Bedürfnisbefriedigung dechiffriert und die Rechtswissenschaft als Wissenschaft der gesellschaftlichen Formierung und die Nationalökonomie als Wissenschaft des gesellschaftlichen Stoffes behandelt werden. Stammler will mit dieser sozialphilosophischen Grundlegungsarbeit nichts Geringeres als die Rationalitätspotentiale in Wissenschaft und Politik entfesseln, durch Verwissenschaftlichung einer moralisch-sozialistischen Politik den Weg bereiten. Denn „noch hat die Sozialwissenschaft die rechte Methode nicht gefunden, mit der sie, so wie es namentlich in der mathematischen Naturwissenschaft möglich ist, im einzelnen sicher fortschreiten könnte“²³. Man ist versucht, das zu verallgemeinern: Der Neukantianismus ist die letzte²⁴ und zu-

²² Ebd.

²³ *Stammler* 1896, 3 f.

²⁴ Eines der bemerkenswertesten Dokumente der hohen Erwartungen von den gesellschafts-

gleich höchste Aufgipfelung des optimistischen Szientismus der Moderne kurz vor seinem Niedergang²⁵.

„Die Ethik lässt sich als die Logik der Geisteswissenschaften betrachten. Sie hat die Begriffe des Individuums, der Allheit, sowie des Willens und der Handlung zu ihrem Problem. Alle Philosophie ist auf das Faktum von Wissenschaften angewiesen. Diese Anweisung auf das Faktum der Wissenschaften gilt uns als das Ewige in Kants System. Das Analogon zur Mathematik bildet die Rechtswissenschaft. Sie darf als die Mathematik der Geisteswissenschaften, und vornehmlich für die Ethik als ihre Mathematik bezeichnet werden.“²⁶ Wenn die Philosophie keinerlei Außenhalt an einem geeigneten Wissenschaftsfaktum hat, ihre Reflexion nicht an der soliden Erkenntnis methodischer Wissenschaft orientieren kann, dann droht die

politischen Optimierungsfolgen wissenschaftlich angeleiteter Philosophie aus den frühen Stunden der Neuzeit ist – neben dem notorischen – und durch die folgende Entwicklung ja auch auf eine alle Erwartungen übersteigende Weise eingelöst – Naturbeherrschungsoptimismus Bacons – Hobbes' Konzept einer methodisch angeleiteten und wissenschaftlich gestützten Befriedung der gesellschaftlichen Verhältnisse aus dem Leviathan; vgl. *Wolfgang Kersting*, Die Begründung der politischen Philosophie der Neuzeit im Leviathan, Einleitung, in: *W. Kersting* (Hrsg.), *Leviathan* (Berlin 1996) 9–28; *W. Kersting*, *Thomas Hobbes* (Hamburg 1992) 37 ff.

²⁵ Die Philosophie und mit ihr alle sonstige Theoriebildung hat sich schwer getan, sich mit ihrer praktischen Unerheblichkeit abzufinden. Und es hat vieler Desillusionierungserlebnisse bedurft, bis sie von diesem törichtem Grundlegungsmessianismus abgelassen hat, mit dem sie ihre Bedeutung an Erfolgskriterien gekettet hat, denen sie nie genügen konnte. Welch' merkwürdig steile Erwartungen haben noch die methodomanen Neukantianer mit der kritischen Grundlegung der Wissenschaften verbunden. Wie fremd ist uns doch glücklicherweise diese Methoden- und Grundlegungsgläubigkeit geworden, die ja selbst noch das Husserlsche Denken geprägt hat: Man denke nur an die ungeheuerliche These, die die geistig-politische Krise Europas mit der Krise der Philosophie verbandelt und für die erstere Remedur aus der transzendentalphänomenologischen Bereinigung der letzteren erwartete. Alle Welt war damals davon überzeugt, daß der Streit der Theoretiker nicht nur Symptom tieferer, materialistisch verschuldeter Verwerfungen war, sondern daß seine Beilegung – und das heißt ja immer: der Sieg der je eigenen Position – einen unmittelbaren Besserungseffekt für die materialen Verhältnisse haben würde. So auch Stammler: „Das ist aber kein Streit mehr, der die Akademie allein zu interessieren vermöchte. Die Frage nach der obersten Gesetzmäßigkeit, unter der das soziale Leben in Abhängigkeit zu erkennen ist, mündet praktisch in die grundsätzliche Auffassung über das Verhältnis des einzelnen zur Gemeinschaft sofort aus; und von jener ersten prinzipiellen Einsicht hängt die Ergreifung und Lösung der Aufgabe von der Weiterbildung, der Umwandlung und der Vervollkommnung unserer sozialen Ordnungen ab. Jede politische Partei, die nicht sich selbst zur Eintagsfliege verurteilen und durch Beschränkung bloß auf konkrete Ziele den Todeskeim sich einpflanzen will, muß von einem festen Prinzipie über Grund, Bestimmtheit und Aufgabe aller Gesellschaftsordnungen ausgehen. In diesem Sinne werden die politischen Programme aufgestellt; oder sollten es doch sein, sofern sie logisch klar und begründet, sowie ehrlich und reell gemeint sind. Wenn es kein objektives Richtmaß des sozialen Lebens überhaupt gäbe, so könnte man über die einzelnen historisch auftretenden Gesellschaftsordnungen ein kritisch begründetes Urteil, welches dieselben billigen oder verwerfen wollte, gar nicht abgeben“ (1896, 6). Welch' eine Überschätzung des Prinzipiellen! Welch' ein wirklichkeitsfremdes Verständnis von den Faktoren gesellschaftlich-geschichtlicher Wirksamkeit!

²⁶ *Cohen* 1904/1907, 66.

philosophische Erkenntnisbemühung entweder im psychologischen Treibsand des Subjektiv-Beliebigen zu versinken oder in den dogmatischen Verliesen der Religion zu verenden. Der Rechtswissenschaft – und das ist immer die Allgemeine Rechtslehre und die Allgemeine Staatsrechtslehre – kommt aufgrund der „Prägnanz und Präzision“ ihrer Begriffe innerhalb der Geisteswissenschaften, der moralischen Wissenschaften nach Cohen, die Rolle zu, die innerhalb der Naturwissenschaften die Mathematik einnimmt. Diese Sichtweise ist der Zunft nicht unvertraut. Die mathematische Natur rechtswissenschaftlicher Begriffsarithmetik ist bereits vor Cohen herausgestellt worden und als Selbstverständigungstopos der Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz weit verbreitet gewesen. Bereits von Savigny hatte die römischen Juristen als Begriffsrechner bezeichnet – als Begriffsrechnen, als *ratiocinatio*, hatte übrigens auch Hobbes das methodische Verfahren beweisender Wissenschaft charakterisiert. Hierher gehört auch das, was Rudolf von Ihering vor seiner Konversion vom „Cultus des Logischen“²⁷ zum Cultus des Teleologischen über die juristische Technik und ihre begriffliche Voraussetzung geäußert hat: In seiner schönen Metapher vom juristischen Begriffsalphabet schimmert deutlich die rationalistische Utopie einer rechtsbegrifflichen *mathesis universalis* durch. Wir hören hier den rechtswissenschaftlichen Nachhall der Lieblingsvorstellung des methodomanischen 17. und 18. Jahrhunderts von der analytisch-synthetischen Theorie, die mit wohldefinierten irreduziblen Grundbegriffen und einer Handvoll klarer Ableitungsregeln in eine Wirklichkeit mit stets wechselndem Inhalt ausschwärmt und allseits gesicherte Erkenntnis zurückbringt. Und selbst die unmittelbare Gleichsetzung der Rechtswissenschaft mit der Mathematik findet sich bereits bei Jellinek²⁸.

Zur Zeit Cohens freilich glaubten große Teile der rechtswissenschaftlichen Zunft nicht mehr so recht an den mathematikanalogen Charakter der Rechtswissenschaften; der logisch-semantische Optimismus der Pandektisten, der Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz war verflogen. Bergbohm redete von der „tiefen Not unserer Wissenschaft um die juristischen Grundbegriffe“ und tat alle bisherige Allgemeine Rechtslehre geringschätzig als Sammelstelle vagabundierender Termini ab²⁹. Und in dieser Situation des Selbstzweifels der Rechtswissenschaft greift Cohen auf die Allgemeine Rechtslehre zurück, um sie als Fels für transzendente Bohrungen nach tieferliegenden ethischen Bedeutungsschichten zu benutzen. Denn das philosophische Projekt der Ethik des reinen Willens hat selbst nichts mit dem Erkenntnisprogramm der Allgemeinen Rechtslehre zu tun. Ist die Allgemeine Rechtslehre von ihren induktiv-empirischen Fassungen bis zur anspruchsvollsten Form einer Philosophie des positiven Rechts durchgängig de-

²⁷ Rudolf von Ihering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Teil, 1. Abt. (Leipzig 41888) 321.

²⁸ Die Rechtswissenschaft habe „ihr Gegenstück unter den theoretischen Wissenschaften an der Mathematik“ (Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte [Freiburg 1892] 16, Anm. 2).

²⁹ Bergbohm 1892, 54, 96, 102.

skriptiver Natur, so dient sie Cohen gerade bei der Gewinnung normativer Prinzipien von Recht und Staat, bei der Grundlegung einer Ethik des reinen Willens als philosophische Orientierung. „Das Recht hat in der Ethik seine Wurzeln, so muß daher auch aus der Rechtswissenschaft die Ethik ermittelt und in ihr begründet werden können.“³⁰

Diese transzendente Deduktion der Grundbegriffe der Ethik am Leitfaden der Rechtswissenschaft stützt sich offenkundig auf die folgenden Thesen: 1. Das Recht gründet in der Ethik. 2. Zur Ethik gelangen wir nur durchs Recht. 3. Zur Ethik gelangen wir jedoch nicht durch eine Analyse des geltenden Rechts, sondern durch eine Betrachtung der Rechtswissenschaft, genauer: ihrer reinen und wissenschaftlich klarsten Partien und ihrer kategorial dominanten Begriffe. Gerade in der Allgemeinen Rechtslehre, die die von allem empirischen Gehalt gereinigten Grundbegriffe der Rechtswissenschaft und des Rechts in ihrem semantischen Zusammenhang untersucht, wird die transzendente Untersuchung fündig. Wird die juristische Grundlehre mit der „Methode der Reinheit“³¹ traktiert, wird sie, wie in einem Palimpsest, ihren sittlichen Subtext freigeben. 4. Die dabei ans Licht tretenden ethischen Prinzipien sind zugleich die Grundprinzipien von Recht und Staat; sie konstituieren das, was früher als Naturrecht bezeichnet wurde und bei Cohen jetzt „Recht des Rechtes ... oder Ethik des Rechts“ heißt³². 5. Da nun im philosophischen Zentrum der Ethik die Lehre vom sittlichen, Besonderheit und Allheit zusammenbindenden, eben sich als besonderes Allgemeinwesen begreifenden Menschen steht, dessen ihm zugehöriger Lebensraum durch die Grundprinzipien von Recht und Staat gebildet werden, kennt die Cohensche Ethik keine Individualmoral, die neben Rechts- und Staatsethik treten könnte. In seiner Sprache: „Die Ethik muß selbst als Rechtsphilosophie sich durchführen...kein Individuum im ethischen Sinne ohne Rechtsgemeinschaft.“³³ Gesinnung und individuelle Lebensführung sind bei Cohen nicht mehr von ethischem Belang³⁴, denn der Mensch „erlangt seine Seele erst in der Allheit“, im die Kosmopolis vertretenden, sich mit seinesgleichen völkerrechtlich vernetzenden Staat; nur im vollständig entbesonderen, entindividualisierten Jedermanns-

³⁰ Cohen 1904/1907, 227.

³¹ Cohen 1904/1907, VII.

³² Cohen 1907/1907, 70.

³³ Cohen 1904/1907, 225.

³⁴ Hier zeigt sich ein großer Unterschied zu Stammler; vgl. *Stammler* 1922/1928, 188, Anm. 6. Stammler unterscheidet zwischen sittlichem und sozialem Wollen, das jedes für sich unter einem Regime des Richtigen steht; richtiges sittliches Wollen hat seinen Ort im „Innenleben“, ist der „Wahrhaftigkeit“ und „Lauterkeit“ verpflichtet und zeigt sich als „Harmonie des Innenlebens“, richtiges soziales Wollen hat seinen Ort in der Gesellschaft, folgt den „Grundsätzen des Achtens und Teilnehmens“ und zeigt sich als „Harmonie des Zusammenlebens“. Es ist schon merkwürdig: Cohen wirft Stammler die Entethisierung des Rechts vor; und Stammler kann sich mit dem Vorwurf einer Entethisierung des Innenlebens revanchieren. Zum Dualismus von Sittlichkeit und Sozialität, individualmoralischem Innenleben und rechtlich-staatlichem Zusammenleben vgl. *Stammler* 1922/1928, 187–229; *Stammler* 1902/1926, 68–81.

menschen erfüllt sich der sittliche Menschenbegriff, kommt dem Menschen eine Seele zu³⁵.

Cohen geht bei seinem Vorhaben von der Voraussetzung aus, daß die erzeugenden Begriffe und die sich auf sie stützenden begrifflichen Konstruktionen der Jurisprudenz einen immanenten sittlichen Sinn haben und daß sich dieser philosophisch ermitteln und abgesondert als Rechtsphilosophie, als Prinzipienlehre von Recht und Staat darstellen läßt. Bemerkenswert ist, daß diese Voraussetzung nicht durch entsprechende geschichts- oder kulturtheoretische Thesen abgestützt wird, nicht durch ein Konzept des objektiven Geistes und seiner sowohl differenten wie gleichgesinnten Objektivationen getragen wird, sondern allein in seiner methodologischen These von der einschlägigen Wissenschaftsangewiesenheit philosophischer Erkenntnisbemühung getragen wird. Somit ist es ein Vorbegriff von Ethik, der sich seine Bezugswissenschaft sucht und in ihren kategorial dominanten Begriffen sein Spiegelbild erblickt. Derartige Entsprechungen können aber nur dann einleuchten, wenn ein *tertium comparationis* vorhanden ist und gleichsam als Spiegelachse fungiert. Was ist das Eigentümliche des Rechts, das es als wissenschaftliche Gestalt subkutaner, noch nicht philosophisch zu sich selbst gebrachter Ethizität erscheinen läßt? Es ist die spezifisch dem modernen Rechtsbegriff eigennende, sich als Negativität, Formalität, Generalität und Prozessualität anzeigende Abstraktheit: In der Rechtsperson sieht Cohen den Steckbrief des Kantischen *homo noumenon*, in dem Vertrag die von allen Partikularitäten absehende, kühl-nüchterne Anerkennungsgegenseitigkeit sittlicher Gemeinschaft, in dem Staat und seinen völkerrechtlich normierten Verhältnissen zu anderen Staaten die den Menschen erziehende, ihn seine Natur und kulturelle Partikularität austreibende, somit sittlich zu sich selbst bringende Allheit. Wenn man das Cohensche Projekt einmal aus seinen Systembindungen löst und von aller internen scholastischen Zurechtweisung befreit, zeigt sich eine unvermutete Plausibilität. Kant hat zwar seine praktische Philosophie nicht als geistes- oder sozialwissenschaftliche Grundbegriffslogik durchgeführt; überdies darf auch bezweifelt werden, ob sich die *Kritik der reinen Vernunft* als erkenntnislogische Grundlegung mathematischer Naturwissenschaft lesen läßt. Richtig ist aber, daß die Kantische Innovation der Moralphilosophie sich einer Grundoperation verdankt, die man je nach Geschmack als Szientifizierung oder als Juridifizierung bezeichnen kann. Schaut man sich die einzelnen Absetzungsbewegungen an, mit denen sich Kant von der traditionellen politischen Ethik des Aristotelismus, von ihrer empirisch-naturrechtlichen Kümmergestalt, der grotianisch-pufendorffschen *socialitas*-Lehre, von jeder Form eines in der Natur oder nur in der menschlichen Natur verankerten Teleologismus entfernt, schaut man sich an, wohin er in seiner Epistemologie des kategorischen Imperativs gelangt, dann stoßen wir auf Modelle, die wir aus dem Nomologismus neuzeitlicher Naturwissenschaft und aus den abstrakten Ordnungsvorstellungen des modernen Rechts kennen.

³⁵ Cohen 1904/1907, 7.

Die Rechtsperson ist die wissenschaftlich-gesellschaftliche Erzeugung einer eigenschaftslosen allgemeinen, nur durch Kompetenzen und Verpflichtungen, nur in der Perspektive rechtlich definierten Wollens und Handelns wahrnehmbaren Subjektkonstruktion; das Recht überzieht damit die faktischen Handlungen der Individuen mit einem abstrakten normbegrifflichen Netz, dessen Fäden in einigen erzeugenden Grundbegriffen wie in Knotenpunkten zusammenlaufen. Der *homo noumenon* und die Rechtsperson sind für Cohen siamesische Zwillinge; die der letzteren begriffslogisch aufgezwungene Eigenschaftslosigkeit hat sich der erstere durch egoismusüberwindende, Subjektivität transzendierende Anstrengungen zu erarbeiten. Die Betrachtungsperspektiven und Beziehungsgeflechte der Rechtspersonen sind darum den sittlichen Gestaltungen Vorbild; die konstruktiven Vereinigungen des Rechts enthalten in ihrem natur- und geschichtsabweisenden Zugschnitt die Verfassung der künstlichen Paradiese der Sittlichkeit. „Das Volk ist von dem logischen Blute der Familie; es stellt die Menschen in ihrer sinnlichen Natürlichkeit dar. Der Staat dagegen ist ein juristischer Begriff; der Begriff einer juristischen Person; das Musterbeispiel dieses Begriffes für den Begriff des sittlichen Menschen“³⁶; daher kann der Staat auch als „ethischer Faktor im Blutbegriffe des Volkes“ angesehen werden³⁷; seine Rechtsform macht ihn allheitsfähig, macht ihn zu einem Ort für sittliches Leben. Und die sich in den Rechtsbegriffen niederschlagende konsequente und rückhaltlose Abstraktionsleistung will Cohen gar als sittlichkeitsdidaktisches Vorbild scheinen: „Die rechtswissenschaftliche Darstellung und Begründung der idealen Person im Rechtssubjekte ist lehrreicher, überzeugender, weil präziser und prägnanter als alle die sonstigen Erweiterungen des Selbstgefühls, mit denen man das Individuum von den Schranken des Eigensinns und der Selbstsucht zu befreien und zu erlösen liebt.“³⁸

Daher sähe sich Cohen auch um den Ertrag all seiner Deduktionsbemühungen gebracht, würde er zugeben, daß es sich bei den rechtlichen Grundbegriffen um Fiktionen handelte. Damit würde dem Realismus weitaus mehr gegeben als ihm zukommt. Bei der Fiktionalisierung des Begriffs der Rechtsperson und der Rechtspersonalität von Gemeinschaften „besteht der grössere Schaden darin, dass dadurch die Annahme wieder bekräftigt wird, als ob nur die Person, die physische Person Rechtssubjekt sein könnte; so dass die Genossenschaft nur als Fiktion einer Person gedacht werden dürfe. Dahingegen schafft der Begriff der juristischen Person in der Genossenschaft eine neue Art von Willen, eine neue Art von Selbstbewusstsein und demgemäss eine neue Art von Rechtssubjekt. Daher ist dieser Begriff nicht als Fiktion zu bezeichnen, sondern es ist ihm der Grundwert der Hypothese zuzusprechen. Es ist die Hypothese des ethischen Selbstbewußtseins, des ethischen Subjektes, welche sich vollzieht in der juristischen Person der Genossenschaft.“³⁹ Und an anderer Stelle heißt es: „Die juristische Person entfernt sich von dem sinnlichen

³⁶ Cohen 1904/1907, 80.

³⁷ Cohen 1904/1907, 34.

³⁸ Cohen 1904/1907, 235.

³⁹ Cohen 1904/1907, 232.

Vorurteil der Einzelheit und ihrem Charakter der Mehrheit; sie konstituiert sich aufgrund der Allheit als Einheit des Rechtssubjektes. Dieses Beispiel, welches die Rechtswissenschaft der Ethik darreicht, ist mehr als ein Beispiel. Es ist ein Vorbild, wie solches anderwärts in keiner Form des Altruismus gefunden werden kann.⁴⁰ „Das subjektive Selbstbewusstsein der juristischen Person wird zum Musterbegriffe des ethischen Selbstbewusstseins.“⁴¹ Cohens Ethikdeduktion bewahrt die juristischen Grundbegriffe vor einem Fiktionalisierungs- und Technisierungsschicksal. Sie sind keine Operatoren in einem selbstgenügsamen dogmatischen Bedeutungsspiel der technischen Jurisprudenz, sondern sie besitzen eine in tieferliegenden Bedeutungsschichten ausbreitende basale Ethizität, die zwar durch den routinierten Begriffsgebrauch des dogmatischen Diskurses nicht berührt wird, aber den Begriffen gleichwohl durchgehend einen heimlichen sittlichen Sinn verleiht, den ans Licht zu bringen eben der Beruf der Philosophie ist.

Dieses Verfahren erweckt den Verdacht eines unaufhörlich zwischen ethischem Rechtsgrund und rechtlichem Ethikmuster rotierenden Begründungszirkels. Cohen beansprucht zwar, seine Vorstellungen im Zuge eines methodisch kontrollierten, wissenschaftlichen und jedermann einsichtigen Verfahrens entfaltet und aus einzelnen Deduktionsschritten zusammengesetzt zu haben. Solches ist ihm jedoch noch nicht einmal im Ansatz gelungen. Nicht erst im Vergleich mit der Argumentationskultur Kants erweist sich die *Ethik des reinen Willens* als ein fahriges und über weite Passagen unverständliches Buch, das die inhaltliche und strukturelle Äquivokation der Begriffe und Ordnungsmodelle des modernen Rechts und der universalistischen Moral ausbeutet und Rechtsbegriffe ethisiert und die Ethikbegriffe juridifiziert. Man hat den Eindruck, als ob die Ethik es hier dem Recht heimzahlen und die erlittene Juridifizierung durch ausschweifende Ethisierung vergelten wolle. Ein besonders eklatantes Ethisierungsbeispiel zum Schluß: Cohen vergleicht religiöse und rechtliche Vereinigungsformen auf ihre Versittlichungseignung und kommt zu dem Ergebnis: „Der kirchlichen Gemeinschaft steckt der Sonderbund im Blute. Das gerade ist das böse Beispiel, vor dem die Ethik sich zu hüten hat. Die juristischen Assoziationen hingegen führen uns auf den richtigen Weg. Schon geschichtlich haben sie ihre sittliche Mission bewährt, und noch keineswegs vollendet. Die *societas* ist zunächst zwar ein Kompagnie-Geschäft; aber ihr Titel weist auf die *societas* und *socialitas* des Menschengeschlechts hin. Es hängt Brüderlichkeit ... an ihr ...; ... die Gesellschaft hat im Sturmloch der Revolution, und mehr noch im langsamen Lauf der geschichtlichen Horen die sittliche Erziehung des Menschengeschlechts auf sich genommen.“⁴² Von einem religiös verankerten Weltethos hätte Cohen also wenig gehalten; von der Globalisierung der Rechtsform hingegen alles erwartet.

Hätte Cohen recht, dann hätte er ein besonders starkes, nämlich skeptizismus-immunes Präsuppositionsargument gegen den Rechtspositivismus gefunden. An-

⁴⁰ Cohen 1904/1907, 78 ff.

⁴¹ Cohen 1904/1907, 237.

⁴² Cohen 1904/1907, 76.

hänger des positivistischen Rechtsbegriffs behaupten ja, daß es keinerlei semantischen oder begrifflich-notwendigen Zusammenhang zwischen Recht und Moral gäbe, somit ein moralneutraler Rechtsbegriff keine *contradictio in adjecto* sei. Anhänger des nicht-positivistischen Rechtsbegriffs leugnen diese These; sie stützen sich auf allerlei Argumente, etwa das Richtigkeitsargument oder das Inkorporationsargument, das behauptet, daß jeder Rechtsordnung moralische Prinzipien eingeschrieben sind; sie operieren vernünftigerweise auch mit unterschiedlichen Aspekten der Rechtsbetrachtung, unterscheiden die moralneutrale und externe *de lege lata*-Perspektive von der notwendigerweise normative Gesichtspunkte einbeziehenden internen *de lege ferenda*-Perspektive⁴³. Hätte Cohen mit seiner These von der basalen Ethizität rechtlicher Grundbegriffe recht, dann wäre ein positivistischer Rechtsbegriff unmöglich; dann lebten die Kategorien des Rechts und die Figuren rechtlicher Ordnung von den privaten Rechtsgeschäften bis zu den gesellschaftsrechtlichen Sozietäten, von den politischen Vereinigungen bis zum Staat und den transnationalen Organisationen allesamt aus einem ethischen Wurzelwerk normativ gehaltvoller Bedeutung, dann wiese die Semantik dieser rechtlichen Begriffe und die Struktur der durch sie verfaßten gesellschaftlich-politischen Ordnung eine unauflösliche normativ-ethische Bedeutungsschicht auf⁴⁴. In der Rechtsphilosophie Stammlers bekommt die neukantianische Scholastik ein anderes Gesicht. Sie gibt auf das Naturrecht-Rechtspositivismus-Problem auch eine ganz andere Antwort.

II.

In seiner Schrift *Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie* von 1888⁴⁵ unterscheidet Stammler den philosophischen Juristen von dem Rechts-Philosophen; während der erste aus juristischer Kompetenz und intimer Kenntnis des juristischen Gegenstandes und seiner Grenzen zum Philosophieren getrieben wird, wird der zweite vom Standpunkt eines philosophischen Systems aus und somit extern das Problem des Rechts aufwerfen und solchermaßen das Recht notwendigerweise in den unseligen Streit der Philosophie über ihren Grund, ihren Ausgang und ihre Prinzipien hineinziehen. Stammler hat sich immer ausdrücklich als philosophischer Jurist⁴⁶ verstanden und somit den Vorwurf neukantianischer Schola-

⁴³ Vgl. R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Freiburg, München 1992) 27–136; zum Perspektivendualismus vgl. P. Koller, *Theorie des Rechts. Eine Einführung* (Wien, Köln, Weimar 1992) 17–36, 117–129.

⁴⁴ Mit dieser Bemerkung soll nur die Richtung angedeutet werden, die eine umfassende philosophische Würdigung der Cohenschen Rechtsethik einschlagen muß.

⁴⁵ *Stammler* 1925, *Rechtsphilosophische Abhandlungen*. Erster Band, 1–40.

⁴⁶ Gelegentlich hat Stammler auch die aus der juristischen Kompetenz durch philosophiemotivierende Irritation entstehende Rechtsphilosophie als „theoretische Rechtslehre“ bezeichnet und sie, damit einer damaligen Bezeichnungsgewohnheit folgend, von der dogmati-

stik an sich vorbeigelenkt; freilich ist Sachlichkeit schon immer die bevorzugte Tarnung des Scholastikers gewesen. Philosophie im Recht entsteht somit bereits, wenn ohne jede philosophische Vorentscheidung über Begrifflichkeit und Methode allgemeine Aussagen über das Recht überhaupt gemacht werden. Und da sich solche allgemeinen Überlegungen weniger der Ausbreitung eines allgemeinen spekulativen Interesses denn dem Auftauchen von Irritationen und Verstörungen verdanken, sind es vor allem Zweifelsfragen, zu deren Beschwichtigung rechtsphilosophische Überlegungen angestellt werden. „Es wird darauf ankommen, zuzusehen: ob es nicht Zweifelsfragen allgemeiner Art gibt, zu deren Aufwerfung der Jurist im Nachdenken über eine bestimmte Rechtsordnung von selbst getrieben wird, ohne daß er sie doch aus der Erkenntnis seines besonderen Rechtes oder irgendeines anderen beantworten könnte. Es müssen scharf gefaßte, jedem Verständigen klar erkennbare Probleme sein, die gerade in ihrer Aufwerfung auch noch gar keine Hinweise auf irgendeine erwartete Antwort enthalten. Solcher Probleme gibt es nun zwei. Denn es fragt sich – zum ersten – Ob dasjenige, was Recht ist, auch Recht sein sollte? – und zweitens – Wie es möglich ist, daß aus Rechtsbruch wieder Recht entstehen kann?“⁴⁷

Stammler will nun in seiner Schrift zeigen, daß die geschichtliche Rechtstheorie, und das ist seine Bezeichnung für alle empirische Rechtstheorie, nicht nur für die Historische Rechtsschule, nicht in der Lage ist, diese „Angstfragen der Rechtsphilosophie“⁴⁸ zu beantworten. Wie denn auch? Zumindest die erste Frage verlangt zu ihrer Beantwortung ein über bestehendes Recht hinausreichendes normatives Kriterium, mit dessen Hilfe moralisch zulässiges Recht von moralisch unzulässigem Recht geschieden werden kann. Eine empirische Rechtsquellenlehre kann jedoch nur Entstehungsursachen, nicht jedoch Richtigkeitsgründe benennen. Stammler entwickelt nun in dieser Frühschrift keine systematische Argumentation, sondern stellt ein Florilegium einschlägiger naturrechtspolemischer und naturrechtsfreundlicher Aussagen aus den Auseinandersetzungen des 19. Jahrhunderts zusammen, dessen Ertrag der Nachweis der Nichtnachweisbarkeit der rechtspositivistischen Behauptung von dem illusionären Charakter des Naturrechts ist. „Hiernach bestreite ich, daß durch die geschichtliche Rechtstheorie die naturrechtliche Frage als wissenschaftlich unberechtigt und unhaltbar erwiesen ist.“⁴⁹ Natürlich ist es nicht sonderlich überraschend, wenn Stammler die Vereinbarkeit des empirischen Interesses an vorliegenden Rechtsordnungen mit dem Naturrechtsinteresse am richtigen Recht herausstellt; in der Tat schließen sich die Motive einer Rechtsbetrachtung *de lege lata* und einer Rechtsbetrachtung *de lege ferenda* nicht aus. „Es sind gar nicht unverträgliche und sich gänzlich ausschließende Vorstellungen: daß die Rechtsordnungen tatsächlich durch konkrete empi-

sehen Jurisprudenz als einer nur „technischen Rechtslehre“ unterschieden; vgl. *Stammler* 1902/1926.

⁴⁷ Ebd. 9.

⁴⁸ *Bergbohm* 1892, 142.

⁴⁹ *Stammler* 1925: Rechtsphilosophische Abhandlungen. Erster Band, 25.

rische Momente bestimmt und die Recht setzenden Faktoren durch geschichtliche, zufällige Antriebe beeinflusst werden – und daß die Idee eines Zustandes besteht, nach welchem das tatsächlich Gewirkte bestimmt werden sollte.“ Die naturrechtliche Fragestellung ist also keinesfalls erledigt. Die geschichtliche Rechtstheorie irrt sich gewaltig, wenn sie ihr deskriptives Forschungsinteresse als antinaturrechtliches Argument benutzt.

Das zweite Problem betrifft die Rechtsentstehung durch Rechtsbruch: Wie kann „rohe Macht und Gewalt Recht bewirken“; dabei geht es nicht nur um die „Rechtsentstehung gegen die bestehende Rechtsordnung, sondern auch um die, welche überhaupt ohne alle Rücksicht auf dieselbe möglich ist“⁵⁰. Wir haben seit Adolf Mehl und Hans Kelsen gelernt, daß Rechtsordnungen, zumal solche entwickelter Gesellschaften, nicht nur eine geltungslogische Statik haben, sondern auch von dynamischer Natur sind und ihre eigene situationsangepaßte und problemangemessene Kontinuierung aus sich heraus zu betreiben wissen. Das Recht erzeugt Recht, ist also in der Tat autopoietisch; und dieser Prozeß ist dann nicht mehr geheimnisvoll, wenn man daran denkt, daß eine Rechtsordnung nicht nur ein Privatrechtssystem enthält, das den Rechtssubjekten die Möglichkeit zur autonomen Herstellung rechtlicher Beziehungen einräumt, sondern auch Ermächtigungsnormen enthält, die wohl definierten Personenkreisen die Befugnis, die Rechtsmacht zur Rechtsetzung, zur Veränderung bestehenden Rechts, zur Konkretisierung bestehenden Rechts durch Ausführungsverordnungen und sonstige Verwaltungsvorschriften verleiht. Daß Recht Recht erzeugt, ist also etwas, was wesentlich zum Verständnis positiven Rechts hinzugehört. Aber wie kann Recht überhaupt erzeugt werden? Wie kann vor allem Macht, rohe Gewalt, Verbrechen, Mord und Krieg Recht setzen? Wie kann durch eklatantes Nicht-Recht, durch Anti-Recht und Un-Recht Recht entstehen? Eroberung, Staatsstreich, Revolution, all diese Möglichkeiten der Rechtsentstehung durch Rechtsbruch kann die geschichtliche Rechtstheorie nicht erklären. Wie denn auch? Sie hat es mit einem Fall rätselhafter Emergenz zu tun, einer Transsubstantiation, wie kann der gewalt-habende Wille Recht werden, wie kann sich Übermächtigkeit in Verbindlichkeit verwandeln? Aufgrund der Homogenität von Ursache und Wirkung muß entweder immer schon die rechtsetzende Gewalt Recht sein oder die Gewalt auch in ihren rechtsförmigen, sich normlogische Stetigkeit gebenden Satzungen nicht aufhören, Gewalt zu bleiben. Genetische Untersuchungen führen hier nicht weiter. Und solche Krücken, wie sie Gewohnheit und Internalisierungstheorie oder auch das berühmte Jellineksche Diktum von der Normativität des Faktischen bereitstellen, kann ein philosophischer Jurist nach Meinung Stammlers nicht akzeptieren. – Wir werden noch sehen, daß sich auch die Reine Rechtslehre Kelsens über diese empirisch-psychologischen Erklärungsmodelle hinwegsetzt und durch einer Verallgemeinerung dieses Gewalt-Recht-Problems zur rechtstheoretischen Kardinalfrage geführt wird. Bemerkenswert ist dies darum, weil die Reine Rechtslehre

⁵⁰ Ebd. 30.

anders als die Stammlersche Rechtsphilosophie keine Theorie richtigen Rechts beabsichtigt, somit die Gewalt-Recht-Demarkation ohne Zuhilfenahme normativer Kriterien vornehmen muß. Es wird sich aber zeigen, daß auch Stammler die Fragen der Recht-Gewalt-Abgrenzung und der Unterscheidung richtigen Rechts von falschem Recht verschiedenen Untersuchungen überträgt. Damit läßt sich als eine Grundüberzeugung der juristischen Rechtsphilosophie des Neukantianismus die folgende These formulieren: Es muß möglich sein, allein mit begrifflich-apriorischen Mitteln und unabhängig von jeder normativen Bestimmung richtigen Rechts den Unterschied zwischen Recht und Gewalt zu bestimmen. Oder anders formuliert: Die doppelte Negation des Rechts, die Eigentümlichkeit des Rechts, sowohl dem Nicht-Recht des Gewaltzustandes als auch dem Unrecht des Ungerechtigkeitszustandes entgegengesetzt zu sein, verlangt nach einer doppelten Abgrenzungsargumentation, deren erste rein deskriptiver Natur, deren zweite hingegen rein normativer Natur ist. Da diese beiden Argumentationen von allen Neukantianern als voneinander logisch unabhängig betrachtet werden, ist es möglich, eine nicht-empirische, begriffliche Rechtsbestimmung auch dann vorzunehmen, wenn man – wie etwa Kelsen – von der Möglichkeit einer allgemeingültigen Bestimmung rechtlicher Richtigkeitskriterien nicht überzeugt ist.

Zur Bestimmung des Unterschiedes zwischen Recht und Gewalt oder Recht und Willkür greift Stammler auf die bekannte Kantische Trennung von *ratio essendi* und *ratio cognoscendi* zurück. Zum Ziele kann hier allein führen, bei den „Erkenntnisbedingungen des Rechts“ zu suchen und nicht bei den tatsächlich wirkenden Faktoren⁵¹. Wird A allein über die Erfüllung der Erkenntnisbedingungen für A zu A, dann kann die Entstehungsgeschichte vernachlässigt werden und insbesondere an der Zuschreibung von A auch dann kein Zweifel laut werden, wenn das als A Erkannte sich geschichtlich auf Antezedenzbedingungen vom Charakter von minus-A zurückführen läßt. Wenn es nicht möglich ist, „in notwendiger und allgemeingültiger Weise anzugeben, unter welchen konstanten Bedingungen alles Recht stehen muß, so würde Recht nur ein konventioneller Begriff einer bestimmten Art von Gewalt sein“⁵². „Es muß also allgemeingültige Bedingungen für alles Recht geben, oder – es ist kein Recht.“⁵³

Stammler stellt sich also eine Antwort auf die zweite Zweifelsfrage folgendermaßen vor: Um das gewaltentstandene Ordnungselement, um die Willensäußerung des Gewalthabers als Recht zu identifizieren, bedarf es eines allgemeinverbindlichen Rechtsbegriffs⁵⁴. Entstehungsursachen, welcher Art auch immer, sind

⁵¹ Ebd. 31.

⁵² Ebd. 32.

⁵³ Ebd. 33.

⁵⁴ Es ergibt sich „die Lösung, daß in originärer Weise, vielleicht durch unmittelbaren Rechtsbruch, deshalb neues Recht entstehen kann, weil und soweit die neu gesetzte Regelung jenes formale Kriterium in sich trägt. Jene außerhalb des seitherigen Rechtes entstandenen Normen stellen dann neues Recht dar, sobald sie im Sinne eigener Unverletzbarkeit das seitherige Recht beseitigen, sei es auch derartig, daß sie die bis dahin geltende Rechtsquelle im Wege

für die rechtliche Beurteilung gänzlich irrelevant; daher kann auch die Gewaltbarkeit und Rechtswidrigkeit der Rechtsentstehung nicht als Argument gegen Geltung und Verbindlichkeit dieses neuen Rechts eingesetzt werden⁵⁵.

Ursprünglich wurden die Fragen, die Stammler zum rechtsphilosophischen Problem des angemessenen Rechtsbegriffs führen, als Geltungsprobleme diskutiert. Den Naturrechtlern war nicht problematisch, ob das neugesetzte Recht des Usurpators rechtsbegrifflich völlig Recht war, sondern ob dieser sich rechtsförmig artikulierende, Gesetze erlassende Wille auch einen legitimen Gehorsamsanspruch erheben konnte. Die Erkenntnis empirischen Rechts war für sie nicht im mindesten ein epistemologisches Rätsel. Anders bei Stammler. Er epistemologisiert das Geltungsproblem des gewaltentsprungenen Rechts vollständig und verlagert die traditionellen normativen, legitimatorischen Erwägungen in einen rechtsphilosophischen Sonderbereich. Recht wird damit von richtigem Recht getrennt; und nicht Legitimitätskriterien entscheiden über das Vorliegen von Recht, sondern allein Erkenntnisbedingungen. Freilich ebnet Stammler damit keinesfalls die normative Differenz zwischen schlechtem und gutem, zwischen falschem und richtigem Recht ein. Nur hat diese Differenz nichts mit der rechtsbegrifflichen Bestimmung zu tun. Der deskriptiv-kategoriale Rechtsbegriff und der normativ-ideale Rechtsbegriff verlangen getrennte philosophische Aufweisung. Somit zerfällt das Pensum der Rechtsphilosophie in eine epistemologische und eine normative Hälfte. Einmal geht es um die Bereitstellung eines allgemeinverbindlichen Rechtsbegriffs, und sodann geht es um die normativen Bestimmungen richtigen Rechts. Freilich darf die Normativität des idealen Rechtsbegriffs nicht mit den Vorschriften des traditionellen Naturrechts verwechselt werden.

Insgesamt verbergen sich hinter dem Stammlerschen Dualismus von Rechtsbegriff und Rechtsidee die folgenden Thesen. 1. Der rechtsphilosophisch entwickelte Rechtsbegriff ist von einem empirischen Rechtsbegriff zu unterscheiden; seine nur in transzendentaler Untersuchung zu ermittelnden Bestimmungen sind apriorischer Natur; während der empirische Rechtsbegriff induktiv gewonnene Prädikate umfaßt, die nur darum als Unterscheidungsmerkmale aufgeführt werden können, weil immer schon ein bestimmter Vorbegriff von Recht wirksam gewesen ist, besteht der apriorische Rechtsbegriff aus kategorialen Bestimmungen, die als notwendige und allgemeingültige Konstituentien des Rechts anzusehen sind. 2. Die Rechtsidee ist vom Rechtsbegriff zu unterscheiden. Das besagt 3. der Rechtsbegriff ist, obwohl nicht empirisch, sondern apriorisch und transzendentalphilosophisch nobilitiert, nichtsdestoweniger ein positivistischer Rechtsbegriff, da ein positivistischer Rechtsbegriff sich durch Moralneutralität auszeichnet, eine vollständige Bestimmung seines Gegenstandes ermöglicht, ohne dabei auf normative Bedeutungselemente zurückgreifen zu müssen. Stammlers sich in eine episte-

brutaler Gewalt gegen diese wegschaffen“ (*Stammler*, Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft, in: *ders.*, Rechtsphilosophische Abhandlungen, Erster Band, 1925, 408).

⁵⁵ Vgl. *Wolfgang Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie (Frankfurt a.M. 21993) 413–513.

mologische und normative Hälfte auseinanderlegende Rechtsbegründung ist in ihrem ersten – rechtskategorialen – Durchgang ein Musterbeispiel der von Radbruch erwähnten Philosophie des positiven Rechts. Ihre Eigentümlichkeit liegt darin, daß sie bei der Gewinnung der semantischen Konturen des Rechtsbegriffs auf eigenwillige Weise von Denkmotiven und Begründungsmustern der Kantischen Erkenntniskritik Gebrauch macht. 4. Stammers Dualismus von Rechtsbegriff und Rechtsidee ist nicht dem Dualismus von positivem Recht und Naturrecht gleichzusetzen. Ausdrücklich weist Stammler jede Ähnlichkeit des richtigen Rechts mit dem Naturrecht zurück. Das Naturrechtsdenken – einschließlich des Kantischen Vernunftrechts – ist für ihn wissenschaftlich unhaltbar, da es – so sein unermüdlich wiederholtes Argument – keine absolut geltenden inhaltlichen Rechtssätze geben kann. Die Theorie des richtigen Rechts hat mit dem Naturrecht nur gemeinsam, daß sie das geltende Recht unter eine normative Differenz stellt; aber anders als dieses entwirft sie kein „ideales Rechtsbuch mit einem unwandelbaren, unbedingt gültigem Rechtsinhalte“⁵⁶, sondern versucht nur, „eine allgemeingültige formale Methode zu finden, in der man den notwendigen wechselnden Stoff geschichtlich bedingter Rechtssatzungen dahin bearbeiten, richten und bestimmen mag, daß er die Eigenschaft des objektiv Richtigen erhält“⁵⁷.

Der rechtspositivistische Charakter der kategorialen Rechtstheorie tritt noch stärker hervor, wenn man sich die folgende Programmskizze aus der *Lehre vom richtigen Rechte* von 1902 betrachtet. Stammler orientiert hier das rechtsphilosophische Reflexionspensum an den folgenden drei Fragen: „1. Was ist Recht? Welcher allgemeine Begriff liegt also jeder Rechtsbetrachtung unbedingt zugrunde, damit sie überhaupt eine rechtliche mit Fug heißen kann? 2. Begründung der verbindenden Kraft des Rechtes: Wie ist es zu begreifen, daß jedes Rechtsgebot, gleichviel wie sein Inhalt laute, nur weil es eine rechtliche Norm ist, Gehorsam richtigerweise fordern darf? 3. Wann ist der Inhalt einer Rechtsnorm sachlich begründet? Was für ein oberstes Gesetz hat der rechtliche Gesetzgeber zu beobachten, wenn seine Sätze richtig sein sollen?“⁵⁸ Den bereits bekannten beiden rechtsphilosophischen Begründungsproblemen fügt Stammler hier das Geltungsproblem und das der Zwangsrechtfertigung hinzu. Und zwar soll die verbindende Kraft des Rechtes und damit auch die Berechtigung seiner zwangsbewehrten Durchsetzung ebenfalls ohne jeden Bezug auf normative Bestimmungen, somit unabhängig von allem Inhalt und allein vor dem Hintergrund der in der Entwicklung des Rechtsbegriffs bereitgestellten Theorie begründbar sein.

Zurecht hat Stammler darauf hingewiesen, daß die traditionelle Rechtsphilosophie stets nach einem Argument gesucht hat, mit dem alle drei aufgeworfenen Fragen mit einem Schlag beantwortet wurden. Erinnern wir uns nur der Eingangsparagraphen der *Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre*. Bekanntlich unterscheidet Kant in § B eine empirische Rechtslehre von einer normativen

⁵⁶ *Stammler* 1902/1926, 94.

⁵⁷ Ebd.

⁵⁸ *Stammler* 1902/1926, 91.

Rechtslehre; während die letztere ein allgemeines Kriterium aufstellt, „woran man überhaupt Recht sowohl als Unrecht erkennen kann“ und es somit gestattet, positive Gesetze auf ihre Gerechtigkeit hin zu überprüfen, wird die erstere mit dem hölzernen Kopf in Phädrus' Fabel verglichen, der zwar schön sein mag, jedoch leider kein Gehirn hat. Was überhaupt Recht ist? Diese Frage ist von der anderen, was zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort geltendes Recht ist, zu unterscheiden. Natürlich ist die empirische Rechtslehre nicht begriffslos; der Kopf hat durchaus ein Gesicht und möglicherweise angenehme Formen; nur ist die Bereitstellung dieses Begriffs keine großartige Sache, schon gar nicht betrifft sie die Philosophie und verlangt nach ihrer Kompetenz. Der Begriff des Rechts, auf dem die empirische Rechtslehre fußt und der einer jeden Rechtsbetrachtung zuverlässig ihr Objekt sichert, ist ein empirischer Allgemeinbegriff, mit einem harten Kern und offenen Rändern. Nicht daß sich bei der Formulierung eines solchen empirischen Rechtsbegriffs keinerlei Streit ergeben könnte: Es sind da die üblichen und vertrauten Probleme, die immer wieder auftauchen, wenn wir es mit einer geschichtlich veränderlichen und sich beschleunigt verändernden gesellschaftlichen Wirklichkeit zu tun haben. Gesellschaft, Staat, Gemeinschaft, Ethik, Moral sind ähnliche Begriffe, bei deren deskriptiver Vermessung wir auf gleichartige, aber keinesfalls die Grundfesten der jeweils einschlägigen Wissenschaften erschütternde Probleme stoßen.

Die begriffliche Bestimmung des Rechts als rechtsphilosophische Aufgabe fällt also bei Kant zusammen mit der Bestimmung des normativen Kriteriums, mit dessen Hilfe all das, was unter das empirische Rechtsprädikat fällt, normativ überprüft wird⁵⁹. Und mit der Gewinnung des normativ-kriterialen Rechtsbegriffs ist

⁵⁹ Ganz anders, nämlich dogmatisch neukantianisch, sieht das Julius Binder. Aber während man im Neukantianismus sonst der Meinung war, daß Kant gerade nicht das getan hat, was er hätte tun müssen, nämlich praktische Philosophie als Wissenschaftslehre oder doch zumindest als transzendente Grundsatzwissenschaft des teleologisch strukturierten Wollens zu betreiben, besteht Binder darauf, daß der praktischen Philosophie Kants durchaus ein neukantianisches Problemverständnis zugrundegelegen hat: „Eine eigentliche Wissenschaftslehre des Rechts hat Kant uns nicht gegeben. Aber wie seine Kritik der reinen Vernunft im Grunde nur die Frage beantworten soll, wie Wissenschaft überhaupt möglich sei, d. h. wie wir aus der Bedingtheit und Endlichkeit der Erfahrung heraus doch zu absoluten Wahrheiten gelangen können, so hat seine Metaphysik der Rechtslehre das Problem zum Vorwurf, wie Rechtswissenschaft möglich sei. Diese Rechtsphilosophie oder, besser gesagt, Erkenntnistheorie des Rechts bildet, wenn sie auch nicht in der „Kritik der praktischen Vernunft selbst“ enthalten ist, doch einen Teil seiner Ethik und mit ihr ein Gegenstück zu der Kritik der reinen Vernunft ... Wie der kategorische Imperativ die formale Kategorie ist, die den spezifischen Faktor aller Moralbegriffe bildet, so muß es einen formalen Faktor der Rechtsbegriffe geben, ein konstitutives Element aller materiellen Rechtsbegriffe, das von allem geschichtlich Gegebenen unabhängig und gerade deshalb für die wissenschaftliche Betrachtung solchen Rechtsstoffes unentbehrlich ist ... (Kant) hat das Wesen dieses (Rechtsbegriffes W. K.) erkannt und damit der Wissenschaft den Weg gewiesen, auf dem sie zu ihm und damit zu einer Wissenschaftslehre des Rechts gelangen kann ... Dem „Begriff des Rechts“ wird also von Kant eine doppelte Funktion zugewiesen, nämlich die, das konstitutive Moment der empirischen Rechtsbegriffe und zugleich, das Bewertungsmaß für alles positive Recht zu

natürlich auch die Verbindlichkeitsfrage erledigt: zum einen, weil ein normativer Rechtsbegriff notwendigerweise auch ein verbindlicher ist, sich, wie Kant formuliert, „auf eine ihm korrespondierende Verbindlichkeit bezieht“; zum anderen, weil die Verbindlichkeit positiven Rechts entweder unmittelbar in seiner vernunftrechtlich ausweisbaren Richtigkeit begründet ist oder weil es ein Argument für eine Entkoppelung gibt, die einen normativen Grund dafür bereitstellt, daß das positive Recht auch im Fall nicht-gerechten Inhalts Gehorsam seitens der Rechtsunterworfenen beanspruchen darf. Im ersten Fall gibt die Formulierung des normativen Rechtsgrundsatzes eine Antwort auf alle drei Fragen; im zweiten Fall muß der normative Rechtsgrundsatz konsistent um eine gesonderte normative Begründung einer unbedingten, unqualifizierten Pflicht zum Rechtsgehorsam erweitert werden. Bei Kant finden wir übrigens diese zweite Konstellation.

Alles, was wir erkennen, verdankt sich der Zusammenarbeit von Material und Form, von Besonderheit und Allgemeinheit, von Kontingenz und Notwendigkeit. Das gilt auch für Rechtsinhalte. Um sie zu analysieren, müssen wir das, was nur Material, Besonderheit, kontingenter, sich wandelnder Inhalt ist, von den notwendigen begrifflichen oder gedanklichen Formen trennen; das, was in der Welt der Erfahrung und des Handelns nie ungeschieden anzutreffen ist, ist in der philosophischen Untersuchung sorgfältig zu trennen. Diese Freilegung der gedanklichen Formen, die den kontingenten Rechtsinhalt zu einem rechtlichen Inhalt machen, verlangt zum einen eine kategoriale Vermessung, die die nötigen Abgrenzungen nach außen vornimmt, und zum anderen eine Modellierung des Ideals, die die interne Vollkommenheit der begrifflichen Ordnung rechtlichen Materials thematisiert. Der Weg, den Cohen einschlug, ist Stammler verschlossen. Er will nicht die krypto-ethischen Grundlagen des Rechts ans Licht holen und Ethik und Recht in einem Gedankengang philosophisch begründen. Er will einen apriorischen Rechtsbegriff entwickeln, an einem obersten Prinzip hängende kategoriale Bestimmungen des Rechts finden, die durch synthetisierendes Ordnen des bereichsspezifischen chaotisch-mannigfaltigen Materials eine allgemeingültige Ordnung schaffen und der wissenschaftlichen Reflexion dieser Ordnung eine allgemeingültige begriffliche Verfassung geben. Dieses Modell ist aus der *Kritik der reinen Vernunft* bekannt. Die Stammlersche Rechtsphilosophie basiert in ihrem

sein“ (1915/1967, 4–6.). Wie andere Äußerungen Binders zeigen, gründet sich ironischerweise seine Gewißheit von der rechtsepistemologischen Funktion des Kantischen Rechtsbegriffs ausgerechnet auf Kants Rede von dem „allgemeinen Kriterium, woran man überhaupt Recht sowohl als Unrecht erkennen kann“, auf eine Äußerung also, deren ausschließlich normativer Sinn sowohl durch den Kontext, als auch durch die Verwendung des Ausdrucks „Kriterium“ und den explizierenden lateinischen Klammerausdruck (*iustum et iniustum*) eindeutig zu erkennen ist. – Da Binder nun den normativen Rechtsbegriff des Vernunftrechts gleichzeitig als wissenschaftslogisch-kategorialen Grundbegriff der Rechtswissenschaft interpretiert und offensichtlich von der Möglichkeit einer derartigen normativen-wissenschaftslogischen Janusköpfigkeit des Rechtsbegriffs überzeugt ist, wundert es nicht, daß er Stammler vorwirft, die rechtsphilosophische Betrachtung in eine deskriptiv-kategoriale und normativ-ideale auseinandergerissen und damit verwirrt zu haben.

ersten – kategorialen –, aber auch in ihrem zweiten – idealen – Teil auf einer transzendentalphilosophischen und konstitutionstheoretischen Parallelaktion: Dabei greift sie für das reine begriffliche Bestimmen auf Motive der Kantischen Lehre von den Verstandesbegriffen und ihrer Bedeutung für die Konstitution von Gegenständlichkeit und das Erkennen von Gegenständen zurück; für das reine ideale Richten hingegen versichert sie sich des Bestandes der Kantischen Vernunftideen und ihres Totalitätssinns.

Der folgende Zitatensreigen läßt die konstitutionstheoretische Begründungsin-tuition Stammlers deutlich werden: „In jedem gegebenen Rechtsinhalte ist notwendigerweise ein Doppelpes enthalten, ein vergängliches und ein gleichmäßig bleibendes Element. Jenes sind die Besonderheiten in dem begrenzten Begehren, das nun durch das zweite in einheitlicher Weise logisch erfaßt und bestimmt wird. In diesem Sinne wird eine reine Rechtslehre mit unbedingter Allgemeingültigkeit begrifflich... Zu ihrer Ausführung ist nötig, daß man jeden Gedanken an allgemeingültige Rechtssätze beiseite läßt. Es handelt sich nicht um das Aufstellen unbedingt geltender Rechtsnormen und Rechtseinrichtungen mit stofflich bedingtem Inhalte, noch auch um quantitative Vollständigkeit in dem Kennen begrenzter Rechtsordnungen. Das Merkmal der Allgemeingültigkeit kann ausschließlich dem ordnenden Verfahren der Rechtsgedanken in seiner formalen Bedeutung zukommen ... In der Darstellung der festen Gedankengänge, in deren Verfolgung es allein begrifflich ist, einen gegebenen Bewußtseinsinhalt als einen rechtlichen zu haben, liegt die Möglichkeit der reinen Rechtslehre. Sie hat die Einheit der bleibenden Denkformen zu bieten, nach denen sich der wechselnde Stoff gewisser geschichtlicher Begebenheiten in unbedingt gleichmäßiger Weise bestimmen und richten läßt.“⁶⁰ Das oberste Prinzip ist der Begriff des Rechts selbst, gleichsam die transzendente Apperzeptionseinheit des Rechts und der Rechtswissenschaft; es ist der systematische Einheitspunkt eines Systems reiner rechtlicher Grundbegriffe, die für die Rechtserkenntnis eine ähnliche Rolle spielen sollen wie die Kategorien und Anschauungsformen für die naturwissenschaftliche Erkenntnis⁶¹.

Stammlers Grundprinzip der Reinen Rechtslehre lautet folgendermaßen: „Recht ist das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen.“⁶² Wie ist es gewonnen worden? Warum konzipiert Stammler das Recht als Wollensordnung und nicht als Handlungsordnung? Zwei Gründe sind dafür ausschlaggebend, beide wurzeln in Stammlers Auffassung von den unvergeßlichen und unaufgebbaren Leistungen der Kantischen Philosophie. Der eine Grund findet sich in dem Bestreben, die Rechtsphilosophie als konstitutionstheoretische Parallelaktion aufzubauen: Wurden im Bereich des Naturerkennens die Mannigfaltigkeit der An-

⁶⁰ *Stammler* 1911/1923, 3f.

⁶¹ Vgl. ebd., 111.

⁶² *Stammler*, *Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft* (1913), in: *Rechtsphilosophische Abhandlungen*. Erster Band (1925) 387–443, 409. Diese Abhandlung bietet eine gute Zusammenfassung der Stammlerschen Rechtsphilosophie.

schauungen, das kognitive Rohmaterial, durch reine Anschauungsformen und Verstandesbegriffe synthetisiert, geordnet und in Gegenständlichkeit verwandelt, so sollen jetzt in genauer Entsprechung die Begehungen und Volitionen, das appetitive Rohmaterial, nach reinen Begriffen, Gesetzmäßigkeiten, Methoden und Verfahren synthetisiert, geordnet und in Rechtlichkeit verwandelt werden. Im Reich des natürlichen Seins herrscht über allem das Kausalitätsprinzip; im Reich des Wollens hingegen das Finalitätsprinzip; hier ist das grundlegende Strukturmoment nicht die Ursache-Wirkung-Relation, sondern die Zweck-Mittel-Beziehung⁶³. Da Stammler nun von einer konstitutionstheoretischen Exklusivität des Kausalitätsprinzips und des Finalitätsprinzips ausgeht, muß er ein Finalitätsreservat, einen der Kausalität entzogenen Bereich finden. Und hier ist der zweite Grund, die Begehrung und das Wollen grundbegrifflich auszuzeichnen und an die Stelle der Handlung zu setzen. Während der Kausalitätsbereich durch Äußerlichkeit und Körperlichkeit charakterisiert ist, ist die Domäne der Teleologie durch Innerlichkeit, Nicht-Körperlichkeit, Nicht-Gegenwärtigkeit bestimmt. Die Teleologie, die ja das Kunststück fertigbringt, durch den gedanklichen Vorentwurf der Wirkung zur Verursachung derselben zu motivieren, ist nach Stammler für das Noch-Nicht und die Wahl zuständig, die Kausalität hingegen für die abgeschlossene und vollständig determinierte Faktizität des Jetzt und Hier, sie kann „auf die Vorstellung von künftigen nur möglichen Handlungen und auf den Gedanken einer Wahl zwischen ihnen überhaupt noch keine Anwendung finden“. Die Wahl, die Auszeichnung von Zwecken und Mitteln untersteht einer „zweiten und anderen Art von Gesetzmäßigkeit, der Gesetzmäßigkeit des Telos, des Wollens“⁶⁴.

⁶³ Ebbinghaus macht es sich zu einfach, wenn er in gewohnt eifernder Verteidigung der reinen Königsberger Lehre, Stammler vorwirft, unter dem Einfluß Iherings eine Kant-fremde Teleologie in das Recht hineingebracht zu haben (vgl. *Ebbinghaus* 1960). Richtig ist, daß eine Explikation rechtlicher Verhältnisse vor teleologischem Hintergrund Kant-widrig ist – Kant-widrig ist aber bereits auch schon die Ableitung des Rechts als Wollensordnung. Unberechtigt ist aber der Vorwurf, dies von Ihering übernommen zu haben, denn Stammler bemüht sich ausdrücklich um eine Alternative zu Iherings Rechtsbegriff. Die oben entwickelte These von der systembildenden Idee einer begründungstheoretischen Parallelaktion scheint mir weitaus plausibler als Ebbinghaus Vermutung, hat auch den Vorteil, mit der offenkundigen Überzeugung Stammlers von der methodologischen Vorbildlichkeit der theoretischen Philosophie Kants in Übereinstimmung zu stehen. Stammlers Abweichung von dem dezidierten Anti-Teleologismus des Kantischen Rechtsbegriffs verdankt sich also seiner methodologischen Treue zum Begründungsmodell der Kritik der reinen Vernunft.

⁶⁴ Vgl. *Stammler* 1896, Viertes Buch: Soziale Teleologie, ins. 364 ff. Eine Konsequenz dieser These von der Exklusivität der kausalen Seinsgesetzmäßigkeit und der teleologischen Wollensgesetzmäßigkeit ist das Verschwinden des Handlungsbegriffs als eines Grundbegriffs einer verstehenden Soziologie; vgl. *M. Weber*, R. Stammlers „Überwindung“ der materialistischen Geschichtsauffassung und Nachtrag zu dem Aufsatz über R. Stammlers „Überwindung“ der materialistischen Geschichtsauffassung, in: *ders.*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (Tübingen 71988) 291–359, 360–383. Webers Auseinandersetzung mit Stammlers „Wirtschaft und Recht“ ist schonungslos und hochfahrend; sie liest sich über weite Strecken wie ein intellektueller Katastrophen-Bericht.

Das große Land des Wollens weist mehrere Provinzen aus. Eine ist die des Rechts. Sie findet sich in der Hemisphäre des sozialen Wollens, die von der Halbkugel des sittlichen Wollens abgetrennt ist. Neben sich findet das rechtliche Wollen im Bereich des sozialen Wollens noch das konventionelle und das willkürliche Wollen. Das rechtliche Element ist wie das konventionelle und die Willkür ein Ordnungselement des Wollens, eine formende Ordnung des Wollens. Gemeinsam ist ihnen, da sie im sozialen Bereich tätig werden, der verbindende, eben Individuen verbindende Charakter. Rechtliches Wollen stiftet ein Verbundsystem von unterschiedlichem individuellen Wollen; es artikuliert sich als koexistenzverbürgendes und Zwecksetzungen koordinierendes Regelsystem. Eine weitere Besonderheit des rechtlichen Wollens ergibt sich, wenn man es mit sittlichen Konventionen vergleicht; das Recht gebietet, verpflichtet, droht auch mit organisiertem Zwang. Also ist das rechtliche Wollen in seiner Verbindung von „mehreren Willensinhalten“⁶⁵ ein – wie Stammler sagt – selbstherrlich verbindendes Wollen, das sich selbst als unverletzbar ansieht und Verletzungen nicht duldet. Im Begriff des rechtlichen Wollens taucht also das Wollen zweifach auf: Das Wollen ist einmal das Objekt der rechtlichen Ordnung, das Wollen ist aber auch die Natur der rechtlichen Ordnung; es geht hier um Wollenskoordination durch rechtliches Wollen. Zusammengefaßt hat Stammler also folgende Vorstellung von der allgemeinen Natur des Rechts: Das Recht wird als ordnungstechnisches Mittel verstanden; es ist der Inbegriff geltender Zwangsnormen, deren grundlegende Funktion darin besteht, die Willensinhalte der Menschen äußerlich zu koordinieren, das Mittel-Zweck-Geflecht der menschlichen Interaktionen effektiv zu ordnen.

Befreit man Stammlers Rechtsvorstellung von ihrer idiosynkratischen Terminologie, dann verschwindet der Eindruck des Ungewöhnlichen; sie versammelt im großen und ganzen die Definitionselemente, die in einem Rechtsbegriff enthalten sein müssen. Zwar orientiert sie sich am Typus der Zwangsnorm, aber diese strafrechtliche Gravitation findet man bei allen positivistischen Rechtstheorien von Austin bis Kelsen; erst Hart hat auf die Vielfalt der rechtlichen Normtypen hingewiesen. Auch heute verfährt man kaum anders als Stammler, wenn man die wesentlichen rechtsbegrifflichen Merkmale zusammenstellen will: Man unternimmt eine allgemeine normentheoretische Differentialanalyse, die eine Abgrenzung des rechtlich normierten Bereichs von anderen Bereichen erlaubt und vor die Eigentümlichkeit der Natur rechtlicher Normierung bringt; weiterhin gibt man eine allgemeine Beschreibung der Funktion von Rechtssystemen. Und auch wenn man sich die rechtlichen Kategorien anschaut, die im Rechtsbegriff ihre wissenschafts- und gegenstandskonstitutive Einheit erhalten, stößt man auf kein ungewöhnliches philosophisches Verfahren; denn die reinen Grundbegriffe des Rechts sind nichts anderes als logisch-semantische Explikationen der die rechtliche Wollensart von anderen, nicht-rechtlichen Wollensweisen unterscheidenden Merkmale. Im einzelnen führt Stammler auf: hinsichtlich des Wollenselements – das

⁶⁵ *Stammler*, *Wesen des Rechts*, a.a.O. 406.

Rechtssubjekt und das Rechtsobjekt; hinsichtlich des Elements des Verbindens – den Rechtsgrund und das Rechtsverhältnis; hinsichtlich der Selbstherrlicheitseigenschaft die Relate eines rechtlichen Herrschaftsverhältnisses – die Rechts hoheit und die Rechtsunterstelltheit; und hinsichtlich der Unverletzbarkeit – die Rechtmäßigkeit und die Rechtswidrigkeit⁶⁶. Nimmt man nun noch die ganze Tafel der zusammengesetzten Rechtskategorien hinzu, dann gelangt man zu einem grundbegrifflichen Rechtswörterbuch, das sich nicht sonderlich von den Begriffslisten unterscheidet, die die empirische Allgemeine Rechtslehre zusammenstellt und behandelt.

Die Kantische Methodologie, deren wissenschaftsermöglichende Segnungen Stammler unaufhörlich preist, wird nur beschworen, jedoch nirgendwo philosophisch durchgeführt. Hinter großem begründungsrhetorischen Faltenwurf verbirgt Stammler ordinäres Analysieren und Verallgemeinern; doch weit und breit keine metaphysische Deduktion, keine transzendente Deduktion; weit und breit auch keine Argumentation; Stammler arbeitet als semantischer Katasterbeamter, der Begriffsfelder vermißt. Von der angestrebten Allgemeingültigkeit sichernden Reinheit keine Spur. Von Kant bleibt nur eine Handvoll struktureller Motive übrig, mit denen Stammler seine Darstellung äußerlich organisiert. Wie selbst wohlmeinende Zeitgenossen feststellen mußten⁶⁷, verwechselt Stammler das schwierige Kantische Programm aus Kategorienduktion und Gegenstandskonstitution mit dem Geäst der *arbor porphyriana*; er vermengt Transzendentallogik mit Formallogik, konstitutionstheoretische Bedingungsrelation von Form und Inhalt mit der Abstraktionshierarchie von Genus und Species. Seine Grundbegriffe einschließlich des Oberbegriffs des Rechts selbst verdanken sich allesamt der so geschmähten induktiven Verallgemeinerung, die in rückläufiger Richtung zur Abfolge sich verästelnder spezifischer Differenzen wird.

Nehmen wir die methodologische Intuition Stammlers einmal ernst, verstehen wir sein Wort von der Rechtsphilosophie als einem einheitlichen System reiner rechtlicher, den Gegenstand Recht überhaupt konstituierender Denkformen in strenger Analogie zur Kantischen Erkenntnistheorie, dann müßte uns in der Formel von dem unverletzbar selbstherrlich verbindenden Wollen eine Entsprechung von Gegenständlichkeit begegnen. So wie jeder Gegenstand eine kontingente Instantiierung von Gegenständlichkeit ist, so müßte jeder rechtliche Inhalt irgendwie eine Instantiierung dieses Rechtsbegriffs sein, den Stammler besser eine Rechtlichkeitsformel genannt hätte. Aber die Gegenständlichkeitsverfassung ist eben nicht abstraktiv aus Einzelgegenstandsbeschreibungen zu gewinnen, sie besitzt einen grammatischen, jedoch keinen prädikativen Charakter. Stammlers Rechtlichkeitsverfassung ist jedoch abstraktiv gewonnen, sie besitzt nicht den versprochenen grammatischen Charakter, sondern ist nur ein klassifizierendes Prädikat.

⁶⁶ Vgl. *Stammler* 1911/1923, 116 ff.; *Stammler*, *Wesen des Rechts*, a.a.O. 416.

⁶⁷ Vgl. *Binder* 1915/1967, 15 ff.; Binders Kritik ist nachgerade zu einem Standardvorwurf an Stammler geworden; vgl. *Kaufmann* 1921/1960, 187 ff.

Noch ein Nachtrag zum rechtsphilosophischen Grundproblem der Rechtsgeltung. Da das Sein des Rechts sein Gelten ist, Dinge im Seinsmodus existieren, Rechtsnormen hingegen im Geltungsmodus existieren, sollte man meinen, daß Stammler die Geltung als Bedeutungsbestandteil des formalen Rechtsbegriffs selbst behandelt. Umso eher sollte man dies meinen als Stammler den Geltungsbegriff von aller inhaltlichen Besonderheit unabhängig macht, also auch von allen rechtsidealen Richtigkeitsauflagen, und damit sich nicht der von den Rechtspositivisten perhorreszierten geltungslogischen Konfusion schuldig macht, die diese beargwöhnen, wenn das Naturrecht Rechtsbestandteil ist und naturrechtswidriges positives Recht derogiert. Nach Stammler kommt aber nicht dem rechtlichen Wollen als solchem die Bestimmung des Geltens zu, sondern nur immer einem inhaltlich bestimmten und diesem immer dann, wenn und insofern „die Möglichkeit seiner Durchsetzung“⁶⁸, eine Gehorsamserzwingungschance also, besteht. Stammler soziologisiert den Geltungsbegriff und gelangt somit zu dem systemfremden Konzept sozialer Geltung. Dieser Argumentationszug wäre noch nicht einmal dann plausibel, wenn es sich bei den Begriffen der rechtlichen und sozialen Geltung positiven Rechts um koextensive Prädikate handelte.

Ich wende mich jetzt abschließend der Stammlerschen Rechtsidee zu. – Kritiker des Rechtspositivismus behaupten, daß ein notwendiger Zusammenhang zwischen Recht und Moral besteht, so daß eine moralneutrale Rechtsbestimmung das Recht definitiv verfehlt. Sie stützen sich dabei auf ein Argument, daß als „Richtigkeitsthese“ bezeichnet wird, und das in seiner schwächsten Form geltend macht, daß das Recht einen Verbindlichkeitsanspruch stellt und von teilnehmenden Bürgern unter eine moralisch ausgelegte Anerkennungsdifferenz gestellt wird, das in seiner stärksten Form das Recht gar mit einem immanenten Optimierungsgebot ausstattet, das Legislative und Jurisdiktion auf eine approximative Realisierung der dem Recht innewohnenden normativen Prinzipien und Ideale verpflichtet⁶⁹. Von Stammler ist eine Formel bekannt, die in ähnlicher Weise Rechtsbegriff und Rechtsideal verklammert und in die Möglichkeit eines normativ indifferenten Rechtsbegriffs Zweifel setzt. „Das Recht ist“, so hat Stammler gesagt, „ein Zwangsversuch zum Richtigen.“⁷⁰ Und er hat dazu das Folgende ausgeführt: „Es will selber in der Sache recht haben, es möchte inhaltlich begründete Anordnungen treffen...“, der logische Sinn jeder rechtlichen Bestrebung zielt überhaupt in seinem wesentlichen Inhalte auf Bewirken richtigen Verhaltens der Rechtsgenossen ab; das steckt in jedem Recht notwendig darin.“ Und an anderer Stelle heißt es: „Wenn das Recht keine andere Daseinsberechtigung besitzt, als die Bedingung für eine gesetzmäßig geartete Gesellschaft zu sein, so würde es sich selbst in einem nicht aufhebbaren Widerspruche ertönen, wenn es grundsätzlich

⁶⁸ *Stammler* 1911/1923, 72.

⁶⁹ Vgl. *R. Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts* (Freiburg, München 1992) 130.

⁷⁰ *R. Stammler*, *Die Bedeutung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Fortschritt der Kultur*, in: *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, Bd. 1, 154; *Stammler* 1902/1926, 55 ff.

von der ihm ehern vorgeschriebenen Richtung für seinen Willensinhalt abweichen möchte. So kann es nicht anders sein, als daß jede rechtliche Anordnung, sofern sie, eben als rechtliche, den maßgeblichen Grundgedanken in sich birgt, in die Gesetzmäßigkeit des Wollens, in den Zug nach dem Richtigen sich einfügen.⁷¹ Sehen wir einmal davon ab, daß Stammler – wie übrigens die ganze zeitgenössische Jurisprudenz – offenkundig nur dunkle Vorstellungen von der Natur richterlicher Tätigkeit hat, warum auch die Jurisdiktion, die bei der Naturrechtsrenaissance im Zeichen der „Radbruch“-Formel in den Mittelpunkt der rechtspositivismuskritischen Aufmerksamkeit gerückt war, in den damaligen Überlegungen zum richtigen Recht immer vernachlässigt wird, – schauen wir also nur auf die Gedankenkette von der Bewirkung richtigen Verhaltens durch richtiges Recht, dann liegt der Schluß nahe, daß sich Stammlers Vorstellungen vom Recht als einem Zwangsversuch zum Richtigen nicht allzusehr von der Richtigkeitsthese unterscheiden. Freilich hätte er dann aber auch seinen moralindifferenten Rechtsbegriff verabschieden müssen. Wenn das Recht ein Zwangsversuch zum Richtigen ist, oder besser: Inbegriff von legitim zwangsweise durchsetzbaren Normen, die intern dem Anspruch unterstellt sind, den Standards einer richtigen Regelung und idealen rechtlichen Ordnung zu genügen, dann gehört eben die interne Ausrichtung der inhaltlichen Gestaltung des Rechts an den Idealen einer richtigen Ordnung zu dem Begriff des Rechts selbst⁷².

⁷¹ *Stammler* 1902/1926, 56.

⁷² Die Naturrechtsproblematik eröffnet sich nach Stammler nur unter dem *de-lege-ferenda*-Gesichtspunkt. Nur um solche Erwägung kann es gehen, „nach der das ideal ersonnene Recht den Maßstab und Zielpunkt für das geltende positive Recht abgeben soll; ohne daß es in diesem Zusammenhange auf die Frage ankäme, ob natürliche Rechtsgrundsätze als Ergänzung des positiven Rechtes bei dessen praktischer Anwendung, zur Ausfüllung von Lücken, insbesondere im Falle von Antinomien, tauglich seien – wie das österreichische bürgerliche Gesetzbuch im Artikel 7 positiv vorschreibt“ (*Stammler* 1896, 172). Warum soll, so wendet Stammler in dieser frühen Schrift gegen Bergbohns Naturrechtskritik ein, die Anerkennung des Naturrechts die Geltung des positiven Rechts durcheinander bringen und damit schwerste ordnungspolitische Mängel nach sich ziehen. Warum soll überhaupt zwischen positivem Recht und Naturrecht ein wechselseitiges Exklusionsverhältnis bestehen? Solange man sinnvoll von einem „anzustrebenden Rechte“ sprechen kann, muß es Vergleichsmaßstäbe geben, die Bewertungen ermöglichen. Und so wie wir positive Rechtsordnungen koexistierender Staaten vergleichen und bewerten können und dabei den Wunsch äußern können, doch diesen Teil des englischen oder jenen Teil des französischen Rechts anstelle der jeweils einschlägigen schlechteren deutschen Paragraphen zu haben, so können wir auch positive Rechtsordnung von existierenden Staaten mit nicht mehr existierenden Staaten vergleichen, und so können wir trivialerweise auch positive Rechtsordnung von existierenden Staaten mit ausgedachten Rechtsordnungen, mit Lehnstuhl- und Schreibtischverfassungen vergleichen. „Ein Rechtssystem, das als Maßstab und ideales Vorbild für eine andere, rechtliche Ordnung dienen soll, braucht überhaupt nicht zu gleicher Zeit und an demselben Orte in positiver Geltung zu stehen, wie das nach ihm kritisierte und zu richtende Recht. Das Naturrecht, das die Aufgabe des Richtmaßes und eines vorbildlichen Zieles übernimmt, kann allerdings neben dem geltenden Recht bestehen; es schmälert dessen formale Geltung gar nicht. Seine Geltung ist eine Geltung anderer Art, als diejenige des positiven Rechtes, mit der sie keineswegs unverträglich ist. Sein Auftreten, als das einer idealen Größe, widerspricht dem elementaren

Diese Vermutung vom positivistischen Rechtsbegriff aus Inkonsequenz gewinnt an Kraft, bedenkt man, daß Stammler seine Formel vom „Zwangsversuch zum Richtigen“ ausdrücklich dem Iheringschen Diktum vom Recht als der „Politik der Gewalt“ entgegenstellt hat, Recht also ausdrücklich nicht als Herrschaftsmittel, nicht als Instrument der Mächtigen zur Verwirklichung ihrer Interessen verstehen möchte. Andererseits ist Radbruch nur zuzustimmen, wenn er schreibt, daß Stammler „mit zäher Beharrlichkeit und ohne Scheu vor Wiederholung immer der gleichen Ausführungen zwei Gedanken dem rechtsphilosophischen Bewußtsein seiner Zeit förmlich eingehämmert hat: daß neben der Erforschung des positiven Rechts in voller Selbständigkeit die ‚Lehre vom richtigen Recht‘ entwickelt werden müsse, daß aber diese Lehre vom richtigen Rechte nur eine Methode, kein System der Rechtsphilosophie darstelle“⁷³. Eine prinzipiengestützte wohlgeordnete Rechtsgemeinschaft ist sicherlich etwas anderes als eine rein formale Methode. Und es ist gar nicht sicher, ob etwas von dem anti-positivistischen Widerlegungseffekt des Verbundes von Richtigkeitsthese und Inkorporationsthese übrig bleibt, wenn die durchaus inhaltlich bestimmten Prinzipien der Gerechtigkeit, der Rechts- und Sozialstaatlichkeit, der Demokratie und kosmopolitischen Freundlichkeit durch

Sätze gar nicht, daß im gleichen Raume und zu derselben Zeit nicht zwei einander widersprechende Rechte in gleicher Berechtigung nebeneinander positiv gelten können. Es gilt nicht, wiederholen wir, für die Rechtsunterworfenen als äußere Zwangsnorm, noch für die Vollzugsorgane des Staates, sondern wendet sich an den Gesetzgeber. Es ist ein Rechtssystem, das nicht mit dem betreffenden geschichtlichen Rechte gleichzeitig und in dessen Land positiv gilt, aber dem Gesetzgeber jenes vorleuchten will. Aus welchem Grunde soll dieses sachlich klare Verhältnis, wie Bergbohm behauptet, logisch unmöglich sein?“ (175). Zur Unterstützung der Bergbohmeschen Bedenken kann vorgebracht werden, daß Stammler hier eine verharmlosende Darstellung der Rolle des naturrechtlichen Einflusses auf das Rechtsleben gibt. Für ihn ist allein die Legislative der Ort des Naturrechts; Naturrecht als Politikberatung, als Orientierungswissen des Gesetzgebers. Die Naturrechtsrenaissance nach 1945 hingegen hat eine Geltung des Naturrechts reklamiert, die sich keinesfalls auf legislatorische Gerechtigkeitsunterweisung beschränkte, ja an den Gesetzgeber am allerwenigsten dachte: Als bestenfalls standespolitische Vergangenheitsbewältigung, schlimmstenfalls standespolitische Weißwaschung unternommen, ging es bei der Rechtspositivismus-Naturrechts-Kontroverse nach 1945 vor allem um die Rolle der Justiz; es ging um die naturrechtliche Delegitimierung positiven Rechts und damit um die naturrechtliche Legitimation des Widerstandes gegen geltendes positives Recht; es ging um die moralische Aufrüstung richterlicher Resistance, um eine naturrechtsimprägnierte höchstrichterliche Rechtsprechung an den obersten Gerichtshöfen und am Verfassungsgericht, man denke nur an das bekannte Wort Weinkauffs von den ‚Bruchstücken einer naturrechtlichen Konfession‘ anlässlich des Zentenariums des Bundesgerichtshofes 1960. Der Naturrechtsgebrauch nach der sogenannten Radbruch-Formel denkt keinesfalls an eine Gerechtigkeitsunterweisung des Gesetzgebers, sondern an eine Delegitimierung gesetzten Rechts seitens der Rechtsanwendung; er ist also nicht gesetzgebungsadressiert, sondern jurisdiktionsadressiert; er ist Rechtsrettung angesichts eines schlechten Gesetzgebers, nicht Rechtsverbesserung durch einen willigen Gesetzgeber. Und er setzt immer das als möglich voraus, was Stammler als unmöglich abweisen möchte: eine rechtliche Geltungskonkurrenz zwischen Naturrecht und positivem Recht innerhalb eines bestimmten Rechtssystems, die aufgrund der absolut derogierenden Wirkung des Naturrechts immer zugunsten des Naturrechts entschieden werden muß.

⁷³ Radbruch 1913/1973, 112f.

eine rein formale Methode der Suche nach dem Richtigen ersetzt werden. Freilich scheint im Gegenzug auch nicht klar, was die Rede von dem auf Richtigkeit schon rein begrifflich ausgerichteten Recht, von einem „Zug nach einem richtigen Inhalte seiner Normen“ besagen soll, wenn diese Richtigkeit nicht mittels eines gehaltvollen Kriteriums, sondern nur durch eine formale Methode ermittelt werden soll⁷⁴.

Daß dieser „Zug nach dem Richtigen“ letztlich semantisch folgenlos ist und keinerlei Auswirkungen auf den Verbindlichkeitsanspruch des positiven Rechts hat, zeigen die folgenden Ausführungen Stammers: „Es widerstrebt dem Begriffe des Rechtes noch nicht, wenn eine soziale Norm die Vielweiberei, die Witwenverbrennung, die Sklaverei, die Aussetzung schwächlicher Kinder bestimmt. Ein falscher Freund ist freilich ein Widersinn; nicht anders wie ein dreieckiger Kreis; – aber einen ungerechten Richter kann es sehr wohl geben, so gut wie ein kranker oder ein verbrecherischer Mensch immer noch dem Begriffe Mensch unterzuordnen ist.“⁷⁵ Das ist, in aller Deutlichkeit vorgetragen, ein positivistischer Rechtsbegriff: Recht ist ein Prädikat, das bestimmten sozialen Normen unabhängig von ihrem Inhalt zukommt; Recht ist also ein moralneutrales, ein gerechtigkeitsneutrales, ein richtigkeitsneutrales Prädikat.

Gleichzeitig gilt aber auch, daß das Recht unter der Richtigkeitsdifferenz steht. Es gibt richtiges und es gibt falsches Recht. Das Rechtsideal fordert, daß richtiges Recht sein soll, aber wenn das Recht falsch ist, dann beeinträchtigt das nicht seine Geltung. „Gegenüber dem unrichtigen Ergebnisse eines bestehenden positiven Rechtes muß man auf andere Mittel der Abhilfe sinnen, als auf keckes Brechen jener rechtlichen Ordnung durch subjektivistisches Meinen und Tun im Sinne willkürlicher Gewalt.“⁷⁶ Die Rechtsidee kommt logisch immer zu spät. Immer kommt ihr der Rechtsbegriff zuvor. Es kann keinen rechtlichen Grund geben, „ein unrichtiges Recht in willkürlicher Durchbrechung beiseite zu stoßen. Das Gebot lautet: Richtiges gut wollen! Da nun das Recht die notwendige Bedingung für das Richtige ist, so muß es als solches auch getragen werden. Wenn dann eine seiner Folgen in ihrem besonderen Inhalte, sachlich unhaltbar sein sollte, so ist doch die rechtliche Regelung, als gesetzmäßige Voraussetzung des Besseren, zu achten und zu dulden.“⁷⁷ Diese Argumentation klingt vertraut.

Die neuzeitliche Rechtsphilosophie ist anders als die klassische Politik entschieden widerstandsfeindlich. In keinem Fall hat sie den Begründungsvertrag benutzt, um dem Bürger ein Kündigungsrecht angesichts staatlichen Vertragsbruchs einzuräumen. Hobbes nicht, auch Kant nicht, selbst Rousseau hat einer höheren Berechtigung zum Rechtsbruch nicht das Wort geredet; von den deutschen Kontraktualisten mit ihren expliziten Unterwerfungsverträgen ganz zu schweigen⁷⁸. Das

⁷⁴ *Stammler* 1902/1926, 56.

⁷⁵ *Stammler* 1902/1926, 93.

⁷⁶ Ebd. 90.

⁷⁷ Ebd. 91.

⁷⁸ Vgl. *Wolfgang Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (Darmstadt 1994).

Grundmotiv der Anarchieabwehr ist bei diesen frühen modernen politischen Philosophen so stark, daß erst dann die autonome Entscheidung an das Individuum zurückgeht, wenn der Staat praktisch aufgehört hat zu existieren. Solange er jedoch existiert, solange er ein stabilitätspolitisches Minimalpensum erfüllt, grundlegende Rechlichkeit garantiert und alle subjektive Willkür noch dauerhaft und verlässlich an Regeln bindet, ist das Recht zu respektieren, gleichgültig welchen Inhalt es besitzt⁷⁹. Nur Locke hat hier eine Ausnahme gemacht, da er der ursprünglichen Vertragsgemeinschaft nie das Recht genommen hat, dem vor ihr nur angestellten, die Souveränität nur treuhänderisch verwaltenden Regenten im Falle fundamentaler Verletzungen der individuellen Grundrechte zu kündigen. Und 1945 hat auch Radbruch diesen Konsens verlassen, als er vor dem Hintergrund bislang unvorstellbarer politischer Greuelataten den Begriff des ungerechten Gesetzes nicht nur vor der rechtspositivischen Tautologie rettete, sondern ihn zugleich zu einem Kriterium für die Delegitimierung bestehenden Rechts ausbaute. Die „Radbruch“-Formel ist ein verkapptes *ius resistendi*: Wenn die Gesetze in eklatanter Weise die grundlegenden Prinzipien des Menschenrechts, der Gerechtigkeit und Humanität verletzen, dann müssen sie von allen direkt mit ihrer Durchsetzung befaßten Bürgern, also vordringlich vom Justizstab, aber auch von allen anderen durch konkludentes Verhalten als ungültig angesehen werden. Während die widerstandsfeindliche Argumentation den Rechlichkeitscharakter, die Gesetzesförmigkeit selbst für so wichtig achtet, daß sie durch keinen Inhalt, gleichgültig wie ungerecht dieser auch immer sein mag, entwertet werden können, hat Radbruch genau das getan: Die Pointe der „Radbruch“-Formel liegt darin, daß die Eigenwertigkeit von Gesetzesförmigkeit und Rechlichkeit relativiert wird und der Gerechtigkeitsgehalt des Inhalts darüber befindet, ob ein Gesetz geachtet werden muß. Stammers oben betrachtete Argumente stellen ihn an die Seite der klassischen politischen Philosophie der Moderne. Dem Recht wohnt ein Eigenwert inne, der durch unrichtigen Rechtsinhalt verbindlichkeitstheoretisch nicht relativiert werden darf.

Wie sieht aber nun die formale Methode des Richtigen aus? Wie läßt sich die Rechtsidee methodisch operationalisieren? Wie läßt sich ein „richtiges Verbinden von Willensinhalten herbeiführen“⁸⁰? Der Schlüsselbegriff der Stammerschen Rechtsidee ist die Vorstellung vom Reich der Zwecke. Kant hat diesen Begriff in der *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* zur Explikation insbesondere der letzten Formel des kategorischen Imperativs, der Zweck-an-sich-Formel verwendet. „Ich verstehe aber unter einem Reiche die systematische Verbindung verschiedener vernünftiger Wesen durch gemeinschaftliche Gesetze. Weil nun Gesetze die Zwecke ihrer allgemeinen Gültigkeit nach bestimmen, so wird, wenn man von dem persönlichen Unterschiede vernünftiger Wesen, imgleichen allem Inhalte ihrer Privatzwecke abstrahiert, ein Ganzes aller Zwecke (sowohl der ver-

⁷⁹ Vgl. hierzu die Gegenüberstellung ‚rechtlicher Zustand‘ – ‚rechtmäßiger Zustand‘ bei Kant: Wolfgang Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit* 485 ff.

⁸⁰ Ebd. 58.

nünftigen Wesen als Zwecke an sich als auch der eigenen Zwecke, die ein jedes sich selbst setzen mag) in systematischer Verknüpfung, d. h. ein Recht der Zwecke gedacht werden können.“⁸¹ Stammler wird zu diesem Begriff des Reichs der Zwecke durch den Rechtsbegriff selbst geführt: Ist dieser, als Ordnungsbegriff von Willens- und Begehrungsinhalten, intern teleologisch strukturiert, dann bietet sich als oberster Beurteilungsgesichtspunkt der Richtigkeit eines Rechtsinhalts die teleologische Geeignetheit der entsprechenden Rechtsnorm an. Diese hinwiederum läßt sich nur feststellen im Vergleich mit der Vorstellung eines harmonischen Ganzen aller Zwecke.

Das Reich der Zwecke ist ein Sozialideal, das anders als die traditionellen Ordnungen des *summum bonum*, nicht vertikal organisiert ist, sondern horizontal. Die Ordnung in der Pluralität der Zwecke wird nicht dadurch erreicht, daß alle einem obersten Zweck unterworfen werden, sondern daß sie sich miteinander vertragen und verbinden. Das Reich der Zwecke ist keine Hierarchie, sondern eine Nebeneinanderordnung, eine „Gemeinschaft frei wollender Menschen“⁸² und damit auch eine intern tragfähige Gemeinschaft frei gewollter Zwecke. Ist aber die Idee absoluter Harmonie der einzelnen Zwecke ein taugliches Kriterium, um die Richtigkeit einzelner Rechtsinhalte festzustellen? Es muß eine Art Passungstest sein, der integrative Eignung feststellt. Wie soll dieser aber möglich sein? Wie soll hinsichtlich nur eines Inhalts festgestellt werden, ob er in die Vorstellung einer absoluten Harmonie aller Einzelheiten hineinpaßt? – schon die Geschichtlichkeit des Rechts setzt diesem Erkenntnisverfahren doch Grenzen. Wer kennt schon die Zwecke von morgen. Grundsätzlich kann eine erfahrungsüberspringende Totalität nicht als verfügbarer Maßstab benutzt werden. Kant hat sich mit einem Universalisierungsverfahren geholfen und so den Passungstest logifiziert. Was zu einem Zeitpunkt allgemeingültig ist, ist zu jedem Zeitpunkt allgemeingültig; so vermag man mit dem logischen Verfahren der Überprüfung der allgemein gesetzgebenden Eignung die diskursiv-lineare Erstreckung der Zeit zu überlisten und eine zeitüberspringende Synthesis zu erstellen, das Ganze zu jedem Zeitpunkt als Kriterium einzusetzen. Und wenden wir diesen Test nicht nur bei unseren Maximen an, sondern auch bei den Gesetzen, also den generellen Maximen,

⁸¹ Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Akad.-Ausgabe Bd. VI, 433.

⁸² „Folglich kann die Gesetzmäßigkeit des sozialen Lebens nur in dem ideellen Richtmaße einer Gesellschaft liegen, deren Regelung im Sinne einer allgemeingültigen Berücksichtigung eines jeden Rechtsunterworfenen geschieht, so daß ein jeglicher so behandelt und bestimmt wird, wie er, als frei gedacht, wollen muß. Die Gemeinschaft frei wollender Menschen, – das ist das unbedingte Endziel des sozialen Lebens. Es ist die Idee einer Menschengemeinschaft, in der ein jeder die objektiv berechtigten Zwecke des anderen zu den seinigen macht; einer Regelung des vereinten Daseins und Zusammenwirkens, der jeder Rechtsunterworfene zustimmen muß, sobald er frei von bloß subjektivem Begehren sich entschied“... „So ist die Idee der Gemeinschaft freier Menschen das einzige regulative Prinzip, das ein gefestetes Urteil über die objektive Berechtigung einer sozialen Regelung oder Bestrebung möglich macht; und das zugleich dem Gesetzgeber die gesetzmäßige Richtung seines Vorgehens im wilden Getriebe des Einzelbegehrens aufhellend zu zeigen im stande ist“ (Stammler 1896, 576).

dann erhalten wir ein sowohl diachron als auch synchron konsistentes System von Normen, ein umfassendes Reich der Zwecke.

Derartiges mag auch Stammler im Sinn gehabt haben. Auch bei ihm ist von der „Vermeidung eines inneren Widerspruches“ die Rede. „Es darf richtiger Weise kein Verhalten gebilligt werden, dessen Verallgemeinerung den Grundgedanken der rechtlichen Gemeinschaft aufheben würde. Vielmehr muß ein besonderes rechtliches Wollen in seiner gegebenen Lage im Sinne der einheitlichen Aufgabe aller Rechtsbetrachtung überhaupt beurteilt und geführt werden.“ Und dann zitiert er die sozialetische Grundformel abendländischen Denkens, diesmal in einer Formulierung von Thomasius: „*Fac ea quae finem cuiusque societatis necessario promovent, et omitte ea, quae iustum necessario turbant.*“⁸³ Aber dieses Thomasius-Zitat stellt eine Ungeschicklichkeit dar, da Stammler mit ihm seine ganze Konzeption von der Rechtsidee und der formalen Methode des richtigen Rechts zunichte macht. Nur darum kann Stammler sich über das traditionelle Naturrecht erheben und beanspruchen, eine wissenschaftlich-allgemeingültige, weil formale Begründung einer Konzeption richtigen Rechts geliefert zu haben, weil er auf einen verpflichtenden inhaltlichen Endzweck individuellen und kollektiven Strebens verzichtet und die normative Bestimmung der Rechtsidee stattdessen allein der formalen Vorstellung einer harmonischen Einheit aller denkbaren Zwecke überläßt. Hätte Stammler der Operationalisierung dieser Vorstellung mehr Aufmerksamkeit geschenkt und sich mit dem Verallgemeinerungsverfahren auseinandergesetzt, dann hätte er festgestellt, daß – wie es auch schon in seiner oben zitierten Äußerung anklingt – der Allgemeingültigkeitstest zwar die notwendigen Erhaltungsbedingungen identifiziert, nicht jedoch einen Weg weisen kann, um eine Gesellschaft voranzubringen, somit auch nicht angemessen durch den material-ethischen Optimismus der Thomasianischen Formel illustriert werden kann.

Um den Abstand zwischen dem traditionellen Naturrecht und seiner Lehre vom richtigen Recht zum Ausdruck zu bringen, hat Stammler die paradoxe Formel vom „Naturrecht mit wechselndem Inhalt“ geprägt⁸⁴. Ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt ist ein Naturrecht, bei dem das Naturrechtliche sich ganz in das Formal-Methodische verlagert hat, das Inhaltliche hingegen ganz der kontingenten geschichtlichen Bestimmung überlassen bleibt. Die Methode ist der letzte Zufluchtsort des Naturrechtsgedankens, weil es nach Stammlers Überzeugung keine allgemeingültigen Inhalte gibt⁸⁵. Gleichwohl hat auch das Stammlersche

⁸³ *Stammler* 1902/1926, 45.

⁸⁴ Vgl. *Stammler* 1986, 184.

⁸⁵ Damit erweist sich das scientistische, dem Ideal naturgesetzlicher Geltung nacheifernde Konzept allgemeiner, zeitloser Gültigkeit als verantwortlich für die Entleerung des traditionellen Naturrechts, damit aber auch als verantwortlich für die Kontingentisierung seiner traditionellen Inhalte. Jedoch ist die Letztbegründungsgewißheit keineswegs die Voraussetzung für rationale normative Philosophie; zwischen den in vielerlei Hinsicht inakzeptabel gewordenen Konzeptionen des traditionellen Naturrechts einerseits und dem den Ort der Rationalität in die Methode verlagernden Stammlerschen ‚Naturrecht mit wechselndem Inhalt‘ gibt es viel Raum für rationale normative Philosophie: Denn man muß nicht von der Ewigkeits-

Naturrecht einen festen Inhalt; und wenn es überhaupt als normatives Kriterium brauchbar sein kann, dann eben wegen seines Inhalts. Das Sozialideal der Gesellschaft frei wollender Menschen, das durch die Vorstellung des Reiches der Zwecke genauso expliziert wird wie der Begriff des Reiches der Zwecke durch das Sozialideal der Gesellschaft frei wollender Menschen, ist keine leere und sozialethisch neutrale Konzeption. Ebenso wenig sind die Grundsätze des richtigen Rechts sozialethisch neutral. Die sich im Ideal wie dann in den daraus abgeleiteten Grundsätzen des Achtens und Teilnehmens⁸⁶ zum Ausdruck bringenden Gesetz-

geltung der Menschenrechte, der Prinzipien der Humanität und der Grundregeln der sozialen Gerechtigkeit überzeugt sein, um sie als Grundlagen einer rationalen Begründungspraxis zu verwenden; zu dieser Problematik vgl. *W. Kersting*, *Moralphilosophie und Dezisionismus*, in: *Ethik und Sozialwissenschaften. Sonderband „Ethik und Dezisionismus“*, hrsg. v. *Matthias Kaufmann*, 3/1 (1992) 17–30.

⁸⁶ Vgl. *Stammler* 1902/1926, 144–154. – Im einzelnen lauten die beiden „Grundsätze des Achtens“ folgendermaßen: „1. Es darf nicht der Inhalt des Wollens dem subjektiven Belieben eines anderen anheimfallen. 2. Jede rechtliche Anforderung darf nur in dem Sinne bestehen, daß der Verpflichtete sich noch der Nächste sein kann.“ Da jeder jedes anderen anderer ist, kann dem ersten Grundsatz nur dann ein nachvollziehbarer Sinn zukommen, wenn man ihn egalitaristisch, in dem Kantischen Sinne von Gleichheit und Wechselseitigkeit, versteht: Rechtliche Verpflichtungsverhältnisse müssen grundsätzlich reziprok sein; niemand kann einen anderen zu etwas verpflichten, wozu dieser ihn nicht verpflichten kann. Der Sinn dieser egalitaristischen Wechselseitigkeitsformel ist die Ausschaltung natürlicher Herrschaftsverhältnisse als rechtswidrig zum einen und eine Gleichheitsverpflichtung des positiven Gesetzes zum anderen. Wenn dieser Grundsatz nicht so verstanden wird, dann wird er beliebig, da er nicht die geringste Vorstellung von einer Begrenzung der wechselseitigen Beeinflussung enthält. Ein entsprechendes Problem ist mit dem zweiten Grundsatz verbunden: Auch dieser ist nur dann sinnvoll, wenn wir in ihm eine Wechselseitigkeitsstruktur hineinlesen. Anderenfalls ist er entweder tautologisch – sollen die dem Wollen des anderen entzogenen Willensinhalte des anderen berechtigige Interessen sein, dann würde der Grundsatz lauten: berechtigige Interessen sind rechtlich zu achten – oder inakzeptabel, da selbst die räuberische Erpressung ‚Geld oder Leben‘ dem Adressaten noch die Option eröffnet, sich der Nächste sein zu können. Befreien wir also im Rahmen einer sehr entgegenkommenden Interpretation Stammlers Grundsätze des Achtens also von ihrer ungenauen und manieristischen Formulierung, dann zeigt sich in ihnen genau die metajuridische Reziprozitätsstruktur, die wir als Bedingung sittlich zweifelsfreier Verträge kennen, die wir aber auch in Kants Explikation natürlicher Gleichheit oder in gegenwärtigen, vorwiegend kommunikationstheoretisch inspirierten moralphilosophischen Konzeptionen von der Wechselseitigkeit der Achtung oder der wechselseitigen Anerkennung finden. – Die „Grundsätze des Teilnehmens“ sind die folgenden: „1. Es darf nicht ein rechtlich Verbundener nach subjektivem Belieben von der Gemeinschaft ausgeschlossen werden. 2. Jede rechtlich verliehene Verfügungsmacht darf nur in dem Sinne ausschließend sein, daß der Ausgeschlossene sich noch der Nächste sein kann.“ Der Sinn dieser Grundsätze ist schwerer zu ermitteln; Stammler sagt, daß „der Wunsch nach Vermeidung jenes logischen Widerstreites, der sonst zwischen den Grundgedanken eines richtigen Rechtes und der Einzelbetätigung entstehen würde“, zu diesen Grundsätzen führt. Ist die Rechtsgemeinschaft eine rechtlich geordneten, ihre Zwecke unter wechselseitiger Beeinflussung und wechselseitigem Gebrauch, also kooperativ verwirklichende Gemeinschaft, dann sollen diese Grundsätze wohl besagen, daß kein Rechtsinstitut akzeptabel ist, daß einem oder eine Gruppe die gleichberechtigte Teilhabe an den rechtlich geschützten Gütern und rechtlich ermöglichten Kompetenzen und Befugnissen vorenthält. Auch hier also wieder vage Gleichheits- und Wechselseitigkeitsformeln. Letztlich haben wir es wohl bei allen vier Formeln mit

mäßigkeitsformen rechtlichen Wollens sind kaum anderes als die grundlegenden Strukturprinzipien moderner individualistischer Gesellschaften. Man sollte sich von ihrer heillos vagen Formulierung und ihrer offenkundigen kriteriellen Unbrauchbarkeit nicht täuschen lassen, obwohl Stammlers Rechtsphilosophie keine natürlichen Menschenrechte vorsieht, lassen sich diese Grundsätze als Grundprinzipien einer liberalen Gemeinschaft von in ihrer Zweckverfolgung wechselseitig sich anerkennenden freien und gleichen Bürgern lesen. Jedoch, daran soll abschließend erinnert werden, werden diese Grundsätze nicht dem Rechtsbegriff als unablässige, gleichwohl nicht positivrechtlich fixierte Prinzipienbestandteile beigegeben. Stammlers Lehre vom richtigen Recht besitzt keine rechtspositivismuskritische Pointe. Stammler ist kein Vertreter der Inkorporationsthese, die dem Rechtspositivismus entgegenhält, daß die Grundsätze des Achtens und Teilnehmens, die Prinzipien der Freiheit, Gleichheit und Wechselseitigkeit als Optimierungsgebote jeder positiven Rechtsordnung immanent sind.

III.

Die Leitfrage des Naturrechtlers lautet: Was unterscheidet Recht von Unrecht? Um sie zu beantworten, gibt er Endzwecke gesellschaftlicher Ordnung an, formuliert er Grundsätze der Gerechtigkeit, stellt er Tafeln vorstaatlicher Rechte zusammen, schlägt er allgemeingültige Verfahren zur Konfliktbereinigung vor. Die Leitfrage des Juristen, des – in der Sprache Stammlers – technischen Juristen lautet: Was ist Rechtsens? Um sie zu beantworten, muß er die Gesetze seines Landes befragen und die Entscheidungen der Gerichte dieses Landes untersuchen. Die Leitfrage des Rechts theoretikers hingegen lautet: Was ist das Recht? Und sofern er bescheiden bleibt und die Sache nicht ontologisch angeht, entwickelt er einen empirischen Rechtsbegriff, der die definitiven Merkmale des Rechts aufzählt. Wenn er dabei die These vertritt, daß dieser empirische Rechtsbegriff eine moralneutrale Fassung besitzen kann und auch besitzen sollte, also ohne Bezug auf normative Elemente alles über das Recht gesagt werden kann, was wissenschaftlich über das Recht gesagt werden muß, um etwas als Recht zu identifizieren, dann haben wir einen Rechtspositivisten vor uns. Wenn der Rechts theoretiker hingegen darauf besteht, daß eine angemessene Beschreibung von etwas als Recht nicht moralneutral sein darf, da zum Recht begrifflich-notwendig moralische Bedeutungselemente gehören, dann haben wir einen Naturrechtssachverständigen vor uns. Cohen ist ein solcher Naturrechtssachverständiger und hat sich ausdrücklich auch so verstan-

vorgewiesen dem Rechtskontext, den Besonderheiten rechtlichen Wollens angepaßten Reformulierungen der Zweck-an-sich-Formel des Kantischen Imperativs zu tun, die jedermann gebietet, bei seinen eigenen Zweckverwirklichungen den anderen nicht ausschließlich als Mittel zu gebrauchen, sondern seine Zweckverwirklichung mit dem berechtigten Interesse des anderen, auch *seine* Zwecke zu verwirklichen und seine Zwecke auch zu *verwirklichen*, abzustimmen.

den. Stammler hat sich nicht als Naturrechtsnachfahre verstanden. Er hat eine zugleich rechtskategoriale und rechtsideale, also gleichsam janusköpfige Rechtstheorie entwickelt, die zum einen einen positivistischen Rechtsbegriff entwirft, zum anderen aber auch eine von ihm getrennte und seine Geltung nicht im mindesten beeinträchtigende verbindliche rechtsideale Betrachtungsperspektive entwickelt.

Die Reine Rechtslehre Kelsens hat das rechtsphilosophische Pensums Stammers halbiert. In ihr begegnet eine Neukantianismugestalt, die die aus der theoretischen Philosophie Kants gekelerten Begründungsintuitionen und Begriffsmotive ausschließlich zur Gewinnung eines positivistischen Rechtsbegriffs benutzt. Das aber besagt, daß auch Kelsen seine Theorie des positiven Rechts als Erkenntnistheorie anlegt, zumindest ihr Programm, ihr Problemverständnis erkenntnistheoretisch auslegt. Allerdings macht Kelsen von den Lehrstücken und Konzeptionen der theoretischen Philosophie Kants einen äußerst zurückhaltenden Gebrauch. Letztlich wird man nur von einer Analogie sprechen können. Diese Analogie ist freilich ein ausgezeichnete Schlüssel für das Problemverständnis der Reinen Rechtslehre und ihres eleganten Hauptarguments. Dieses Hauptargument ist das Grundnormargument, dessen neukantianischen Grundzug ich im folgenden aufzeigen möchte. Dabei orientiere ich mich an der Fassung, die Kelsen diesem Argument in der *Reinen Rechtslehre* von 1934 gegeben hat⁸⁷.

Das Grundnormargument steht im Kontext der Theorie der Rechtsdynamik. Das Recht ist anders als die Moral ein dynamisches Normensystem. Darunter versteht man ein Normensystem, das Personen zur Erzeugung von Normen berechtigt und somit Normen zur Erzeugung von Normen enthält. Durch dieses dynamische Element vermag das Rechtssystem nicht nur als ein sich selbst kontinuierendes System dargestellt werden, diese dynamische Dimension imprägniert auch den Geltungsbegriff, so daß man von einem erzeugungs- oder ermächtigungslolgischen Geltungsbegriff sprechen könnte: Eine Norm ist dann valid, wenn sie aufgrund höherer Normen erzeugt worden ist. Ein Rechtssystem ist also selbst ein Normenbegründungssystem, das untergeordnete Normen in übergeordneten Normen begründet und eine oberste geltungslologische Ebene besitzt, von der alle untergeordneten Systemebenen und Einzelgesetze geltungslologisch abhängig sind. Dieses Modell stellt eine reine geltungslologische Hierarchie dar, eine Pyramide,

⁸⁷ Damit will ich keinesfalls sagen, daß sich in den früheren Arbeiten Kelsens keine neukantianischen Spuren finden lassen oder daß diese keiner näheren Untersuchung wert wären. Kelsen hat sich in früheren Schriften ausdrücklich als Neukantianer bekannt, der sich – so seine Worte – wie auch Cohen und Stammler bemüht habe, Kants Transzendentalphilosophie für die Rechtswissenschaft fruchtbar zu machen; vgl. *H. Kelsen, Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der „Rechtsdogmatik“*, in: *Sander, Kelsen* 1988, 279–411, 280. Diese Schrift ist für die Neukantianismuskussion in der Rechtswissenschaft darum besonders aufschlußreich, weil sie eine ausführliche Auseinandersetzung mit einer Arbeit Sanders darstellt, die Kelsen vorwirft, über die scholastische Logik der Rechtsdogmatik nicht hinauszugelangen, und ihm die Kantische Theorie der Naturwissenschaft als überlegenes methodisches Beispiel vorhält; vgl. *Holzhey* 1986 und 1988.

deren Spitze durch die Normen der Verfassung gebildet werden. Oder anders gefaßt: Die Verfassung ist die geltungslogische Zentralsonne; alles, was sie ins Licht stellt, ist Teil der Gesamtordnung. Kelsen hat das so formuliert: „Alle Normen, deren Geltung auf eine und dieselbe Grundnorm zurückgeführt werden kann, bilden ein System von Normen, eine normative Ordnung. Die Grundnorm ist die gemeinsame Quelle für die Geltung aller zu einer und derselben Ordnung gehörigen Normen, ihr gemeinsamer Geltungsgrund. Daß eine bestimmte Norm zu einer bestimmten Grundnorm gehört, beruht darauf, daß ihr letzter Geltungsgrund die Grundnorm dieser Ordnung ist. Diese Grundnorm ist es, die die Einheit einer Vielheit von Normen konstituiert, indem sie den Grund für die Geltung aller zu dieser Ordnung gehörigen Normen darstellt.“⁸⁸

Für sich betrachtet vermag dieser Gedanke allenfalls begründungstrilemmatische Befürchtungen zu wecken, jedoch keinerlei Kant-Assoziationen auszulösen. Um die Grundnorm als neukantianisches Konzept zu lesen, bedarf es einer Voraussetzung. Auf sie stoßen wir, wenn wir uns das folgende Zitat anschauen: „Gehen wir von dem ... Falle eines Urteils aus, mit dem wir die Tötung eines Menschen durch einen anderen als die Vollstreckung eines Todesurteils und nicht als Mord deuten. Dieses Urteil beruht darauf, daß wir den Akt der Tötung als Vollziehung einer Gerichtsentscheidung erkennen, die die Tötung als Strafe anordnet; das heißt: Wir legen dem Akt des Gerichtes den objektiven Sinn einer individuellen Norm bei und deuten so die den Akt setzenden Menschen als Gericht. Dies tun wir, weil wir den Akt des Gerichtes als Vollziehung eines Gesetzes, das heißt genereller, Zwangsakte statuierender Normen erkennen, die wir nicht nur als den subjektiven, sondern auch als den objektiven Sinn eines Aktes ansehen, der von bestimmten Menschen gesetzt wurde, die wir eben darum als Gesetzgebungsorgan deuten. Dies tun wir darum, weil wir den Gesetzgebungsakt als die Vollziehung der Verfassung, das heißt genereller Normen ansehen, die ihrem subjektiven Sinn nach eben jene Menschen ermächtigen, generelle, Zwangsakte statuierende Normen zu setzen. So deuten wir diese Menschen als Gesetzgebungsorgan. Damit, daß wir die das Gesetzgebungsorgan ermächtigenden Normen nicht nur als den subjektiven, sondern auch als den objektiven Sinn eines von bestimmten Menschen gesetzten Aktes betrachten, deuten wir diese Normen als Verfassung. Handelt es sich um eine historisch erste Verfassung, ist dies nur möglich, wenn wir voraussetzen, daß man sich dem subjektiven Sinn dieses Aktes entsprechend verhalten, daß man Zwangsakte unter den Bedingungen und in der Weise setzen soll, wie es die als Verfassung gedeuteten Normen bestimmen; das heißt: wenn wir eine Norm voraussetzen, derzufolge der als Verfassung-Gebung zu deutende Akt als ein objektiv gültige Normen setzender Akt und die diesen Akt setzenden Menschen als verfassungsgebende Autorität anzusehen sind. Diese Norm ist... die Grundnorm einer staatlichen Rechtsordnung. Sie ist nicht durch einen positiven Rechtsakt gesetzt, sondern – wie die Analyse unserer juristischen Urteile zeigt –

⁸⁸ Kelsen 1934/1960, 197.

vorausgesetzt, wenn der in Frage stehende Akt als verfassungsgebender Akt und die auf Grund dieser Verfassung gesetzten Akte als Rechtsakte gedeutet werden.⁸⁹ Der Gegenstand des Rechts ist ein hochgradig unnatürlicher Gegenstand und keiner sinnlichen Erkenntnis zugänglich. Er wird begrifflich konstituiert, kommt nur auf dem Wege der Deutung zustande. *Recht ist etwas, was als Recht gedeutet wird.* Diese Deutungsoperation verwandelt einen subjektiven Aktsinn in einen objektiven Aktsinn, ein subjektives Wollen in ein objektives Sollen.

Die Grundnorm gibt die Antwort auf die Frage, warum die historisch erste Verfassung Geltung besitzt. Eine solche Grundnormantwort ist in Kelsens Augen erforderlich, weil nur unter der Grundnormvoraussetzung der historisch erste verfassungsstiftende Akt auf eine objektive Norm hin transzendiert werden und damit aus seiner geschichtlichen Kontingenz befreit werden kann. Wenn diese Grundnormantwort nicht gegeben wird, werden wir nie die Dimension der objektiven Gültigkeit und Normativität erreichen können und immer in der Welt der kontingenten Willensakte, der kontingenten subjektiven Willens- und Sollensäußerungen verbleiben. Damit hat die Grundnorm eine konstitutionstheoretische Bedeutung; sie ist transzendental-logischer Natur⁹⁰. Nur unter ihrer Voraussetzung gibt es überhaupt Rechtsverhältnisse, weil es objektiv gültige Normen gibt; und objektiv gültige Normen gibt es eben nur, wenn mittels der Grundnorm die subjektiven ersten verfassungsgebenden Willensakte objektiviert, in einer Ansammlung von Verfassungsnormen verwandelt werden. Denn wie sollten subjektive Willensakte je objektive Gültigkeit und Verbindlichkeit erlangen, wenn sie nicht als normerzeugende Akte verstanden und in korrekt erzeugten Normen der Normerzeugung verankert sind.

Normen sind Interpretationsprodukte, Deutungskonstrukte; alle Deutungen unterliegen einer Grammatik, einem Inbegriff von Regeln, die die Weise bestimmen, in der etwas als etwas begriffen und verstanden wird; und die Deutung der Willensakte als Erzeugung objektiver Normen ist transzendental-logisch in der Grundnorm als der Bedingung der Möglichkeit von objektiver Normativität überhaupt begründet. Kelsen macht selbst auf diese Analogie zur Kantischen Erkenntniskritik aufmerksam: Und wie Kants Transzendentalphilosophie die Bedingungen der Möglichkeit einer gegebenen und sich wie selbstverständlich als objektiv verstehenden Erfahrung reflexiv-rekursiv zu klären versucht, so versucht die Reine Rechtslehre per analogiam reflexiv-rekursiv die geltungslogischen Ermöglichungsbedingungen einer gegebenen und wirksamen rechtlichen Ordnung zu ermitteln; und diese konzentrieren sich eben in der Grundnorm, die in ergreifender Schlichtheit nichts anderes zum Inhalt hat als eben diese Verbindlichkeit der vorgegebenen, jeder vorgegebenen Ordnung⁹¹. Mit einem Wort: So wie Kant mit Hilfe der Formierungsfunktion der Kategorien subjektive Anschauungen in objektive, in den intersubjektiv geteilten Wahrnehmungsraum hineingestellte Ge-

⁸⁹ Ebd. 47.

⁹⁰ Ebd. 204.

⁹¹ Vgl. ebd. 204 f.

genstände verwandelt, so will Kelsen subjektive Willensakte in objektive, in den intersubjektiv geteilten Praxisraum hineingestellte Normen verwandeln. Und weiterhin in Übereinstimmung mit Kant und von der Sache her völlig zu recht macht Kelsen auch geltend, daß er hier keine neue extravagante Rechtserkenntnis vorschläge, sondern nur das aufkläre und expliziere, was tagtäglich von Juristen und Nicht-Juristen getan wird, wenn sie Rechtsnormen als objektiv verbindliche Normen erkennen. Die Grundnorm hat also eine erkenntnistheoretische Bedeutung: Sie macht die Welt des Rechts als Welt des Rechts überhaupt erst erkennbar. Ohne diese Grundnorm würde die Sollenswelt des Rechts in geltungslogische Scherben zerfallen; alle Normen würden verschwinden; nur Seiendes bliebe übrig: subjektive Willensakte und Gewaltäußerungen. Die Grundnorm ist also die transzendental-logische Geburtsstätte des Rechts⁹². Wie ein Naturrechtler wird der Rechtstheoretiker durch die Verbindlichkeitsfrage über den Stufenbau des positiven Rechts hinausgetrieben und sieht sich veranlaßt, eine nicht-positive, gleichwohl nicht moralische Geltungsebene anzusetzen. Intern also vermag das System seine geltungslogischen Bedürfnisse nicht zu befriedigen. Es ist geltungslogisch nicht autark und muß seine Geltung an einem systemexternen Punkt aufhängen. Dieser Punkt, an dem aller verbindlichkeitslogischere Gebrauch des ganzen positiven Rechtssystems hängt, ist die Grundnorm.

„Remota iustitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia?“⁹³ Kann das „rechtslogische Naturrecht“⁹⁴ das auch, was das material-sittliche Naturrecht kann, nämlich zwischen Staaten und großen Räuberbanden unterscheiden? „Wenn die die Gemeinschaft einer Räuberbande konstituierende, die interne und externe Ordnung umfassende Zwangsordnung nicht als Rechtsordnung, wenn ihr subjektiver Sinn, daß man ihr entsprechend sich verhalten soll, nicht als ihr objektiver Sinn gedeutet wird, so darum, weil keine Grundnorm vorausgesetzt wird, derzufolge man sich dieser Ordnung gemäß verhalten soll, das heißt: daß Zwang unter den Bedingungen und in der Weise geübt werden soll, wie es diese Ordnung bestimmt. Aber – und das ist die entscheidende Frage – warum wird eine solche Grundnorm nicht vorausgesetzt? Sie wird nicht vorausgesetzt, weil – oder richtiger – wenn diese Ordnung nicht jene dauernde Wirksamkeit hat, ohne die keine sich auf sie beziehende, ihre objektive Geltung begründende Grundnorm vorausgesetzt wird.“

⁹² Die Grundnorm hat dieselbe Funktion wie die kontraktualistische Autorisierungsformel der Hobbes'schen Staatsphilosophie. So wie diese aus den subjektiven Willensakten des Leviathan verbindliches Recht macht, so macht auch die Grundnorm aus dem Willensakt des historisch ersten Nomotheten eine objektiv verbindliche Norm. Der Willensakt des historisch ersten Nomotheten ist fraglos Ausdruck bestimmter Machtverhältnisse; damit käme der Grundnorm die Funktion der Transformation von Machtverhältnissen in Rechtsverhältnisse, von Befehlen in Normen zu. Anders: Die Grundnorm ist eine gedachte, erschlossene Ermächtigungs- und Autorisierungsnorm für den historisch ersten Gesetzgeber. Sie ist ein geltungslogisches Gegenstück zum legitimierenden Vertrag Hobbes'.

⁹³ *Augustinus*, *De civitate Dei* IV, 4.

⁹⁴ Mit diesem „nicht sehr glücklichen“ Ausdruck hat Kelsen gelegentlich die Reine Rechtslehre auch bezeichnet; vgl. *Kelsen* 1934/1960, 226, Anm.

Sie hat diese Wirksamkeit offenbar nicht, wenn die Sanktionen statuierenden Normen der Rechtsordnung, innerhalb deren territorialen Geltungsbereich die Tätigkeit der Bande fällt, tatsächlich auf diese Tätigkeit als auf rechtswidriges Verhalten angewendet werden..., d.h. wenn die als Rechtsordnung angesehene Zwangsordnung wirksamer ist als die die Räuberbande konstituierende Zwangsordnung.“⁹⁵ Und wenn beide gleich wirksam sind? hat jemand an dieser Stelle an den Rand meines Bibliotheksexemplars der Reinen Rechtslehre geschrieben. Es wäre schön, wenn er fremdes Eigentum zumindest mit einer gescheiten Bemerkung verunziert hätte. Denn ein Machtgleichgewicht ist völlig uninteressant; interessant und überaus bezeichnend für die Kelsensche Theorie ist natürlich der Fall der Übermächtigkeit der Räuberbande, wenn also der Staat in die Hände der Räuberbande fällt. Was passiert dann? Nun es passiert das Folgende: Die Grundnorm, die aus den subjektiven Willens- und Befehlsakten objektive Normen, also Recht macht, folgt der Macht. Denn nicht das Recht bestimmt aufgrund inhaltlicher, Recht von Unrecht unterscheidender Kriterien, ob ihm durch die Grundnorm rechtskonstitutive Geltung zugesprochen wird, sondern die faktische und dauerhafte Wirksamkeit bestimmt, ob eine Ordnung – und sei es die ursprüngliche einer Räuberbande – die Chance erhält, sich mit den Prädikaten des Rechts und des Staats zu schmücken. Der Staat fällt also nicht unter die Räuber, sondern die Räuber werden zum Staat, und ihre Regeln werden zu Recht. Die Grundnorm hält ihre Verrechtlichungsfahne dorthin, woher der Wind der Macht weht. Unwiderstehlichkeit, Übermächtigkeit auf einem umgrenzten Territorium fungieren als notwendige Verrechtlichungsbedingung. Wenn die Macht überzeugt, wenn sie Übermacht ist, dann wird ihr eine Verrechtlichungschance eingeräumt; und durch die Grundnorm wird das dann geltungslogisch besiegelt. Sie stellt ein Deutungsschema dar, das die übermächtige Räuberbande in ein Rechtssystem verwandelt.

Ein Standardeinwand will Kelsens Bemühungen, Sein und Sollen peinlich genau auseinanderzuhalten, als gescheitert ansehen. Wenn nämlich die Fähigkeit einer Räuberbande, in einem umgrenzten territorialen Raum ihre Ordnungsvorstellungen dauerhaft durchzusetzen, einen Grund darstellt, diese Räuberbande durch Etablierung der Grundnorm staatsrechtlich zu nobilitieren, dann ist letztlich ein Sollen – nämlich die durch die Grundnorm einem subjektiven Willensakt zugesprochene Normativität – aus einem Sein, nämlich der faktischen Unwiderstehlichkeit der Räuberbande, abgeleitet worden, damit Verbindlichkeit und Rechtspflicht in der schieren Übermächtigkeit eines befehlenden Willens begründet werden. Die Reine Rechtslehre, die ursprünglich Normative Rechtslehre heißen sollte, wäre also wenig anders als ein normlogisches Spiegelgefecht, das von der traurigen Wahrheit ablenken soll, daß Macht Recht setzt. Dabei hat Kelsen entschieden alle Lehre abgelehnt, die in irgendeiner Form aus der Faktizität des Rechts ihre Geltung destillieren wollte, etwa aus ihrer Wirksamkeit oder der berühmten Normativität des Faktischen, die Jellinek in die Geltungsdebatte ein-

⁹⁵ Ebd. 49.

geführt hat. Diesen synkretistischen, also Sein und Sollen vermengenden Methoden hat Kelsen ausdrücklich seine Reine, rein normative Rechtslehre gegenübergestellt.

Ist er aber dabei nun gescheitert? Verbirgt sich hinter seiner Normativität nur, wie Schmitt dem „Zeloten der reinen Normativität“ mit Spott ins Stammbuch schreiben möchte, „die Tautologie einer rohen Tatsächlichkeit“⁹⁶? Ja und nein. Ja, weil keinerlei inhaltliche Unterschiede zwischen dem Wollen der Macht und dem Sollen des Rechts bestehen; nein, weil weder aus dem Wollen der Macht noch aus der Übermächtigkeit der Macht deren rechtliche Verbindlichkeit folgt. Das Argument geht nicht folgendermaßen: 1. In einem territorial umgrenzten Bereich gibt es eine unwiderstehliche Ordnungsmacht. 2. Daher wird die normativitäts- und verbindlichkeitsspendende Grundnorm vorausgesetzt. 3. Daher sind alle Willensäußerungen der Macht Äußerungen verbindlichen Rechts. Während der Schluß von 2 auf 3 korrekt ist, da 3 nur die Implikationen von 2 expliziert, ist der Schluß von 1 auf 2 hingegen ungültig. Es kommt alles darauf an, die zweite Prämisse richtig zu formulieren. Erst einmal ist sie keine Konsequenz, sondern eine absolute Setzung. Zweitens ist diese Setzung selbst geltungslogisch hypothetisch. Nichts und niemand zwingt dazu, die Grundnorm vorauszusetzen. Die Motive für die Grundnorm ergeben sich allein auf dem Weg einer reflexiv-rekursiven Argumentation: Kelsen sagt nicht, weil es die Grundnorm gibt, sollen die Menschen den effektiven Zwangsordnungen gehorchen und die Rechtswissenschaftler, aber nicht nur diese, denn es geht nicht nur um die Sicherung der Wissenschaft vom Recht, es geht auch um die Sicherung des Gegenstandes dieser Wissenschaft, sondern auch alle anderen Bürger diese Zwangsordnung als Rechtsordnung interpretieren; vielmehr gilt für ihn die Umkehrung: Wenn man den subjektiven Sinn von mit Anspruch auf allgemeine Verbindlichkeit auftretenden Willensakten auch als objektiv gültigen Sinn und diese Willensakte somit als Rechtsnormen deuten will, so setzt man gewissermaßen immer schon etwas voraus, nämlich die Grundnorm, die den historisch ersten Verfassungsgeber ermächtigt, Normen zu setzen.

„Mit anderen Worten: die Reine Rechtslehre behauptet nicht, das Recht ist eine objektiv geltende Ordnung, weil man die Grundnorm voraussetzt, daß man sich der historisch ersten Verfassung gemäß verhalten soll; sondern: das Recht kann als objektiv geltende Ordnung nur betrachtet werden, wenn man annimmt, daß man sich der historisch ersten Verfassung gemäß verhalten soll, d. h. unter der Voraussetzung der Grundnorm.“⁹⁷ Niemand ist freilich genötigt, derartiges zu tun; niemand kann gezwungen werden, unter Hinweis auf die Grundnorm das Recht als Recht und nicht als historische Gestalt von Gewaltverhältnissen zu betrachten. Nur für den hat die Grundnorm Überzeugungskraft, der das Recht immer schon als Recht und nicht als Gewalt betrachtet hat. Hier ist offenkundig ein großer Unterschied zur transzendentalen Analyse der Erfahrungsbedingungen: Sie führt vor

⁹⁶ C. Schmitt, *Verfassungslehre* (Berlin ⁵1970) 9.

⁹⁷ H. Kelsen, *Recht, Rechtswissenschaft und Logik*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 52 (1966) 545–525, 547f.

alternativenlose Formelemente; niemand kann sich aus dem Geltungszugriff der Kategorien und Anschauungsformen befreien, die Erfahrungswelt entformieren und sie als etwas anderes betrachten resp. sie anders betrachten. Die transzendente Deutung, die die Erfahrungswelt konstituiert, ist keine Deutung von etwas, das wir auf eine Art erfassen könnten, als etwas, das wir dann auf andere Art erfassen würden; hier ist kein Betrachtungswechsel zwischen zwei uns gleichermaßen verfügbaren Perspektiven möglich. Wenn wir dem Recht die Normativität nehmen, bleiben Kampf, Übermacht und Gewaltgeschichte übrig; wenn wir der Erfahrungswelt ihre transzendente Konstituiertheit nehmen, bleibt nur die unerkennbare, weil durch eine eigenständige Betrachtungsperspektive nicht in ihrem Bestand und in ihrer Beschaffenheit vermeßbare Mannigfaltigkeit der Anschauung übrig.

Befinde ich mich nun in einem Staat oder in einer Räuberbande? Die Antwort, die Kelsen gibt, ist von der des Augustinus sehr verschieden. Augustinus würde antworten: Das hängt von dem Ausmaß der verwirklichten Gerechtigkeit ab. Kelsen antwortet: Das hängt ganz allein von dem Betrachter ab; wenn er meint, daß er in einem Staat lebt, daß eine Rechtsordnung besteht, daß die Willensäußerungen der Behörden und politischen Autoritäten individuelle und generelle Rechtsnormen darstellen, dann kann er das nur dann konsistent meinen, wenn er mit der Annahme der Grundnorm operiert. Anderenfalls lebt er in einer Räuberbande. Die Grundnorm selbst hält keinerlei argumentative Unterstützung für den bereit, der einen anderen von der Verbindlichkeit des Rechts und seiner ursprünglichen Normativität überzeugen möchte. Sie bietet nur dem eine Antwort, der das Recht als Recht anerkennen möchte und um die normlogische Konsistenz seiner Überzeugung bekümmert ist. Da kommt dann die Grundnorm daher, ein wahrhafter normlogischer *deus ex machina*, eine Grenzgöttin zwischen dem Sein und dem Sollen, die reinsten Dezisionismus praktiziert. Keinerlei Grund gibt es, Machtbeziehungen als Rechtsverhältnisse zu deuten; kein inhaltliches Element könnte das Recht anführen, um sich von Machtverhältnissen zu unterscheiden. Die Grundnorm stiftet daher auch weder echte Normativität noch genuine Verbindlichkeit; echte Normativität und genuine Verbindlichkeit sind nicht ohne inhaltliche Kriterien zu gewinnen. Der Unterschied zwischen Recht und Gewalt ist fundamental und ein zentrales Element unserer politischen und kulturellen Selbstverständigung. Gerade wenn wir Recht als Legitimationsbedingung von Zwangsanwendung betrachten, benötigen wir inhaltliche Kriterien, um legitimen Zwang von illegitimen Zwang unterscheiden zu können. All diese Differenzierungen lassen sich im Schatten der Grundnormtheorie nicht aufrechterhalten. Die von ihr geleistete Normativitätsstiftung geht allein auf die normlogische Zuschreibungsbedingung ein, die Normativitätswissenschaft von Kausalitätswissenschaft unterscheidet, nicht hingegen auf die Gültigkeitsgründe, die Recht von Gewalt unterscheiden. Daher begründet die Grundnorm keinerlei Verbindlichkeit des Rechts.

Literatur

- Bergbohm, Karl* 1892, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen. Erster Band (Leipzig)
- Bierling, Ernst Rudolf* 1894 ff., Juristische Prinzipienlehre, 5 Bde. (Freiburg, Leipzig, Tübingen)
- Binder, Julius* 1912, Rechtsnorm und Rechtspflicht (Leipzig)
- Binder, Julius* 1915, Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Rudolf Stammlers (Leipzig; Neudruck Aalen 1967)
- Binder, Julius* 1925, Philosophie des Rechts (Berlin)
- Cohen, Hermann* 1904, System der Philosophie. Zweiter Teil. Ethik des reinen Willens (Berlin; 2. rev. Aufl. Berlin 1907; 3. Aufl. Berlin 1921)
- Dohna, Alexander Graf zu* 1959, Kernprobleme der Rechtsphilosophie (Darmstadt 1940)
- Dreier, Horst* 1990, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (2. Aufl., Baden-Baden)
- Ebbinghaus, Julius* 1960, Kants Rechtslehre und die Rechtsphilosophie des Neukantianismus, in: *J. Derbolav, Fr. Nicolai* (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung. Festschrift für Theodor Litt (Düsseldorf) 317–334
- Emge, Carl August* 1931, Geschichte der Rechtsphilosophie, Berlin; Sonderausgabe (Darmstadt 1967)
- Engisch, Karl* 1971, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie (München)
- Escher, Alfred* 1993, Neukantianische Rechtsphilosophie, teleologische Verbrechensdogmatik und modernes Präventionsstrafrecht. Eine biographische und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung über Alexander Graf zu Dohna 1876–1944 (Berlin)
- Ferraz, Tercio Sampaio* 1970, Die Zweidimensionalität des Rechts als Voraussetzung für den Methodendualismus von Emil Lask (Meisenheim am Glan)
- Hammer, Stefan* 1986, Kelsens Grundnormkonzeption als neukantianische Erkenntnistheorie des Rechts?, in: *Stanley L. Paulson, Robert Walter* (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86 (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 11, Wien) 210–231
- Holzhey, Helmut* 1986, Kelsens Rechts- und Staatslehre in ihrem Verhältnis zum Neukantianismus, in: *Stanley L. Paulson, Robert Walter* (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86 (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 11, Wien) 167–192
- Holzhey, Helmut* 1988, Rechtserfahrung oder Rechtswissenschaft – eine fragwürdige Alternative. Zu Sanders Streit mit Kelsen, in: *O. Weinberg, W. Krawietz* (Hrsg.), Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker (Wien, New York) 47–76
- Hommes, Ulrich* 1962/63, Das Problem des Rechts und die Philosophie der Subjektivität, in: *Philosophisches Jahrbuch* 70, 311–343
- Jakob, Eckart* 1996, Grundzüge der Rechtsphilosophie Julius Binders. Mit einem Anhang: Fünf unveröffentlichte Schriften Binders (Baden-Baden)
- Kantorowicz, Hermann* 1910, Besprechung von Hermann Cohen: Ethik des reinen Willens, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 31, 602–606
- Kaufmann, Erich* 1960, Kritik der neukantianischen Rechtsphilosophie – eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft (1921), in: *ders.*, Rechtsidee und Recht. Rechtsphilosophische und ideengeschichtliche Bemühungen aus fünf Jahrzehnten, Gesammelte Schriften Band III (Göttingen)
- Kelsen, Hans* 1911/1923, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz (Tübingen, 2. um eine Vorrede vermehrte Auflage, Tübingen 1923; Nachdruck der 2. Auflage Aalen: Scientia 1960)
- Kelsen, Hans* 1928, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (2. Aufl. Tübingen, Nachdruck Aalen 1960)

- Kelsen, Hans* 1922, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (Tübingen, 2. Aufl. 1928)
- Kelsen, Hans* 1925, Allgemeine Staatslehre (Berlin)
- Kelsen, Hans* 1934, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, (Leipzig, Wien)
- Kelsen, Hans* 1960, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (2. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, Nachdruck 1976)
- Larenz, Karl* 1931, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart (Berlin)
- Larenz, Karl* 1935, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart (2. Aufl. Berlin)
- Larenz, Karl* 1960, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Berlin, Göttingen, Heidelberg)
- Lask, Emil* 1923, Rechtsphilosophie, in: *ders.*, Gesammelte Schriften (1. Band, Tübingen) 277–331
- Maihofer, Werner* (Hrsg.) 1973, Begriff und Wesen des Rechts (Darmstadt)
- Marck, Siegfried* 1925, Substanzbegriff und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie (Tübingen)
- Müller, Claudius* 1994, Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus. Naturrecht und Rechtspositivismus in der Auseinandersetzung zwischen Hermann Cohen, Rudolf Stammler und Paul Natorp (Tübingen)
- Natorp, Paul* 1913, Recht und Sittlichkeit (Kant-Studien 18) 1–79
- Radbruch, Gustav* 1913/1973, Rechtsphilosophie. 8. Auflage, hrsg. v. *Erik Wolf* und *Hans-Peter Schneider* (Stuttgart)
- Salomon, Max* 1907, Das Problem der Rechtsbegriffe (Heidelberg)
- Salomon, Max* 1919, Grundlegung zur Rechtsphilosophie (2. Aufl. 1925, Berlin, Leipzig)
- Sander, Fritz, Kelsen, Hans* 1988, Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen, hrsg. v. *Stanley L. Paulson* (Aalen)
- Sieg, Ulrich* 1994, Aufstieg und Niedergang des Marburger Neukantianismus. Die Geschichte einer philosophischen Schulgemeinschaft (Würzburg)
- Siegers, Josef* 1964, Das Recht bei Emil Lask. Untersuchungen zur Rechtstheorie des Neukantianismus (Bonn)
- Somló, Felix* 1917, Juristische Grundlehre, Leipzig
- Stammler, Rudolf* 1896, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, Eine sozialphilosophische Untersuchung (Leipzig; 2. verb. Auflage Leipzig 1906; 5. Aufl. Berlin, Leipzig 1924)
- Stammler, Rudolf* 1902, Lehre vom richtigen Rechte (Berlin; neu bearb. Aufl. Halle 1926)
- Stammler, Rudolf* 1911, Theorie der Rechtswissenschaft (Halle; 2. Aufl. 1923)
- Stammler, Rudolf* 1922, Lehrbuch der Rechtsphilosophie (Berlin, Leipzig, 2. Aufl. Berlin, Leipzig 1923, 3. vermehrte Aufl., Berlin, Leipzig 1928)
- Stammler, Rudolf* 1925, Rechtsphilosophische Abhandlungen. Erster Band 1888–1913 (Charlottenburg)
- Stammler, Rudolf* 1925, Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge. Zweiter Band 1914–1915 (Charlottenburg)
- Stammler, Rudolf* 1928, Lehrbuch der Rechtsphilosophie (3. Aufl. Berlin, Leipzig)
- Sturmfels, Wilhelm* 1912, Recht und Ethik in ihrem gegenseitigen Verhältnis (Diss. Gießen)
- Sturmfels, Wilhelm* 1973, Probleme der Rechts- und Staatsphilosophie (Meisenheim am Glan)
- Tenbruck, Friedrich* 1988, Geschichte und Geschichtsschreibung der Philosophie am Beispiel des Neukantianismus, in: Philosophische Rundschau 35, 1 ff.
- Wielikowski, G. A.* 1914, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie (München)
- Winter, Eggert* 1980, Ethik und Rechtswissenschaft. Eine historisch-systematische Untersuchung zur Ethik-Konzeption des Marburger Neukantianismus im Werke Hermann Cohens (Berlin)



Dietmar Willoweit

Rechtsbegründung und Rechtsbegriff

Ein Nachwort

I.

Ein Kolloquium über Probleme der Rechtsbegründung kann sich nicht der Öffentlichkeit präsentieren, ohne die spezifischen Legitimationsprobleme unserer jüngeren Geschichte und Rechtsgeschichte anzusprechen. In welchem Zusammenhang steht die Frage nach der Begründung des Rechts mit der Frage nach den Grenzen des Rechts und der Erfahrung von Unrecht? Ist jedes staatliche Handeln der Begründung in der Dimension des Rechts zugänglich? Darauf gibt es zunächst die logische Antwort: Bedingung der Möglichkeit einer Begründung des Rechts ist der Begriff des Rechts. Nun ist es kein Geheimnis, daß mit dem Stichwort „Rechtsbegriff“ ein Problem angesprochen ist, das jedenfalls in jüngerer Zeit als kaum lösbar galt und daher von manchem als letztlich unlösbar beiseite gelegt worden ist. Sich dabei zu beruhigen, würde in unserem Zusammenhang bedeuten: Recht ist, was sich selbst so nennt, so daß sich die Begründungsfrage in der Tat auf alle einschlägigen historischen Phänomene erstrecken würde, auf jedes staatliche Handeln, jeden hoheitlichen Befehl. Für diesen Standpunkt kann man sogar ins Feld führen, daß sich die Frage nach der Begründung, der Rechtfertigung, der Legitimation hoheitlichen Handelns in der Tat so umfassend stellt, wie die Staatsgewalt tatsächlich tätig wird. Das Thema „Rechtsbegründung und Rechtsbegriff“ würde sich also als gegenstandslos erweisen, weil die Begründungsfrage an den Staat zu richten wäre, dessen Handeln weit über den Raum des Rechts hinausreicht.

Diese Überlegungen helfen allerdings dann nicht weiter, wenn – wie hier – das Tagungskonzept der Unterstützung eines umfassenderen rechtsgeschichtlichen Forschungsvorhabens dient, das unter dem Arbeitsthema „Recht und Gesellschaft“ davon ausgeht, daß Recht ein wesentliches Element jeder funktionsfähigen Gesellschaftsformation ist. Eine Fragestellung dieser Art kann auf die Klärung ihres Vorbegriffs von Recht nicht verzichten. Andernfalls würde die Auswahl der zu berücksichtigenden historischen Fakten zufällig und methodisch unkontrolliert erfolgen. Einfacher ausgedrückt: Wer Rechtsgeschichte betreibt,

kann dies ohne einen Begriff von Recht nicht tun. Dabei mag es in der Regel genügen, wenn das Vorverständnis für den Forschungsgegenstand „Recht“ ungefähr aus den Erfahrungen mit der modernen Rechtsordnung abgeleitet wird. Wenn man aber versucht, Recht nicht von vorneherein als Äußerung hoheitlicher, selbst erst in historischer Zeit entstehender Mächte zu verstehen, sondern der Entstehung von Recht aus der Gesellschaft heraus nachzugehen, dann allerdings ist ein präziserer Rechtsbegriff unverzichtbar, weil man wissen muß, was man sucht. Meine These ist nun, daß es in der Tat möglich ist, einen solchen Rechtsbegriff mit philosophischer Nachhilfe in der Geschichte dingfest zu machen, so daß am Ende doch ein Spannungsverhältnis zwischen „Rechtsbegründung“ und „Rechtsbegriff“ entsteht.

II.

Der philosophische Kronzeuge, auf den ich mich berufe, ist Rudolf Stammler. In seiner Abhandlung „Recht und Willkür“¹ hat er den Rechtsbegriff mit logischen Überlegungen so eingegrenzt, daß er geeignet ist, grundlegende Hypothesen der Rechtsgeschichte zu bestätigen. Ich versuche, den Gedankengang Stammers hier in aller Kürze nachzuzeichnen und seine Tauglichkeit für die Zwecke rechtsgeschichtlicher Forschung wahrscheinlich zu machen, um anschließend einen Blick auf die im 20. Jahrhundert zutage getretenen Probleme zu werfen. Auch dazu bietet Stammler, obwohl er seinen Text im wesentlichen schon im Jahre 1895 formulierte, anregende Gedanken².

Stammler fragt zunächst nach dem unterscheidenden Kriterium zwischen Rechtsnormen und Konventionalregeln. Er findet es in dem Geltungsanspruch der Rechtsnorm, die ihrem immanenten Sinn gemäß Beachtung fordert, ohne Rücksicht darauf, ob die Adressaten der gebotenen Regelung zustimmen oder nicht. Konventionalregeln dagegen erheben einen solchen Anspruch nicht, jedenfalls nicht im Sinne eines Zwangsgebotes. Ihre Befolgung beruht im Prinzip auf dem Einverständnis der solchen Regeln unterworfenen Personen. Wenn aber die Geltung einer Rechtsnorm keinesfalls auf die Anerkennung durch die Normadressaten zurückgeführt werden kann, dann stellt sich die Frage, ob und wie Recht und Willkür zu unterscheiden sind. Wäre der Geltungsanspruch alleiniges Merkmal der Rechtsnorm, müßte jeder Befehl auch eines Verbrechers, der Gehorsam gegenüber seinen Anweisungen fordert, einem staatlichen Gesetz gleichgestellt werden. Stammler entnimmt auch den Unterschied von Recht und Willkür der Erfahrung: „Willkürliche Gewalt liegt vor, wenn ein Befehl erlassen wird, den

¹ *Rudolf Stammler, Recht und Willkür (1895)*, in: *ders.*, *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, Bd. 1 (Charlottenburg 1925) 85–118.

² Eine erste Annäherung habe ich in dem folgenden Beitrag versucht: *Rudolf Stammers Abhandlung „Recht und Willkür“ und ihre Konsequenzen für den Rechtsbegriff*, in: *Perspektiven der Philosophie* 23 (1997) 181–192 mit weiteren Nachweisen.

der Betreffende selbst gar nicht – dem formalen Sinne nach – als objektiv bindende Regelung menschlicher Verhältnisse erachtet; der vielmehr, seiner eigenen Meinung nach, nur die formale Bedeutung einer Befriedigung subjektiver Gelüste und Wünsche des Gewalthabers durch ledigliche Bindung anderer hat, auf den er zurückkommen wird, wenn er wollen wird; der aber jetzt, bei seinem Erlasse, nichts von einer Bindung des Befehlenden an seinen Befehl in sich trägt. Das Gegenstück ist dann gegeben, wenn der Gebietende an die von ihm erlassene Regel selbst auch gebunden sein will. Es müssen beide an das Gebot gebunden sein. Wenn der Gebietende nicht gebunden ist, so ist es rohe Willkürmacht ...“. Daraus ergibt sich die Definition: „Recht ist ihrem Sinne nach unverletzbar geltende Zwangsregelung menschlichen Zusammenlebens.“³ Dieser Rechtsbegriff erlaubt zunächst die Annahme, daß Recht auch aus Rechtsbruch, z. B. durch eine Revolution, hervorgehen kann. Wenn andererseits das Außerkrafttreten des gebrochenen Rechts, das seinem immanenten Sinne nach ja weitergelten möchte, kaum erklärt werden kann, so ist das nur eine scheinbare Schwäche dieser Begriffsbildung. Sie geht von der Erfahrung aus und läßt sich von der Erfahrung auch belehren, daß Recht mißachtet wird: „Das Recht kann gebrochen werden, aber es will es nicht; es stirbt, doch es ergibt sich nicht. Und solange es lebt, so eignet ihm auch der Anspruch, der sein Wesen ausmacht und ihm das selbständige Dasein erst verschafft: – der Anspruch der Unverletzbarkeit.“⁴

Diese Orientierung am empirischen Befund, alle diese „Wahrnehmungen, daß auf ganz verschiedenartigem Wege und namentlich auch außerhalb der von dem Rechte selbst für neue Rechtsbildung aufgestellten Regeln Rechtssätze in das Leben treten können, (führen) letztlich auf die allgemeine Frage zurück: Woran erkennt man überhaupt, ob etwas Recht ist? – Hierfür muß es doch ein allgemeingültiges Merkmal geben.“⁵ Diese Frage führt nun zu der weiteren nach „der originären Entstehung von Recht“ und damit, ohne daß dies der Autor besonders hervorhebt, zu den historisch ursprünglichen Konstellationen, aus denen Recht hervorgeht. Es sind „zwei Möglichkeiten zu unterscheiden: eine solche der Einigung unter den Recht Setzenden und nun zugleich rechtlich Gebundenen, oder aber eine einseitige Setzung durch einen Machthaber gegen den Willen des Unterworfenen“⁶. Der Einigung unter den Beteiligten, d. h. dem Vertrag, kommt deshalb eine rechtserzeugende Wirkung zu, „weil ja im Begriffe der Vereinbarung das Moment sich notwendig erfüllt, welches die rechtliche Satzung von willkürlicher Maßnahme allgemeingültig trennt: das Moment der Unverletzbarkeit während ihrer Geltung“⁷. Ohne es ausdrücklich zu sagen, hat sich Stammler mit diesen Beobachtungen aus den Rahmenbedingungen einer staatlich organisierten Rechtsordnung hinausbewegt. Liegt der Sinn von Recht darin, Willkür auszuschließen,

³ *Stammler*, (wie Anm. 1) 97 u. 98.

⁴ *Stammler*, (wie Anm. 1) 98.

⁵ *Stammler*, (wie Anm. 1) 104.

⁶ *Stammler*, (wie Anm. 1) 105.

⁷ *Stammler*, (wie Anm. 1) 105.

dann muß der Rechtsgedanke schon in elementaren sozialen Beziehungen vor der Herausbildung staatlicher Verhältnisse begründet sein.

Stammlers Rechtsbegriff läßt sich an bestimmten Erscheinungen der Rechtsgeschichte kontrollieren und erweist sich dabei als ein Vorbegriff von positivem Recht, der dessen fundamentalste Normen hervorragend zu erklären vermag. Damit komme ich zu den versprochenen rechtsgeschichtlichen Hypothesen. Weil Willkür mit dem Rechtsgedanken nicht vereinbar ist, deshalb gibt es soziale Sachverhalte, die man als ein rechtliches Minimum menschlicher Vergesellschaftung ansprechen kann. Es handelt sich erstens um das Vertrauen in die Beständigkeit vertraglicher Vereinbarungen und zweitens um das Genugtuungsverlangen des Geschädigten nach einer Verletzung seiner Güter. Zwischenmenschliche Beziehungen, in denen das Verlangen nach einer Sühne, also nach einem irgendwie gearteten Ausgleich für geschehene Verletzungen, nicht anerkannt ist und die auch ein Vertrauen in die Bindungswirkung von Vereinbarungen nicht kennen, können wir uns als rechtlich geordnete nicht vorstellen. Sie wären eine pervertierte Form menschlichen Zusammenlebens, weil Einbußen an Leib, Leben und Gütern stumpf hingenommen werden müßten und das Wort eines anderen keinen Glauben verdiente. Menschliches Zusammenleben ließe sich dauerhaft so nicht organisieren. Die Menschen einer solchen Gesellschaft würden leben ohne Recht. Sie wären dem willkürlichen Verhalten anderer ausgeliefert. Wenn zum Rechtsbegriff Normativität gehört, wie kaum jemand bestreiten würde, dann muß sich die Norm im Sinne der von Stammler betonten Selbstbindung auch ernst nehmen und damit zugleich normungebundenen, also willkürlichen, Verhalten als Unrecht disqualifizieren.

III.

Damit komme ich zu Rückfragen, welche die Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts provoziert. Stammler hilft uns auch insofern noch ein Stück weiter. Er hat, als er seine Abhandlung niederschrieb, noch nichts von den Horrorszenarien des 20. Jahrhunderts gewußt, von den rassistischen und politischen Verfolgungen im Dritten Reich, von den Säuberungen in den Sowjetstaaten, von Rechtsbrüchen und Terrorakten, die Staaten selbst organisieren. Aber er fand in der europäischen Geschichte den absoluten Herrscher und in der staatswissenschaftlichen Tradition die Figur des Despoten vor und stellte sich die Frage, ob wir es in diesen Fällen noch mit Formen „rechtlicher Verfassung“ zu tun haben. Stammler unterscheidet beide sehr sorgfältig. Absolutismus nennt er „eine rechtliche Verfassung, nach der die Rechtsverhältnisse der Untertanen nach im voraus bestimmten Sätzen geregelt sind, deren Abänderung und Ergänzung durch den Willen eines einzigen Menschen geschieht“. Dagegen würde „Despotismus ... in seiner vollendeten Art eine Rechtsordnung heißen, die nur aus einem einzigen, im voraus allgemein aufgestellten Paragraphen bestände: Die rechtlichen Beziehungen unter den Rechts-

unterworfenen werden lediglich nach der konkreten Entscheidung des Herrschers im einzelnen Falle beurteilt und durchgeführt.“⁸ Stammler nennt auch dies noch eine „rechtliche Verfassung“, weil der „angeführte Rechtssatz ... seinem Sinne nach als eine während ihres Bestehens unverletzbar Norm (gilt)“. Es sei dies „nicht bloß eine von Fall zu Fall zufällig sich ereignende Gewalt und Macht; denn sonst würde die jeweilige größere Körperkraft oder der konkrete sich gerade bewährende psychische Einfluß des Despoten allein zur Unterlage genommen. Dem Sinne des despotisch regierten Gemeinwesens aber entspricht es, daß die einzelnen Akte auf jenen angeführten Satz zurückgehen; und die Ausführung der Befehle durch Organe und Diener des Despoten geschieht daher an sich von Rechts wegen.“ Man könne daher „im ruhigen Zustande der Despotie“ unterscheiden, „ob der Despot als Herrscher eine durch nichts im voraus sachlich beschränkte Anordnung als Rechtsbefehl erläßt oder ob er als Mensch sich vergeht, jemanden ermordet, ein Mädchen notzüchtet“⁹. Stammler scheint sich in der Tat die Ausübung physischer Gewalt oder vergleichbarer Mittel als Grenze vorgestellt zu haben, an welcher das Recht endet und die Willkür beginnt. Am weitesten wagt er sich mit der folgenden Formulierung vor: „Wenn man sich freilich in der Hypothese einmal einen Zustand denken wollte, in welchem jemand nur mit Körperkraft oder eigentümlich psychischem Einflusse – oder sagen wir phantastisch: mit ihm allein bekannter Maschinerie – vielleicht hundert Menschen als Sachen zu beliebigem Gebrauche nach momentaner Laune behandelte, so wäre auch der letzte Rest einer rechtlichen Verfassung abgestreift; und nichts als ein Gemisch von Willkürakten zurückgeblieben, die sozial in keiner Einheit zusammenflößen.“¹⁰

Mit diesen Auslassungen verspielt Stammler, was er zuvor durch seine sorgfältigen Überlegungen zum Rechtsbegriff gewonnen hat. Sein Versuch, die äußersten Ränder des Rechtsbegriffs abzugehen, führt in die Irre, weil er jetzt plötzlich sein eigenes Kriterium für Recht, die Selbstbindung des Rechtsetzenden, vergißt. Der Einsatz von Körperkraft oder eines „eigentümlich psychischen Einflusses“ oder die Benutzung einer dem Despoten allein bekannten Maschinerie könnte ebenso gut zur Durchsetzung von Rechtssätzen wie auch willkürlich geschehen. Ebensovienig überzeugt der Vorschlag, man solle danach unterscheiden, ob der Despot „als Herrscher“ oder „als Mensch“ handle. Eben dies würde man im Zweifelsfalle ja gerne wissen. Der Verdacht drängt sich auf, Stammler könnte hier deshalb auf Abwege geraten sein, weil er vor der Konsequenz seines Rechtsbegriffs, Staatsgewalt – und sei es diktatorische – unter Umständen für unrechtmäßig erklären zu müssen, zurückschreckte.

In Wirklichkeit kommt man mit Stammlers Rechtsbegriff den Problemen der Despotie und damit auch den historischen Ereignissen des 20. Jahrhunderts viel näher, als dies Stammler selbst wahrhaben wollte. Recht hat er insofern, als sein Rechtsbegriff gegen beliebige Änderungen des Rechts in der Tat keine Sicherheit

⁸ *Stammler*, (wie Anm. 1) 111.

⁹ *Stammler*, (wie Anm. 1) 111.

¹⁰ *Stammler*, (wie Anm. 1) 113.

bietet¹¹. Aber wenn der Rechtscharakter einer Norm erfordert, daß sich die normsetzende Autorität selbst an diese Norm binden will, dann ist es möglich, innerhalb der staatlichen Hoheitsakte zwischen Normsetzung mit Selbstbindungswillen und Befehlen willkürlicher Art zu unterscheiden. Nicht nur dann, wenn der Despot selbst mordet oder Mädchen notzüchtigt, handelt er willkürlich, sondern auch, wenn er Gebote erläßt, an die er sich je nach persönlicher Lust oder politischer Neigung halten wird oder auch nicht. Stammler kann mit seiner Feststellung, in der Despotie würden eben „die rechtlichen Beziehungen unter den Rechtsunterworfenen ... lediglich nach der konkreten Entscheidung des Herrschers im einzelnen Falle beurteilt und durchgeführt“, nicht recht haben. Ein solcher Satz enthält den Versuch, Willkür als Recht zu institutionalisieren, und widerspricht sich damit selbst. Bald nachdem Stammler diese verunglückte Paradoxie zu Papier gebracht hatte, entstanden in der geschichtlichen Wirklichkeit Verfassungssysteme, die genau dieses versuchten: das Recht auf eine jeweilige, konkrete Entscheidungssituation zu gründen, sei es auf den Willen des Führers, sei es auf die Diktatur des Proletariats zum Zwecke des Klassenkampfes. Führerprinzip und klassenkämpferische Diktatur binden sich schon ex definitione nicht an die eigenen Normen, weil ihnen an der Normativität ihrer Gebote nichts liegt, sondern Führung und Kampf die entscheidende Rolle zu spielen haben. Damit aber nehmen diese politischen Systeme eine beliebige Entscheidungsfreiheit für sich in Anspruch, die sich mit dem Rechtsbegriff nicht verträgt. Nicht zufällig sind sowohl im Dritten Reich wie auch in der DDR Rechtsnormen, die eigentlich „galten“, vielfach nicht beachtet worden. Die Juristen dieser Staaten haben das sehr wohl gespürt. Bekannt ist das Dilemma der nationalsozialistischen Jurisprudenz, den Führerwillen doch noch normativ durch Bindung an „Blut“ und „Volksempfinden“ einfangen zu wollen¹². In der DDR kam eine ähnliche Funktion dem seit den sechziger Jahren erörterten Prinzip der „sozialistischen Gesetzmäßigkeit“ zu¹³. Sicher gibt es auch insofern große Unterschiede zwischen den beiden deutschen Diktaturen. Aber daß das politische Antriebssystem in beiden Staaten weniger nach normativen Vorgaben als nach politischer Zweckmäßigkeit funktionieren sollte, wird man kaum bestreiten können. Nur am Rande möchte ich zu bedenken geben, daß die Einsichten, die Rudolf Stammers Unterscheidung von Recht und Willkür nahelegen, vielleicht deshalb in der rechtswissenschaftlichen Diskussion des 20. Jahrhunderts untergepflegt wurden, weil Carl Schmitt die Rechtsfremdheit von Führertum und Kampf unter dem Banner der „Dezision“ ins Positive wendete¹⁴.

Es ist leicht zu erkennen, daß sich auch mit Stammers Rechtsbegriff nicht alle Fragen zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts beantworten lassen. Die Nürn-

¹¹ *Stammler*, (wie Anm. 1) 98.

¹² *Diemut Majer*, Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems (Stuttgart u.a. 1987).

¹³ *Georg Brunner*, Einführung in das Recht der DDR (München 21979).

¹⁴ *Hasso Hofmann*, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts (Berlin 21992) 62 ff., 68 f.

berger Rassegesetze sind zweifellos mit dem Selbstbindungswillen des damaligen Gesetzgebers erlassen und auch exekutiert worden. Das Problem, ob und inwiefern es auch willkürliche Normsetzung geben kann oder ob dies eine in sich widersprüchliche Begriffsbildung wäre, kann an dieser Stelle nicht gelöst werden. Sicher scheint mir indessen, daß Stammers Rechtsbegriff mehr leistet als der moderne Rechtspositivismus, der den Rechtsbegriff schon erfüllt sieht, wenn Normen „den internen Verfassungsprinzipien der jeweiligen Rechtsordnung entsprechen“, wie es Norbert Hoerster ausdrückt¹⁵. Dieser Satz kann nur insofern richtig sein, als eine Verfassung nicht willkürliches Verhalten des oder der Machthaber zum Prinzip erhebt.

Man mag sich fragen, welches denn der Ertrag der bisherigen Überlegungen für das Problem der Rechtsbegründung sein könnte. Wenn der Rechtsbegriff definitorisch eingegrenzt wird, dann gehen natürlich Begründungsversuche ins Leere, die über den Raum des Rechts hinaus politisches Handeln überhaupt zu begründen versuchen. Diese Disproportionalität zwischen Rechtsbegriff und Legitimierungsbedarf festzustellen, scheint mir aber nicht unwichtig. Zum einen ist die Tatsache, daß sich das Legitimationsbedürfnis über die Phänomene des Rechts hinaus erstreckt und per se auch nicht erkennbar ist, wo es enden sollte, für die Legitimationsproblematik an sich von erheblichem Interesse. Eine Entdeckung ist dies nun keineswegs. Wir erinnern uns, daß Max Weber die Legitimitätsfrage nicht an das Recht, sondern an die „Herrschaft“ geknüpft hat. Er ging von „dem sehr allgemeinen Tatbestand des Bedürfnisses jeder Macht, ja jeder Lebenschance überhaupt, nach Selbstrechtfertigung“ aus¹⁶. So gesehen, spiegelt der Fragenkreis der Rechtsbegründung nur einen Teil der Legitimationsproblematik wider. Und es drängt sich die Vermutung auf, daß dort, wo nicht rechtliches, sondern willkürliches Handeln begründet werden soll, ein ganz außergewöhnlicher Argumentationsbedarf gegeben ist – man denke nur an die quasireligiöse Gläubigkeit, mit der im Dritten Reich das Führerprinzip gepriesen wurde, oder an die intellektuellen Energien, die sich um die Begründung der klassenkämpferischen Diktatur bemühten.

Der Befund, daß das Legitimierungsbedürfnis über das Recht hinausreicht, zieht andererseits eine Entlastung der Rechtsbegründungsfrage nach sich. Dieser Aspekt ist für meine Fragen an die Geschichte von erheblich größerer Bedeutung. Die historisch verifizierbaren Modelle der Rechtsbegründung müssen das willkürliche Handeln eines Despoten nicht abdecken. Speziell die historische Last des 20. Jahrhunderts muß sich nicht aufladen, wer rückblickend danach fragt, wo die verschiedenen Ansätze der Rechtsbegründung eventuell konvergieren. Denn an dieser Frage nach den Gemeinsamkeiten legitimierenden Rechtsdenkens über Epochen hinweg wird die rechtsgeschichtliche Forschung und überhaupt die

¹⁵ Norbert Hoerster, Verteidigung des Rechtspositivismus (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtslehre und Rechtssoziologie 11) (Frankfurt am Main 1989) 11.

¹⁶ Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, hrsg. v. Johannes Winckelmann (Tübingen 51972) 549.

Rechtswissenschaft nicht vorbeikommen. Max Webers Soziologie der Herrschaft bietet ein methodisches Vorbild und inhaltliche Hinweise, um die Fülle der historischen Einzelbefunde mit Hilfe einer typenbildenden Begrifflichkeit wenigstens teilweise zu verstehen. So kommt in der europäischen Geschichte sicher sakralen Autoritäten, dem Willen des Volkes und dem rechtmäßigen Herkommen eine hervorragende Bedeutung für die Rechtfertigung von Recht zu. Daher konnten Gebot, Vertrag und Sitte als „Urformen der Begründung von Rechtsverbindlichkeit“ bezeichnet werden¹⁷. Aus der Beobachtung der scheinbar in sich ganz widersprüchlichen Rechtsbildung des Mittelalters ergibt sich allerdings auch die Frage, ob die Rechtsordnung letztlich nicht als ein Gefüge von Konsensbeziehungen zu begreifen ist¹⁸, das durch sakrale Elemente und rationale Begründungen der politischen Theorie dem individuellen Willen entzogen und auf diese Weise immer wieder gefestigt werden muß.

¹⁷ *Hasso Hofmann*, Gebot, Vertrag und Sitte. Die Urformen der Begründung von Rechtsverbindlichkeit (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtslehre und Rechtssoziologie 17) (Baden-Baden 1993).

¹⁸ *Dietmar Willoweit*, Vom alten guten Recht. Normensuche zwischen Erfahrungswissen und Ursprungslegenden, in: *Jahrbuch des Historischen Kollegs 1997* (München 1998) 23 ff., 39 ff.

Diskussionsbericht

von Christiane Birr, Thomas Brückner, Janine Fehn-Claus und Dagmar Janson

I. Stefan Breuer: Das Legitimitätskonzept Max Webers

Zu Beginn der Diskussion warf Hofmann die Frage auf, ob hinter dem Legitimitätsbegriff Max Webers sich nicht in Wahrheit zwei auf unterschiedlichen Ebenen angesiedelte Begriffe von Legitimität verbergen. Diese Vermutung stützte Hofmann auf die Beobachtung, daß sich der Legitimitätsgrund des Satzungsglaubens von anderen Legitimitätsgründen, die in § 7 von „Wirtschaft und Gesellschaft“ genannt sind (nämlich der Tradition, dem affektuellen Glauben und dem wertrationalen Glauben), dadurch unterscheidet, daß der Satzungsglaube keinen eigentlichen Grund von Legitimität darstelle, sondern eine ihrer Folgen. Legitimationsgrund sei statt dessen die Legalität der Herrschaft. Die Notwendigkeit der Kategorie des Satzungsglaubens liege darin, daß deren Legitimität mit den anderen Legitimitätsgründen nicht erklärt werden könne. Diese Beobachtung könnte in Zusammenhang mit der Tatsache stehen, daß Weber im älteren zweiten Teil von „Wirtschaft und Gesellschaft“ den neuen Typus der Stadtherrschaft als nicht-legitime Herrschaft einführt. Möglicherweise sei dieser Herrschaftstypus aus den von Weber bis dahin verwendeten Legitimationsgründen herausgefallen; sein Legitimitätsbegriff habe somit zu jener Zeit eine Legitimität kraft Satzung nicht umfaßt.

Bezüglich des Begriffs der nicht-legitimen Herrschaft wiesen Breuer und Dilcher darauf hin, daß dieser Begriff Schwierigkeiten bereite, jedoch nicht überbewertet werden dürfe, zumal die Überschrift des Stadtkapitels nicht unbedingt zum Text gehöre. Insbesondere sei der Begriff der nicht-legitimen Herrschaft nicht auf alle im Stadtkapitel abgehandelten Herrschaftsformen anwendbar; es fänden sich auch dort weitgehend legale Strukturen der Herrschaft, so daß Stadtherrschaft nicht mit der nicht-legitimen Herrschaft gleichzusetzen sei. Unter nicht-legitimer Herrschaft verstehe Weber die mittelalterliche Stadt-Konjuration, da in einer legitimen Herrschaft schon vom Ansatz her keine Revolution denkbar sei. Die Revolution werde somit nicht von der Herrschaftssoziologie erfaßt und sei eher der politischen Soziologie zuzuordnen. Dilcher wies auf die Bedeutung der Konjurationen hin: Mit ihrer nicht mehr allein traditionellen, sondern auch rationalen Herrschaftslegitimation stellten sie einen wichtigen Schritt auf dem Weg der Rationalitätsbildung bis hin zum Anstaltsstaat dar. Breuer warnte jedoch vor einem Verständnis der Weber'schen Ausführungen, das zu stark auf die Entwick-

lungsgeschichte fixiert sei: Weber habe keine entwicklungsgeschichtliche Analyse schreiben wollen.

Anschließend stellte Landau die Frage nach dem Verhältnis Max Webers zu Otto von Guericke: Ihm falle auf, daß all das, was Guericke in seinem Genossenschaftsbegriff erfasse, bei Weber offenbar ausfalle; ein Grund dafür könnte Webers Betonung des Zwangselementes sein. Breuer bestätigte Landaus Vermutung, zwischen Weber und Guericke habe es keine intensive Beziehung gegeben: Weber habe sich an andere Gewährsleute gehalten, etwa an Jellinek, der den Herrschafts- und Willensbegriff stark betont habe. Autoren wie Guericke habe Weber dagegen abwertend der romantisch-nationalen Bewegung zugeordnet. Er sei auch skeptisch gegenüber Kollektivbegriffen wie „Genossenschaft“ und „Volkgeist“ gewesen; diese seien seiner Meinung nach mit Hilfe von Begriffen zu dekomponieren. Der Begriff Genossenschaft sei mit den Begriffen Webers nicht zu analysieren.

Weitzel führte die Unterschiede zwischen beiden Autoren grundlegend auf die unterschiedliche Funktion zurück, die Guericke und Weber der Herrschaft zumesen; diese unterschiedlichen Interessen mußten auch in der Begrifflichkeit ihren Ausdruck finden. Zwar zeige sich in Webers Ableitung der Dinggenossenschaft Kenntnis des Guericke'schen Werks; allerdings habe Weber die Linie Guericke nicht weiter verfolgt; vielmehr sei die Dinggenossenschaft im traditionellen Typus eingeschmolzen. In diesem Zusammenhang wies Willoweit darauf hin, daß auch der Guericke'sche Anstaltsbegriff von Weber erwähnt wird.

Schließlich wurde die Frage nach den Verwendungsmöglichkeiten der Typologie Max Webers für die rechtshistorische Forschung diskutiert. Willoweit warnte davor, bei der Rezeption Webers Methode mit Inhalten zu verwechseln, und Klippel stellte angesichts der Forschungsfortschritte seit Weber die Frage, ob Weber nicht historisiert werden müsse, d. h. ob man nicht die Kategorien Webers modernisieren oder sogar von ihnen Abstand nehmen müsse. Dilcher wies darauf hin, daß man die Begriffe Webers nicht verdinglichen dürfe, sondern sie vielmehr in ihrem hypothetischen Charakter akzeptieren müsse. Konsequenterweise seien weniger die durch neuere Forschungen aufgedeckten Irrtümer Webers erheblich, sondern vielmehr die Anregungen, die von den Hypothesen ausgingen. An Klippel schloß sich Willoweit mit der Frage an, ob die Kategorien Webers überzeitlich oder historisch, also als in einer bestimmten historischen Situation verankert, gedacht werden müßten. Seiner Ansicht nach zeigten die Typen Webers beide Merkmale: Einerseits seien etwa die Herrschaftstypen nicht streng historisch gereiht, andererseits könne man doch die Annahme einer historischen Wasserscheide finden; sie trenne den traditionellen und charismatischen Herrschaftstypus von seinem rational legitimierten Gegenstück. Danach, so Breuer, lasse sich der Prozeß der Rationalisierung verstehen als die Durchsetzung eines Typus im historischen Verlauf, der die übrigen Typen zwar zurückdränge, sie aber nicht beseitige. Breuer plädierte auch dafür, die Typen Webers als Hilfsmittel für eine historische Wirklichkeitswissenschaft zu bezeichnen, da Weber nicht die Identität von Begriff und Wirklichkeit angestrebt habe. Der Sinn des Idealtyps habe für ihn darin gelegen, die Aufmerksamkeit des Historikers für Abstände und Abweichungen von die-

sem zu schärfen. Damit solle gerade die Erkenntnis des wirklich Besonderen der jeweiligen Erscheinung ermöglicht werden. Verfehlt wäre es daher, die Geschichte in die Begriffe Webers hineinpresse zu wollen. So sei es die Problematik aller Kategorien, daß es Phänomene gebe, die sich einer Erfassung durch sie entzögen. Besonders wichtig seien Kategorien bei Vergleichen: Sie stellten das notwendige *tertium comparationis* dar. Gerade die Übersetzungsleistung, die die Typen Webers für den Vergleich verschiedener Kulturen erbrächten, sei nicht hoch genug zu schätzen. Alternativen zu ihnen seien kaum vorhanden. Für Studien zu begrenzten Problemen allerdings böten die Weber'schen Begriffe oft nicht die erforderliche Trennschärfe.

II. Okko Behrends:

Das *mos maiorum* des klassischen Römischen Rechts

Brandt eröffnete die Diskussion mit einer kritischen Anmerkung: Er habe als problematisch empfunden, daß Behrends im Hinblick auf die verwendete Begrifflichkeit nicht immer die verschiedenen Ebenen der vorklassischen Vorstellung und ihrer kritischen Auflösung auseinandergehalten habe. Dabei bestünde die Gefahr, spätere Begriffe in ältere Formationen hineinzutragen. Als Beispiele nannte Brandt: Varros *iudicium animi* erfordere kein Individuum; von Spiritualismus könne man erst ab ca. 1810 sprechen, und „Volksgeist“ sei ein Begriff der historischen Rechtsschule. Außerdem seien die Stoiker Materialisten und keine Individualisten gewesen, da bei ihnen das *mos* als spirituelle Substanz gestrichen worden sei. Zwar sprächen sie von *animus*, dabei handele es sich aber um einen nicht-juristischen Begriff. Behrends entgegnete darauf, bei dem stoischen Materialismus handele es sich gerade nicht um Materialismus im Sinne des 19. Jahrhunderts. Stoiker seien nur insofern materialistisch, als sie davon ausgingen, daß alles, was in der Welt Wirkung hat, deshalb sei, weil es notwendig körperlich sei. Eine solche Auffassung sei aber nach heutiger Sicht eben nicht materialistisch, weswegen er den Begriff Spiritualismus für angemessener halte. Im übrigen beruhe die Kritik hinsichtlich der Begrifflichkeit auf mangelnder Kenntnis der Bedeutung der hellenistischen Philosophie für das römische Recht. Die von ihm verwendeten Begriffe fänden sich jedenfalls schon im Hellenismus und stellten keine eigenen Begriffsbildungen dar.

Hiergegen wandte Landau ein, die Entwicklung des römischen Rechts sei bis 90 v. Chr. unbeeinflusst von griechischer Philosophie verlaufen. Erst danach habe die Stoa das so entstandene Recht interpretiert und ihm eine Wendung zur Skepsis beigegeben. Somit stelle sich das Problem, wo sich in den Quellen eine evolutionistische Rechts- und Zwecklehre finde. Möglicherweise habe Behrends im wesentlichen das Rechtsbild Jherings übernommen. Jedoch sei mit Puchta das Recht etwas weniger spiritualistisch aufzufassen. Für den Volksgeistbegriff – den Puchta instrumentalisiert habe – sei die Bezeichnung Spiritualismus durchaus zutreffend;

Puchta habe denn auch Schwierigkeiten gehabt, das kanonische Recht zu rechtfertigen, da es nicht vom Volk komme. Zwar könne der Begriff *iudicium animi* durchaus individualistisch gemeint sein, trotzdem könne man in diesem Zusammenhang nicht von Spiritualismus sprechen. Zu den Epochen der Entwicklung des römischen Rechts merkte Behrends an, bereits am Ende des 3. Jahrhunderts v. Chr. sei der erste Einbruch hellenistischen Denkens in die Auslegung der Zwölftafelgesetze erfolgt. Die vorklassische Theorie habe naturrechtlich gearbeitet und sei von der *bona fides*-Theorie der Stoa beeinflusst gewesen, die auch den Personalismus ins Rechtsdenken gebracht habe. Auf diese sei die skeptizistische Theorie gefolgt, die ihr Nachspiel in der historischen Rechtsschule gefunden habe. Puchta habe eine theologische Ansicht vertreten, da er von der göttlichen Herkunft des Rechts ausgegangen sei. Die Romantik als säkularisierte Theorie habe schließlich die Vorstellung einer evolutionären Rechtsentwicklung mit sich gebracht.

Breuer unternahm es, die Begrifflichkeit des Behrends'schen Vortrags in die Begriffe der Rechtssoziologie zu übersetzen: Brauch und Sitte als Geltungsgrund des Rechts seien bei Max Weber mit einem Reflexionsverbot begründet. Das römische Recht habe Weber als rationales Recht mit Systemcharakter betrachtet. Es stelle sich aber die Frage, wie hoch der Systemcharakter zu veranschlagen und der Grad der rationalen Durchkonstruierung einzuschätzen sei, wenn andererseits ein Reflexionsverbot bestanden habe. Behrends seinerseits ging davon aus, daß der form- und wertrationale Bereich der *aequitas* ein Resultat der skeptischen Auffassung von Recht sei. Nur Vernunftformen reichten jedoch zur Begründung des Rechts nicht aus. Deshalb habe man auch Zweckmäßigkeitsregeln herangezogen. Diese seien ebenfalls dem Bereich der Rationalität zuzuordnen, wenn auch auf einer niedrigeren Stufe. Das römische Recht habe somit einen umfassenden Rationalitätsanspruch, der aber skeptisch abgetönt sei und seine Grenzen u. a. in den Grenzen der Erkenntnismöglichkeiten finde.

Willoweit knüpfte an den Begriff der Zweckmäßigkeit an: Anstelle von Naturrecht müsse man wohl eher von naturgebundenem Recht sprechen. Notwendige Strukturfolge der Naturgebundenheit des Rechts sei, daß Rechtsfolgen ein direktes Spiegelbild menschlichen Verhaltens darstellten. Das *mos maiorum* aber trete in einer Phase in Erscheinung, in der massiv reflektiert worden sei. Der Begriff der Zweckmäßigkeit sei wohl so zu verstehen, daß es als zweckmäßig empfunden wurde, die Strukturen der Vorfäter zu erhalten. Eventuell sei hier eine frühe Parallele zu einer Entwicklung im späten Mittelalter zu ziehen. Es frage sich, ob die Berufung auf das alte Herkommen im späten Mittelalter nicht ein bewußtes Abstellen auf die eigene Tradition und damit Abgrenzung zu dem im Vordringen befindlichen gelehrten Recht gewesen sei. Behrends stimmte dem Begriff naturgebundenes Recht zu, wies aber darauf hin, daß (insbesondere die stoischen) Quellen selbst den Begriff Naturrecht gebrauchten. Plausible, strukturelle Regelungen hätten erst die Skeptiker begründet. Einer der Plausibilitätsgründe sei die Zweckmäßigkeit gewesen. Dabei handele es sich um eine Formalisierung der Argumentation, die zu einem herabgesetzten Anspruch an die Rationalität geführt habe. Diese formale Rationalität lasse keine Analogisierung zu.

Auf die Frage Nehlsens nach dem Verhältnis von *mos* zu *consuetudo* antwortete Behrends, daß es sich bei *consuetudo* um die allgemeine Bezeichnung für die gesamte Rechtsordnung handelte, der Begriff mithin umfassender gebraucht worden sei als der heutige Begriff des Gewohnheitsrechts. Der Begriff des *mos* hingegen finde sich in den Rechtsquellen aber nur als *mos maiorum*: Dieses sei der klassische Begriff.

Sodann warf Kersting die Frage auf, wie der Begriff Rechtstheologie im Zusammenhang mit der historischen Rechtsschule zu verstehen sei. Die historische Rechtsschule sei als Absetzbewegung zu begreifen, die die moderne Rationalität noch nicht begreife, sondern ihr Verständnis auf alte, nicht mehr ganz zutreffende Begriffe zurückführe. Diese Begriffe seien mit der sich ständig wandelnden Wirklichkeit nicht mitgekommen, und so habe man auf Deutungen dieser Begriffe zurückgegriffen, die bereits abgelegt worden waren, da die Zeitgenossen keine Ahnung mehr von dem hinter den Begriffen stehenden Sinn hatten. Man könne dies aber nicht als Rechtstheologie dekonstruieren. Dies wäre eine heutige, im Nachhinein vorgenommene Deutung. Es handele sich vielmehr um eine terminologische Hilflosigkeit. Es sei bei der historischen Rechtsschule eine auf praktische Erfahrungen mit der unzureichenden Begrifflichkeit begründete Skepsis am Vernunftrecht zu konstatieren, die nichts mit Theologie zu tun habe, sondern eher als Alternativrationalität und Alternativpraxis charakterisiert werden könnte. Diesen Ausführungen stimmte Behrends unter Hinweis auf eine bei Savigny festzustellende alternative Rationalität zu.

Abschließend fragte Seelmann, ob es im römischen Recht (wie etwa später im 16. Jahrhundert) Bestrebungen gegeben habe, Legitimationskategorien auszutauschen, ob also etwa das *ius gentium* durch Eindringen von Argumentationen aus dem *mos maiorum* verändert worden sei. Behrends beantwortete die Frage negativ: Hinweise auf eine solche Beeinflussung des *ius gentium* durch das *mos maiorum* seien ihm nicht bekannt.

III. Jürgen Weitzel:

Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkunft

Einführend knüpfte Hofmann an die moderne Rechtstheorie an, derzufolge der Begriff der Rechtsordnung von folgenden drei Bedingungen abhängig sei: 1. einer ausgeprägten Vorstellung von der Rechtsordnung als Sollensordnung, die nicht allein auf ontologische Aussagen beschränkt bleibt, 2. einem ausgeprägten Verständnis der Rechtsordnung als einer veränderbaren, bewußt zu wandelnden Ordnung und 3. der Abgrenzung von Rechtsnormen gegenüber anderen, z.B. moralischen, Sollensvorschriften. Die Frage sei, ob dieser Begriff auch in historischen Kontexten nutzbringend angewendet werden könne. Weitzel bejahte zwar im allgemeinen die Möglichkeit, historische Quellen anhand dieser drei Gesichtspunkte auf das Vorliegen einer Rechtsordnung zu untersuchen; er wies aber auf

die damit verbundenen Probleme hin: Gerade für das frühe Mittelalter sei zu fragen, was unter diesen Voraussetzungen noch unter den Rechtsbegriff gefaßt werden könne, da die ersten beiden Gesichtspunkte (soweit überhaupt vorhanden) nur sehr schwach ausgeprägt vorlägen. Den Vorstellungen der Zeit angemessener sei es, sich auf den dritten Punkt zu konzentrieren und nach einer relativ einfach handhabbaren Formel zwischen Recht und Moral zu unterscheiden: Recht sei alles, was vor Gericht geschieht. Dieser Abgrenzungsformel schloß sich Dilcher an; er wies darauf hin, daß im frühen Mittelalter das Fehlen eines Durchsetzungszwanges durch obrigkeitliche Sanktionen für die Rechtsfindung der Gerichte prägend gewesen sei. Zur Umsetzung ihrer Urteile seien die Gerichte auf den weitgehenden Konsens aller Beteiligten angewiesen gewesen. Erst im 12. Jahrhundert sei der Durchsetzungszwang der Gerichte erstarkt.

Willoweit problematisierte das erste von Hofmann genannte Abgrenzungskriterium: den Charakter der Rechtsordnung als Sollensordnung. Er gab die Möglichkeit zu bedenken, daß es nach mittelalterlichem Verständnis unterschiedliche Grade von Verbindlichkeit einer Regel gegeben haben könne, ein intensiveres und ein weniger intensives Sollen, eine Vorstellung, die dem modernen Rechtsdenken fremd sei. Nehlsen unterstützte diesen Deutungsansatz anhand von Beobachtungen an den Bußenkatalogen der *lex salica*: Ausgehend vom Wortsinn *componere* (d. h.: einen Vergleich errichten) seien die *compositiones* als Vorschläge zur Einigung zu betrachten, entstanden als schriftliche Fixierung von Erfahrungswerten aus ungezählten Vergleichen. Sie erlaubten den beiden Streitparteien, unter Wahrung des eigenen Gesichts den Unfrieden zu beenden. Diese Bußenkataloge besaßen also zwar hohe gesellschaftliche Relevanz, aber keinen zwingenden Charakter. Nur in Ausnahmefällen habe ein hoher Verbindlichkeitsgrad bestanden, etwa, wenn es um die Beilegung einer Fehde gegangen sei. Ausgehend von diesen Ausnahmen hätten allmählich die „Vorschläge“ der Bußenkataloge allgemein an Verbindlichkeit gewonnen, eine Entwicklung von Sollen, die den systematisierenden Rechtshistorikern des 19. Jahrhunderts gänzlich fremd bleiben mußte.

Nach der Abgrenzung der allgemeinen Gewohnheiten von den Rechtsgewohnheiten fragte Klippel in zugespitzter Formulierung: Was ist das Rechtliche an den Rechtsgewohnheiten? Er verwies in diesem Zusammenhang auf Althoff, nach dessen Ansicht diese Abgrenzung dahinstehen könne; allein zu untersuchen seien die Wege der Konfliktregelung in einer Gesellschaft, unabhängig davon, ob diese auf rechtlichen oder außerrechtlichen Gewohnheiten beruhe. Weitzel räumte ein, daß ein umfassendes Kriterium des Rechtlichen von der Rechtsgeschichte noch gesucht werde. Man könne nur festhalten, daß auch im (hier untersuchten) frühen Mittelalter Gerichte bestanden hätten, vor denen bestimmte Gewohnheiten behandelt wurden, andere dagegen nicht. So sei allein anhand der Gerichte eine Abgrenzung des Rechtlichen von der allgemeinen Konfliktlösung zu erreichen.

Im Anschluß konzentrierte sich die Diskussion auf die Frage nach der bewußten Veränderbarkeit von Recht und Rechtsgewohnheiten. Willoweit gab zu bedenken, in den Quellen des Frühmittelalters sei Gewohnheitsrecht noch wenig zu

erkennen. *Constitutiones* wie Schöffensprüche suchten pragmatische Lösungen auf konkrete Probleme. Erst im Spätmittelalter erhielten altes Herkommen und das Einholen von Kundschaft ihren überragenden Stellenwert bei der Rechtsfindung. Dieses Beharren auf Althergebrachtem, Bekanntem könne man gerade als einen Reflexionsprozeß in der Auseinandersetzung mit neuen Rechtswelten deuten (fortschreitende Rezeption des römischen Rechts). Zudem seien die Übergänge zwischen Recht und Willkür fließend: Die Vielfalt der Quellen sei nicht allein durch die Vielfalt lokaler Rechtsgewohnheiten zu erklären, sondern statt dessen durch ursprünglich gesetztes Recht entstanden, das im Laufe der Zeit, etwa nach ein bis zwei Generationen, Bestandteil des alten Herkommens geworden sei. Dilcher hielt fest, daß in Situationen mit einem unzureichend differenzierten Normgefüge immer auf (auch fingierte) Gewohnheiten zurückgegriffen werde, da ein Ordnungsgefüge unabdingbar für menschliches Zusammenleben ist. Insofern sei die Frage nicht sinnvoll, ob es sich bei den angewendeten Regeln um „neues Recht“ handle. Da die dinggenossenschaftlichen Gerichte nicht von einem gelehrten Richter geleitet wurden, seien die Gewohnheiten auf breitem Raum in die Rechtsfindung eingeströmt. Eine substantielle Veränderung habe sich dann durch die gregorianische Reform ergeben.

Daran anknüpfend stellte Miethke dar, wie sich im Rechtsverständnis Gregors VII. zum ersten Mal eine bewußte Rechtssetzung beobachten lasse. Dieser Papst habe ausdrücklich klargestellt, daß er die Macht habe, neues Recht zu setzen. Dabei habe Gregor für sich in Anspruch genommen, Gewohnheiten zu verwerfen und eventuell vorhandene Lücken durch *veritas* zu schließen. So sei das Gegensatzpaar *veritas – consuetudo* entstanden, auf dessen Grundlage sich der Begriff der *mala consuetudo* bilden konnte. Grundlage dieser neuen Haltung gegenüber dem Recht seien die Kirchenreformen des 11. Jahrhunderts. In ihnen wurde die Regel des hl. Benedikt auf ihre Brauchbarkeit hin überprüft und stellenweise verworfen. Zum ersten Mal sei Tradition zum Problem geworden. Landau beklagte die Vernachlässigung des kanonischen Rechts im Frühmittelalter durch die Forschung, obwohl der Rechtsdiskurs in dieser Zeit nicht ohne die Perspektive des Kirchenrechts verstanden werden könne. Bischöfe seien gleichzeitig als Legislatoren und Sammler von Rechtsgewohnheiten tätig gewesen, kirchenrechtliche Urteile besaßen bereits früh die Tendenz, durch hoheitlichen Ausspruch streitige Angelegenheiten abzuschließen (*Roma locuta, causa finita*). Und auch die Urkundenfälschungen des frühen Mittelalters seien letztendlich von einem Geltungswillen getragen: Ziel der Fälscher sei regelmäßig eine Beeinflussung der objektiven Rechtslage gewesen.

Kersting wies darauf hin, daß auch aus Sicht der Rechtssoziologie (in welche die Rechtsgeschichte hier zwangsläufig einmünde) es die bereits angedeuteten zwei Möglichkeiten gäbe, sich dem Rechtsbegriff vergangener Zeiten anzunähern: 1. die Untersuchung und Klassifizierung historischer Phänomene anhand eines bereits mitgebrachten normlogischen Apparats und 2. ihre Beschreibung mit dem Ziel, den pragmatischen Charakter des damaligen Rechtslebens herauszuarbeiten.

IV. Gerhard Dilcher: Kaiserrecht und Rechtsgedanke

Miethke wandte ein, Dilcher habe in seinen Ausführungen den Kaisergedanken im kirchlichen Bereich ausgeblendet und dadurch die Bedeutung des sakralen Elementes des Herrschers „abgeschnitten“. Dabei haben sich, so Landau, Kaisergedanke und Kaiserrecht in der Kirche durchgesetzt (*papa est verum Imperator*), wie auch der Gedanke des positiven Rechtes der Kanonistik entstamme. Dieser Kritik begegnete Dilcher mit dem Hinweis, bei dieser Ausblendung habe es sich um eine bewußte, analytische Maßnahme gehandelt. Sein Ziel sei es gewesen, die Funktionalität kaiserlicher Gesetzgebung darzustellen, nicht deren Ideengeschichte.

In anderer Weise kritisch äußerte sich Weitzel: Er halte die Darstellung der dem Kaiserrecht zukommenden Transferfunktion für zu akzentuiert. Unter Hinweis auf die Ausbreitung von Recht im Rahmen der Ostsiedlung wies er darauf hin, daß es andere Mechanismen neben dem Kaiserrecht gegeben habe, die nicht nur den Rechtstransfer, sondern auch die Auswechslung ganzer Rechtsordnungen ermöglicht hätten. Dilcher räumte ein, daß im Hinblick auf Städte und Stadtrechte der Kaisergedanke nicht maßgebend gewesen sei, etwa für die Ausdehnung des lübischen Rechts nach Osten. Gleichwohl sei zumindest für die Legitimation nach außen, d. h. gegenüber dem Reich, eine Legitimationswirkung kaiserlicher Privilegien auch für den städtischen Bereich zu konstatieren.

Im Anschluß daran warf Willoweit die Frage auf, warum gerade aus dem Kaisergedanken Recht und Gesetz geboren wurden und ob man die Berufung auf den Kaisergedanken als einen auf die unveränderliche Vergangenheit gegründeten Legitimationsmechanismus begreifen könne, der auf einem massiven Historisierungsschub beruhe. Tatsächlich haben nach Dilchers Ansicht historisierende Zeitvorstellungen im Hintergrund des Denkens eine Rolle gespielt. Wichtig für diesen Prozeß, den man durchaus als Historisierung bezeichnen könne, sei auch die Gregorianische Reform; sie habe durch eine Verbindung fortgesetzten archaisch-zyklischen Denkens mit dem linearen Gedanken der christlichen Weltdeutung einen normativen Maßstab geboten. Stolleis sah in dem von Willoweit und Dilcher als Historisierung bezeichneten Vorgang eine produktive Verwendung traditionaler Argumentation, die sich u. a. in den Volksrechten, bei den Staufern und im Frühabsolutismus finde. Er schlug deshalb vor, von einer historisierenden produktiven Aneignung der Vergangenheit zu sprechen.

V. Jürgen Miethke:

Die Legitimitätsfrage in der Theorie des 14. Jahrhunderts

Die Diskussion konzentrierte sich auf die Frage nach dem Begriff der politischen Theorie. Klippel eröffnete sie mit der Frage, warum man nach Miethkes Ansicht erst für das 14. Jahrhundert von politischen Theorien sprechen könne, für die Zeit

davor aber lediglich von politischem Denken. Daran anschließend gab Landau zu bedenken, ob nicht möglicherweise bereits zu Beginn des Investiturstreits Anfänge politischer Theorie im Hinblick auf die *libelli de lite* zu erkennen seien. Doch plädierte Dilcher dafür, zwei im Rahmen des Investiturstreites geführte Diskurse zu unterscheiden: einen hinsichtlich der Trennung von *temporalia* und *spiritualia* in den *libelli de lite* und einen anderen hinsichtlich der aristotelischen Politik. Der Kaisergedanke sei in die Isolation geraten, da er auf anderen Quellen beruht habe.

Miethke erläuterte, politischer Hintergrund des Denkens im 14. Jahrhundert sei der Konflikt zwischen Papsttum und Kaisertum unter Bonifaz VIII. und Ludwig dem Bayern gewesen. Ob man von politischem Denken oder politischer Theorie spreche, sei letzten Endes eine Wertungsfrage, die vor dem Hintergrund einer emanzipatorischen Entwicklung entschieden werde. Charakteristisch für die politische Theorie sei, daß sie eine allgemeine (weil externe) Legitimation des Kaisertums und seiner Gesetzgebungstätigkeit biete (im Gegensatz zur internen und nicht-allgemeinen Legitimation kaiserlicher Gesetzgebung aus dem *Corpus Juris Civilis*).

Hofmann nannte als ein entscheidendes Kriterium einer politischen Theorie ihre Einheitlichkeit: Der Begriff politische Theorie bezeichne einen politischen Strukturentwurf, der die Gleichbehandlung aller politischen Gemeinschaften vorsehe. Er halte es überdies für fraglich, ob eine solche Theorie als die Verarbeitung praktischer Erfahrungen gesehen werden könne; dabei bezog sich Hofmann auf das Beispiel des Marsilius von Padua. In seiner Lehre jedenfalls, die im 14. Jahrhundert keinerlei praktische Wirkung zu entfalten vermochte, sei ein unterschiedlich großer Abstand von der Realität zu konstatieren.

Klippel sprach das Verhältnis der Legitimation der Normsetzung zur Legitimation der Herrschaft an: In welchem Verhältnis habe das Naturrecht zum positiven weltlichen Recht im Naturrecht der frühen Neuzeit gestanden? Hofmann bemerkte, man müsse bei der Frage nach dem Legitimitätsbegriff unterscheiden, ob man ihn soziologisch oder staatsphilosophisch verstehe. Als staatsphilosophischer Begriff habe Legitimität seit dem 17. Jahrhundert eine engere Bedeutung; sie betreffe die Begründung von Herrschaft überhaupt. Im Mittelalter hingegen sei die Legitimität von Herrschaft keine politisch-theoretische, sondern eine metaphysische Frage gewesen.

VI. Peter Landau:

Der biblische Sündenfall und die Legitimität des Rechts

Stolleis sah das zentrale Problem in der Errichtung einer legitimen Ordnung nach einem Gewaltakt bzw. einer Revolution. An dieser Frage habe sich die Verfassungsrechtslehre des 20. Jahrhunderts gespalten, deren einer Teil der Weimarer Verfassung so die Legitimität abgesprochen habe. Nach der Gegenansicht beginne

nach einem Gewaltakt die Legitimität mit der Anerkennung der neuen Rechtsordnung. Landau wies darauf hin, daß dieses Problem bereits in der Antike bekannt gewesen und diskutiert worden sei: Nach Gratian könne Legitimität aus Zeit erwachsen, sie werde durch die Akzeptanz der neuen Ordnung durch die Bevölkerung nach der Revolution geschaffen.

Überhaupt, so Kersting, gehöre die Frage nach dem Umgang mit gewaltentsprungenem Recht zu den Standardproblemen der neuzeitlichen Philosophie, deren großen Werke (Hobbes, Kant) im Schatten schwerer Gewaltsituationen entstanden seien (englischer Bürgerkrieg, Französische Revolution). Wie Willoweit formulierte, habe die Erfahrung die Philosophen gelehrt, daß Recht aus Unrecht entstehe und sich eben nicht Recht aus Recht entwickle. Hofmann fügte hinzu, daß für Kant alles von der Gewalt seinen Anfang nehme, auch wenn er diesen Gedanken in seine „Metaphysik der Sitten“ nicht aufgenommen habe. Kersting lokalisierte das Kernproblem in der Frage, wie die Gültigkeit gewaltentsprungenen Rechts gesichert werden könne. Kant versuche eine Antwort mit der Unterscheidung zwischen Rechtlichkeit und Rechtmäßigkeit: Recht sei ungeachtet seines Ursprungs aus Gewalt dann Recht, wenn es formalen Ordnungskriterien genüge. Auf dieser These Kants baue auch Stammler seinen apriorischen Rechtsbegriff auf.

Willoweit lenkte das Gespräch auf die intensiven Erörterungen der Frage der Revolution im späten 19. Jahrhundert. Dabei führte Landau aus, daß nach 1870 die Frage nach Recht und Macht zum zentralen Diskussionsthema unter den Juristen werde. Kersting wies auf die zeitgenössischen Vorwürfe an die Adresse Savignys hin: Seine Lehre vom Volksgeist vergesse die notwendig zum Rechtsbegriff gehörende Macht. In der Theorie Jherings werde die Gewalt als Entstehungsursache in die Definition des Rechts aufgenommen: „Recht ist nichts anders als die Politik der Gewalt.“ Und auf der Ebene der praktischen Politik führe die Lehre, daß Gewalt Recht schaffe, zur Rechtfertigung der Kolonialisierungspolitik.

Landau kam auf das Rechtsdenken Savignys zurück: Für ihn seien Individualpositionen nicht der Geschichte enthoben, so wie auch das Recht nicht nur für den einzelnen da sei. Dabei, so Behrends, unterscheide Savigny aber: Die Individualenteignung mißbillige er, die Abschaffung ganzer Rechtsinstitute (wie z. B. der Sklaverei) halte er für rechtmäßig. Vergleichbar sei dieses Denken mit dem mittelalterlichen Begriff der *falsa consuetudo*.

Abschließend wurden die Auswirkungen des Sündenfall-Bildes für das Staatsverständnis der Neuzeit thematisiert. Kersting erinnerte an die ins Säkularisierte transponierte Bedeutung dieses Bildes in der Moderne: In Lockes Theorie des Naturzustandes sei die Einführung des Geldes ein Ereignis mit Sündenfallqualität. Landau fügte hinzu, daß Puchta und Savigny das mittelalterlich-christliche Sündenfall-Schema unmittelbar rezipieren konnten für ihre Aufarbeitung der römischen Quellen, denn dieses Motiv des Goldenen Zeitalters war bereits in der antiken, heidnischen Welt von Bedeutung, zu der die historische Schule sich in einer tiefen Wahlverwandtschaft hingezogen fühlte. Hier entstünden Anklänge an Seneca, nach dessen Ansicht die Notwendigkeit des Rechts mit der *avaritia* der

Menschen beginne. Jedoch klassifiziere Seneca das notwendig gewordene Recht nicht so radikal ab, wie dies später christliche Denker, zuerst Augustinus, taten: Der Kirchenvater betrachte die Rechtsgemeinschaft mit Mißtrauen, sie sei als Konsequenz des Sündenfalls von sich aus böse. Auf die Fortwirkung dieser ablehnenden Haltung gegenüber der Rechtsordnung bis weit in die Neuzeit hinein wies Stolleis hin: Erst ab 1805 entstünde eine dezidierte Opposition gegen die Idee des Notstaats, in der eine Entwürdigung des Staates als Selbstwert gesehen werde. Und Klippel bemerkte, daß zur selben Zeit und vor diesem gedanklichen Hintergrund auch das liberale Naturrecht zum Feindbild werde, denn nach der naturrechtlichen Vorstellung solle sich der durch Vertrag gegründete Staat ständig verbessern, besitze also in seiner gegenwärtigen Unvollkommenheit den Charakter eines Notstaats. Gegen diesen Entwurfscharakter des Staates opponierten vor allem Adam Müller u.a.

VII. Kurt Seelmann: Die theologischen Wurzeln des säkularen Naturrechts

Nach Seelmann besteht Einigkeit darüber, daß man die Thomas-Renaissance Ende des 15. Jahrhunderts in ihrer Wirkung nicht überbewerten dürfe als eine Entscheidung für eine theologische Richtung. Miethke stimmte zu: Keinesfalls könne man von einem Sieg der thomistischen Naturrechtslehre sprechen. Nach wie vor ungeklärt seien aber die Gründe für das Wiederaufgreifen thomistischen Gedankengutes zu diesem Zeitpunkt. Während es im 14. Jahrhundert keine eigene Schule nach Thomas von Aquin gegeben habe, sei die scholastische Tradition eines Duns Scotus ständig von den franziskanischen Ordenschulen im Gespräch gehalten worden. Seelmann erklärte, daß die Bedeutung der Dominikaner im 14. und 15. Jahrhundert in Predigt und Lehre ins Hintertreffen geraten sei, hänge möglicherweise mit einer von den Franziskanern angebotenen, überzeugenderen Sozialtheologie zusammen. Wirtschaftliche Bedürfnisse für ein neues Naturrecht (etwa die wachsende Mobilität der Menschen und die steigende Bedeutung des Geldes) seien dagegen bereits vor dem Rückgriff auf thomistische Anschauungen vorhanden gewesen und hätten auch allein nicht zu dieser Renaissance führen können.

Im Hinblick auf den Eigentumsbegriff der spanischen Spätscholastiker zeigten Klippel und Seelmann auf, daß der Begriff *dominium* bei Vázquez gegenüber der legistischen Tradition durch Einbeziehung einer Freiheitsdefinition und des eigenen Willens ausgeweitet worden sei (*dominium actionem suam*). Hofmann konstatierte die Verwandtschaft dieses *dominium*-Begriffes mit dem *property*-Begriff Lockes, und Seelmann machte darauf aufmerksam, daß selbst bei Hegel der Eigentumsbegriff die eigene Arbeitskraft des einzelnen umfasse. In diesem Zusammenhang fragte Landau nach der Rezeption der spanischen Spätscholastik durch Naturrechtler wie Pufendorff. Seelmann räumte ein, daß Pufendorff die Spanier nicht ausdrücklich

zitiert; dennoch liege seine Kenntnis ihrer Werke nahe. Klippel wies unterstützend darauf hin, daß das Fehlen ausdrücklicher Zitate auf konfessionellen Gründen beruhen könne; aus demselben Grund sei jede Erwähnung der spanischen Spätscholastiker in von Protestanten verfaßten historischen Abrissen dieser Zeit unweigerlich mit vernichtender Kritik an den katholischen Denkern verbunden.

Schließlich brachte Behrends das Verhältnis des Naturrechts zur Sklaverei zur Sprache: Nach römischem Recht sei ein Sklave ein Mensch, der durch Besitzbegründung Eigentum eines anderen werde. Konsequenterweise sei Sklavenrecht daher Sachenrecht. Erst unter den Adoptivkaisern setze sich die Auffassung durch, daß auch Sklaven als Menschen ein gewisser rechtlicher Status zukommen müsse. Diese Übernahme des stoischen Gleichheitsgedankens habe notwendig zu „Verwerfungen“ im bisherigen Rechtssystem geführt; die Lösung habe man in einem zweischichtigen Naturrecht gefunden: Die Menschen seien grundsätzlich gleich, verteilten sich aber nach einem Konsensmodell. Für die Neuzeit führte Hofmann den Gedanken fort: Verstärkt habe sich die Frage nach der Rechtfertigung der Sklaverei in der Neuzeit nach der Entdeckung Amerikas im Indianerproblem gestellt. Dabei habe man die Berechtigung der Sklaverei aus dem sekundären Naturrecht abgeleitet: In einer Abwägung der möglichen Übel (Versklavung und physische Vernichtung der Indianer / Zusammenbruch der südamerikanischen Bergwerke durch Mangel an Sklaven / Import und Einsatz afrikanischer Sklaven in Amerika) spreche sich sogar ein Mann wie Bartolomé de las Casas für die letztgenannte Möglichkeit aus. Landau wies darauf hin, daß diese Vereinbarkeit der Sklaverei mit sekundärem Naturrecht bis ins 19. Jahrhundert erhalten geblieben sei und sich selbst noch im Denken Karl Marx' finde; er erkläre die Sklaverei für legitim, da anders die Baumwollproduktion nicht durchzuführen sei.

VIII. Hasso Hofmann: Die Transformation der Frage nach dem Recht des Rechts in die Frage nach dem Recht der Herrschaft

Eröffnend fragte Behrends nach Anhaltspunkten dafür, daß den Zeitgenossen der Zusammenhang zwischen dem Verbot der Rechtsverweigerung und der neuen Rolle des Richters bewußt sei. Hofmann bezweifelte die bewußte Wahrnehmung dieses Zusammenhangs, obwohl es zu dem Bewußtsein der Zeitgenossen keine Forschungen gäbe. Er gehe vielmehr von dem Wirken synergetischer Effekte aus.

Daran schloß Behrends eine Frage an nach einer eventuell unterschiedlichen Entwicklung der verschiedenen Arten von Gerichtsbarkeit; als Beispiel nannte er die verfassungsschützende Gerichtsbarkeit, die vor allem Werte vertrete und die vor allem durch den Stil der Legistik geprägte vollziehende Gerichtsbarkeit. Tatsächlich, so Hofmann, zeigen die Entwicklungen der verschiedenen Gerichtsbarkeiten graduelle Unterschiede. Beispiel für eine besondere Entwicklung sei die Arbeitsgerichtsbarkeit; sie zeichne sich aus zum einen durch die starke Bedeutung der Rechtsprechung mangels gesetzlicher Regelungen und zum anderen durch die

repräsentative Struktur der Entscheidungsfindung, die es Interessenvertretern ermögliche, Einfluß zu nehmen. Auf der Ebene der Obergerichte seien jedoch kaum Unterschiede erkennbar. Insbesondere das Beispiel der USA zeige, wie sich die Verfassungsgerichtsbarkeit aus der Zivilgerichtsbarkeit entwickelt habe.

Nach diesen Ausführungen brachte Landau das Gespräch auf die Rolle der Rechtswissenschaft in dem von Hofmann gezeichneten Modell der strukturellen Koppelung von Recht und Politik. Nach Hofmann ist das Verhältnis zur Politik ein Kernpunkt des Selbstverständnisses des Rechtswissenschaftlers. Obwohl allgemein zu konstatieren sei, daß die Rechtswissenschaft wenig Einfluß auf die Politik habe, gebe es zwei spürbar rechtswissenschaftlich beeinflusste Bereiche: zum einen die ministeriale Bürokratie, durch die Tätigkeit der durch die juristische Ausbildung geprägten Beamten in der Gesetzgebung; allerdings habe dieser Einfluß auf unterschiedlichen Feldern unterschiedliche Bedeutung. Zum anderen diene die Rechtswissenschaft der Stabilisierung der Justiz. Gerade die Entwicklung der juristischen Dogmatik sei in der Geschichte die Voraussetzung für die Emanzipation des Rechts und der Justiz von der Politik gewesen.

Willoweit ergänzte das in dem Vortrag entwickelte Konzept eines doppelten Rechtsbegriffs durch einen Befund in Quellen des Spätmittelalters: Sie unterschieden zwischen „Ordnung“ und „Recht“ und zwar anhand des Kriteriums des jeweiligen Adressaten. Eine „Ordnung“ habe sich an die Allgemeinheit gerichtet, während die Anwendung des „Rechts“ dem Richter obliegen habe. Erst mit dem Entstehen der Landesobrigkeit mit einem obersten Richter habe sich ein einheitlicher Rechtsbegriff herausgebildet, der im 19. Jahrhundert erneut zerfallen sei. Für die Gegenwart stelle sich jedoch die Frage, wie man mit zwei Rechtsbegriffen leben könne, da dies auch zwei Arten von Normativität und Legitimität voraussetze. Zu fragen sei auch, ob der Richter nach dem Konzept Hofmanns nicht ein Legitimitätsdefizit aufweise. Hofmann entgegnete, offensichtlich seien Kulturen fähig, mit Widersprüchen zu leben. Um dies zu bewerkstelligen, gäbe es verschiedene Techniken. Die Technik unserer Kultur bestehe in der Bildung von Kategorien und im Ablegen sich widersprechender Phänomene in verschiedene Kategorien. In der Rechtswissenschaft finde diese Technik ihren Ausdruck in der Einteilung in die verschiedenen Disziplinen. Sie verdecke die sich widersprechenden Legitimationskonzeptionen. Im Bereich des öffentlichen Rechts entspreche die Legitimation der Tradition der Aufklärung. Das Justizrecht dagegen beziehe seine Legitimation aus der ständigen Arbeit am Recht, die eine juristische Ausbildung voraussetze.

IX. Wolfgang Kersting: Rechtsbegründung im Neukantianismus

Klippel thematisierte die Gründe für die Entstehung eines Bedürfnisses nach einer Begründung des Rechts gegen Ende des 19. Jahrhunderts, das neben dem Neukantianismus auch Strömungen wie den Neuhegelianismus und den Neuthomis-

mus entstehen ließ. Als wesentlichen Grund nannte Kersting das Leiden der Zeit an einer Unwissenschaftlichkeitsbefürchtung. Nachdem im 19. Jahrhundert die Selbstverständlichkeit der Metaphysik allmählich geschwunden sei, habe es nur noch den Gott der Wissenschaften gegeben. Die Wissenschaftlichkeit sei gerade für die „prekären“ Wissenschaften, wie die Rechtswissenschaft, als Überlebensbedingung empfunden worden. Die Schule Cohens sei eher naturwissenschaftsgläubig gewesen, während die südwestdeutsche Schule sich stärker an den Geisteswissenschaften orientiert habe. Beide hätten philosophischer Verwissenschaftlichungsstrategien bedurft, die sie bei Kant gefunden hätten, allerdings nicht ohne zuvor dessen Philosophie nach ihren Bedürfnissen „zurechtzubiegen“. Dabei habe die Schule von Cohen bei der Verarbeitung der Kant'schen Philosophie größere intellektuelle Ansprüchlichkeit gezeigt als die Wissenschaftslogik der südwestdeutschen Schule. Von Landau nach dem Bestehen eines Zusammenhangs zwischen der Cohen'schen Ethik des Reinen Willens und dessen jüdischer Prägung gefragt, antwortete Kersting, zwar hätten negative persönliche Erfahrungen Cohens zu seiner Beschäftigung mit jüdischer Religionsphilosophie geführt. Diese Religionsphilosophie habe sich aber nicht in seinen Systemrahmen einfügen lassen, so daß ein Einfluß auf seine Rechtsphilosophie nicht möglich gewesen sei.

Auf Landaus Frage, was an Stammlers Definition des Rechts zu kritisieren sei, gab Kersting zu bedenken, gegen den Stammler'schen Rechtsbegriff spreche die Diskrepanz zwischen dem tatsächlich Geleisteten und der „begründungstheoretischen Draperie“. Stammler hätte besser daran getan, einen empirischen Rechtsbegriff zu bilden. Nur ein solcher funktionallogisch begründeter Rechtsbegriff, wie er heute in der Rechtsphilosophie vertreten werde, sei brauchbar. Unabdingbar sei das offene Benennen von Prinzipien, wie der Freiheit, auch wenn unterschiedliche Begründungsformen gewählt werden. Bei Stammler zeige sich jedoch statt dessen eine Einengung durch eine begründungstheoretische Scholastik und ein Festhalten an einem apriorischen Rechtsbegriff, der jede Diskussion verhindere. Insgesamt verberge die Stammler'sche Terminologie die eigentlichen Fragestellungen.

Interessant sei festzustellen, so Behrends, daß die Zuordnung Savignys zum Neukantianismus offenbar auf den Einfluß Cohens zurückzuführen sei, obwohl Savigny kein Formalist gewesen sei, sondern einen empirischen Rechtsbegriff gehabt habe. Kersting erwiderte, die Neukantianer hätten keine Schwierigkeiten mit ihrer Zuordnung zum Idealismus gehabt. In gewisser Weise stellten sie sogar ein Musterbeispiel des Idealismus dar: Eigentlich betrieben sie nämlich nicht eine Philosophie des Rechts, sondern vielmehr eine Philosophie der Rechtswissenschaft. Dies sei idealistisch.

X. Dietmar Willoweit: Rechtsbegründung und Rechtsbegriff. Rechtsgeschichtliche Rückfragen am Ende des 20. Jahrhunderts

Die Diskussion begann mit einer Auseinandersetzung mit den Rechtsbegriffen Stammlers und Hörsters. Stolleis problematisierte die Geltung von Rechtsnormen im despotischen Kontext: Er sehe keinen Fortschritt des Stammler'schen Ansatzes gegenüber dem Denken Hörsters, der ein in sich schlüssiges Konzept des Positivismus vortrage. Problematisch sei jedoch bei Hörster, daß er eine gewisse Stabilität des politischen Systems voraussetze, um die grundlegenden Strukturen des Rechts erkennen zu können. Demgegenüber sei beispielsweise das Dritte Reich in seiner Endphase zu instabil, um den Hörster'schen Rechtsbegriff überhaupt anwenden zu können. Der Kritik am Rechtsbegriff Hörsters schloß sich Kersting an: Rechtspositivisten argumentierten mit zwei Thesen: a. Aus der Anwendung von Naturrecht neben positivem Recht entstünden jurisdiktionelles Chaos und Rechtsunsicherheit; diese These aber werde bereits durch die historische Erfahrung widerlegt; b. ein rechtshistorisches Arbeiten sei ohne einen empirisch genauen Rechtsbegriff unmöglich. So baue die Theorie Hörsters auf einem Zirkelschluß auf: Verfassungskonformität könne nicht Begriffsvoraussetzung von Recht sein, weil eine Verfassung eben bereits Recht voraussetze. Erforderlich sei vielmehr ein allgemeiner Normbegriff, der nicht zwischen Verfassungsnorm und einfachem Gesetz unterscheide.

Der Beobachtung, daß es eine „Grauzone“ sowohl an den Rändern des Stammler'schen wie des Hörster'schen Rechtsbegriffes gäbe, stimmte Willoweit zu. Die Unterschiedlichkeit beider Rechtsbegriffe betonte Kersting: Hörster vereinfache die Historie für seine Zwecke. So führe der positivistische Rechtsbegriff Stammlers weiter als derjenige Hörsters, gebe aber natürlich auch nicht auf alle Fragen eine Antwort. Bei historischer Betrachtung sei der Fortschritt im Denken Stammlers die Einführung eines neuen definierenden Elements des Rechtsbegriffs: der Selbstbindung des Gesetzgebers als Begriffsvoraussetzung des Rechts.

Dagegen zeigte Klippel die Grenzen des Stammler'schen Rechtsbegriffes an zwei historischen Beispielen auf: Nach Stammler existiere kein Recht, wenn nicht auch der Herrscher an es gebunden sei. Damit aber gäbe es *qua definitionem* in absolutistischen Staaten kein Recht, da die Ungebundenheit des Souveräns durch das Recht gerade zum Kern der absolutistischen Herrschaftstheorie gehöre. Zum anderen sei kein Grund erkennbar, die Regeln, die Althoff im Rahmen der mittelalterlichen Konfliktlösungsstrategien beschreibt, nicht zum Recht gehören zu lassen, von dem sie nach Stammler ausgeschlossen seien. Jedoch wandte Willoweit ein, Althoff selbst erhebe nicht den Anspruch, die von ihm beschriebenen Rituale seien Recht. Er habe gerade die Verhandelbarkeit dieser Rituale und ihren variablen Inszenierungscharakter erkannt. Der Rechtsraum sei dagegen erst erreicht, wenn nach dem Ende der Verhandlungen das Ritual festgelegt sei und in der für diesen Fall vereinbarten Weise durchgeführt werde. Gerade das Beispiel des Ab-

solutismus mache aber die „Grauzone“ des Stammler'schen Rechtsbegriffs deutlich. Auch Stammler selbst habe anerkannt, daß im Einzelfall die Abgrenzung zwischen Recht und Willkür schwierig sei; wichtig sei ihm aber gewesen, daß diese Abgrenzung eben im Prinzip möglich sei.

Hofmann erkannte Stammlers Begriffsbildung beschränkte Tragfähigkeit zu. Der von inhaltlichen Kriterien freie Rechtsbegriff orientiere sich allein am Verbindlichkeitskriterium, d.h. Recht setze ein Minimum an Unverbrüchlichkeit voraus. Dieser aus dem Vertragsrecht stammende Gedanke werde von Stammler auf das Gebotsrecht übertragen, wobei das Unverbrüchlichkeitsminimum allein in der Selbstbindung des Befehlsgebers liegen könne. Dieses Kriterium für Recht sei allerdings wenig tauglich: Eine solche Selbstbindung an allgemein anerkannte Regeln finde sich auch in widerrechtlichen Gemeinschaften, so z.B. in mafiösen Gruppen.

Kontrovers diskutiert wurde die Frage, ob die Rechtsgeschichte einen Rechtsbegriff brauche. Willoweit stellte klar, zu Beginn aller Überlegungen sei zu unterscheiden zwischen der Formulierung eines Rechtsbegriffes, mit dem der Rechtshistoriker arbeiten und auch außerrechtliche Zustände klar erkennen könne und der spezifischen europäischen Problematik des 20. Jahrhunderts. Klippel vertrat die Ansicht, ohne einen präzisen Rechtsbegriff komme diese Disziplin nicht aus. Jedoch beschreibe dieser nicht allein ihren Gegenstand; Rechtsgeschichte müsse sich notwendigerweise auch mit Unrecht befassen. Dilcher dagegen bestritt die Notwendigkeit einer Rechtsdefinition für den Rechtshistoriker. Erforderlich sei aber eine ständige Reflexion, welcher Rechtsbegriff an einen historischen Sachverhalt herangetragen und wie dieser Begriff durch die erzielten Ergebnisse verändert werde. Recht sei ein sich veränderndes Kulturerzeugnis, dem jeweils mit einem adäquaten Rechtsbegriff begegnet werden müsse. Ein stark vorgeprägter Rechtsbegriff verschütze unter Umständen gerade interessante Fragestellungen, die sich aus dem historischen Rechtsverständnis ergeben könnten. Erforderlich sei daher die Ausbildung eines mit anderen Kulturen dialogfähigen Rechtsbegriffs ohne eine genaue Umsetzung der modernen, europäischen Begriffe.

Der Rechtspositivismus, so Stolleis, mit seiner scharfen Trennung von Recht und Moral überfordere unsere Rechtskultur. Es bestehe gegenüber Phänomenen wie dem Dritten Reich der Drang zu urteilen: „Das war Unrecht.“ Stattdessen aber formuliere der Positivismus: „Das war Recht, aber moralisch verwerflich.“ Diese Aufspaltung von Recht und Moral sei studierten Juristen und juristischen Laien gleich unerträglich. Kersting wandte ein, es sei künstlich, etwas nach rechtspositivistischen Anwendungskriterien als Recht zu klassifizieren, dasselbe aber aus moralischen Gründen als Unrecht zu betrachten. Rechtspositivistischer und naturrechtlicher Rechtsbegriff stünden sich in den großen Ausnahmesituationen, menschlichen Katastrophen und Zivilisationsbrüchen, unvereinbar gegenüber. Allein durch die Einführung eines rechtspositivistischen Vokabulars könne man nicht einen Rechtsbegriff schaffen, der sowohl in Zivilisationen als auch für Zivilisationsbrüche gelte. So warnte Hofmann davor, von den Rechtspositivisten

mehr Antworten zu verlangen, als sie wissenschaftlich vertretbar geben könnten. Im Rückgriff auf den Rechtsbegriff Stammlers stellte Willoweit klar, daß es sich bei der Ausklammerung gewisser historischer Phänomene aus diesem Rechtsbegriff keinesfalls um eine moralische Wertung, sondern um eine tatsächliche Feststellung handele. Diese Ausklammerung sei ein Mittel, um die eigenen Überlegungen zu ordnen und zu disziplinieren: Willkürliche Gewaltakte würden aus dem Rechtsbegriff ausgeschieden, um diesen luzider zu gestalten.

Aus dem Dilemma des Rechtspositivismus kann nach Ansicht Landaus keine zeitenthobene Perspektive herausführen, sondern allein eine historische Betrachtungsweise: Es gebe verschiedene Niveaus einer Rechtskultur, nach denen sich der jeweilige Rechtsbegriff bestimme. Diesem Deutungsansatz stimmte Behrends zu; die rechtliche Definition unserer Zeit geschehe gerade durch solch eine Abgrenzung des eigenen Rechtsniveaus: Historische Phänomene würden aus heutiger Sicht nicht mehr als Recht empfunden, obwohl sie für die Zeitgenossen selbstverständlich zum Recht gehörten. Damit habe man zeitlose Gültigkeitsansprüche an den Rechtsbegriff für dessen formale und inhaltliche Anforderungen aufgegeben.

Zur Begriffsklärung stellte Hofmann folgende grundsätzliche Überlegung an: Der Begriff des Rechts könne in zwei Begriffspaaren verwendet werden, die meist unausgesprochen vorausgesetzt würden und in Diskussionen eine Quelle unendlicher Mißverständnisse bildeten. Das Gegenteil von Recht könne auf zwei Arten gebildet werden: a. als konträrer Gegensatz Recht – Unrecht, b. als kontradiktorischer Gegensatz Recht – Nichtrecht. Wichtig dabei: Unrecht sei eben nicht Nichtrecht. Diesen verschiedenen Arten der Begriffsbildung entspreche jeweils eine andere Perspektive des Betrachters: Das konträre Gegensatzpaar entstehe aus der Entscheiderperspektive (Betrachtung „von innen“), der kontradiktorische Gegensatz aus der Beurteilerperspektive (Betrachtung „von außen“). Wenn über Recht oder Unrecht im Dritten Reich gesprochen werde, sei es für Deutsche als moralisch bzw. durch die Staatszugehörigkeit physisch Betroffene unmöglich, die Außenperspektive des Beurteilers einzunehmen, sie blieben auf die Innenperspektive des Entscheiders und damit auf die Frage nach Recht und Unrecht beschränkt. Exemplifizierend wies Nehlsen hin auf die unterschiedliche Betrachtung der Nürnberger Gesetze und von Sklavengesetzen, denen ähnliche moralische Verwerflichkeit eigne: Während man jene ganz selbstverständlich als Unrecht auffasse, betrachte man im Gegensatz dazu die Sklavengesetze ebenso selbstverständlich als Recht, und zwar als Recht im Gegensatz zu Nichtrecht. Allein die persönliche Betroffenheit des Betrachters mache hier den Unterschied in der Wahl der Perspektive aus.

Abschließend hielt Willoweit die Unmöglichkeit fest, die Begriffe Geltung, Sollen und Verbindlichkeit auf die Vergangenheit zu projizieren. Bei historischer Betrachtung seien jetzt schon unterschiedliche Grade der Verbindlichkeit des Rechts in der Vergangenheit erkennbar. Recht sei ein innergesellschaftliches Phänomen, das aus Konsens entstünde; erst später werde ihm die Zwangsgewalt zu seiner Durchsetzung beigegeben. So sei die Urform des Rechts der Vertrag; auch

das Strafrecht basiere auf einem Generalkonsens, nämlich auf der übereinstimmenden Überzeugung, bestimmte Verhaltensformen dürfe es innerhalb der Gemeinschaft nicht geben. Somit sei das Recht kein allgemein menschliches Phänomen, das unverändert überall und zu allen Zeit Geltung habe, sondern es entstehe und existiere an die jeweilige Gesellschaft gebunden, deren Zusammenleben es regele.

Sach- und Quellenregister

Bearbeitet von Malte Schwertmann

- Absolutismus 179, 318, 330, 338
Akademie 27–29, 104
Approbationstheorie 198
Artisten 171, 178, 180
Aufklärung 154, 275, 335
Augustinismus 208f.
- Bann(-gewalt) des Kaisers 163, 166f.,
170
Bannleihe 166
Begriffsjurisprudenz 277, 279
Beichtsumme 217
Beryt, Rechtsschule von 165
Bibel 161, 197, 204, 210
Bologna, Rechtsschule von 158, 161, 164
bona fides 62, 326
Bußenkatalog 328
- Charisma 16f.
Code civil 250
Codex Theodosianus 100
common law 256f.
compositio 328
consuetudo, s. Gewohnheitsrecht
consuetudo in scriptis redacta 210
Corpus iuris canonici 74
Corpus iuris civilis 153, 155, 158, 160, 165,
177, 230, 235, 331
- „De civitate dei“ 145, 205, 207
„De inventione“ 52, 87
„De legibus et consuetudinibus Angliae“
178
„De origine iuris Germanici“ 235
„De potestate ecclesiastica“ 183, 185
„De potestate regia et papali“ 189
„De re publica“ 205
„De regimine principum“ 182
„De regno ad regem Cypri“ 181
- „Defensor pacis“ 191f., 196
Dekalog (Zehn Gebote) 199f., 205, 218
Dekret (Konkordanz) Gratians 74, 159,
177, 197, 199, 210f., 214, 220, 223
Dekretalen 143, 197
Despot 318
Dictatus Papae 159
Dienstrecht 149
Digesten 159
Diktatur 321
Ding 147, 157, 324
dominium, s. Eigentum
Dorfrecht 149
Drittes Reich 321, 337
- Ebenbürtigkeit 234, 238
Edikt (prätorianisches) 25, 34, 60–64, 80–
83
Ediktcommentar 25, 31, 59, 103
Edictum Rothari 155
Eigentum 186, 200, 211f., 219, 223, 226f.,
333
Eigentumsordnung 198f.
Einung 206, 323
Erkenntnistheorie 295
„Etymologiae“ 74, 77f., 199, 208, 210
Exekutive 255
- Fehde 328
forum internum 217, 247
Frankenspiegel 167, 168
Freirechtsbewegung 129
Friede von Konstanz 162, 165, 170
Führerprinzip 321
Fürstenamt 174
Fürstenspiegel 176, 180–183
- Gemeines/gelehrtes Recht 144, 148, 154,
159–161, 165f., 169, 229, 236–240, 326

- Gemeinwohl 208, 219
 Genossenschaft 324
 Gerichtsverfassung 146 f.
 Gesellschaftsvertrag 55, 203, 213, 224, 266, 299
 Gesetzesrecht 41, 143, 150, 244, 263, 265
 Gesetzgebung, kirchliche 143, 159, 185;
 justinianische 74, 159, 235, 244;
 kaiserliche 236, 238, 331;
 fürstliche 247
 Gesetzgebungsrecht, kaiserliches 154, 158, 161, 163, 170;
 fürstliches 170, 254;
 kirchliches 143, 159, 161;
 landesherrliches 242
 Gesetzgebungsstaat 120, 244
 Gesetzgebungsverfahren 255
 Gewaltenteilung 249, 255 f., 261
 Gewohnheitsrecht (consuetudo) 21–23, 32, 41, 60, 72, 85, 88, 92, 116, 121, 127 f., 134, 137–150, 163, 166 f., 178, 200, 245, 259, 328 f., 332
 Glossa ordinaria 197, 210
 Goldene Bulle 154
 Gottesgnadentum 254
 Grundrecht 300
- Heerschildordnung 167
 Herrschaft 6–8, 10, 14 f., 17, 323 f., 331
 Herrschaftsvertrag 55, 254
 Historische Rechtsschule 22, 24, 117, 119, 123, 125, 127 f., 130 f., 135, 214, 251, 285, 325, 327, 332
 Humanismus 120, 154, 240, 275
- Idealismus 120, 336
 Ideenrealismus 217
 Investiturstreit 331
 ius commune, s. gemeinsames Recht
 ius divinum 35, 87, 93, 103–105, 198, 254
 ius gentium 21–23, 38–42, 58, 61 f., 66, 68, 79 f., 93 f., 101–104, 118 f., 126, 128, 133, 156, 200, 222, 327
 ius humanum 35, 38, 41–43, 93, 102–105, 114, 126, 130
 ius naturale, s. Naturrecht
- Kabinettsjustiz 249 f.
 Kaiserrecht 153–155, 158, 163–170, 330
 Kanonisches Recht 142, 159, 161, 166, 212, 216, 221, 223, 329
 Kanonistik 143, 184, 212, 221
 Kapitularien 141
- Kaufmannsrecht 156
 Kirchenreform 144, 157, 159, 164, 329, 330
 Kirchenverfassung 197 f.
 Kirchenväter(-literatur) 145, 205, 208, 216
 Kodifikation 82, 135, 248
 Konjuration, s. Einnahme
 Konstitutionalismus 256
 Konstitutionen von Melfi 155
 Konziliarismus
- Landesherrschaft 247
 Landrecht 150, 160, 239
 Legislative 261, 265, 296, 298
 Legistik 221
 Legitimitätsglaube 10 f.
 Lehnrecht 162, 164, 166–168, 232 f.
 Leihzwang 167
 Lex Alamannorum 155
 Lex Baiuvariorum 145, 155
 Lex Omnis 162, 166, 167, 170
 Lex Palacia 162
 Lex Salica 328
 Lex Tributum 162
 Liber extra 143
 Liber sextus 144
 Libri feudorum 170
 Lombardische Liga 161 f.
 Lotharische Legende 153, 235
 Lübisches Recht 151, 168, 330
- Machtspruch 248–250
 Magna charta libertatum 179
 Markrecht 156, 168
 Menschenrecht 252, 300, 303
 Ministeriale 149
 mos maiorum 21–23, 34–41, 60, 62, 70, 84 f., 89–95, 100–104, 113–115, 120, 126–128, 132–134, 326
- Naturrecht 50, 57, 161, 183, 198, 200, 203, 207, 210–213, 215–218, 221–223, 225–227, 241, 251, 254, 276, 284 f., 288 f., 298, 302 f., 326, 331, 333, 334
 Naturzustand 22, 55 f., 119, 220, 254, 332
 Neukantianismus 269, 271–275, 287, 290, 335 f.
 „Nikomachische Ethik“ 37, 193
 Nürnberger Rassegesetze 321, 339
- Obereigentum 221
 Oberhof 151 f.
- Pandekten 238

- Pandektistik 116, 214
 Partikularrecht 161, 165, 169, 230 f.
 „Partiones oratoriae“ 28, 31, 41
 patria potestas 223
 Pavia, Rechtsschule von 159
 Pietätsprinzip 15
 „Policraticus“ 175 f., 180
 „Polipticum quod appellatur perpendicu-
 lum“ („Tyrannenspiegel“) 174 f.
 „Politik“ („Politeia“) 182, 192
 Politische Theorie 171–173, 175–177,
 180 f., 183, 196, 253, 266, 330 f.
 Positivismus 203, 231, 245, 276, 283 f., 296,
 304, 321, 337, 338 f.
 Präjudiz 69, 259
 princeps legibus solutus 186
 Prinzipat 40, 99
 Privileg 149, 155–158, 162, 169, 237, 248,
 330
 Privilegienerneuerung 157
 ratio scripta 154

 Rechte, subjektive 146, 199
 Rechtsbesserung 157, 169
 Rechtsbuch (-spiegel) 154, 168, 236 f.
 Rechtserneuerung 155 f., 169
 Rechtsetzung 91, 254, 262, 286, 329
 Rechtsfähigkeit 132, 226
 Rechtsfortbildung, richterliche 252, 258
 Rechtsgeltung 242, 245
 Rechtsgewohnheit 24, 139, 140 f., 144 f.,
 156, 163, 238 f., 328 f.
 Rechtsmißbrauch (abusus) 191
 Rechtsstaat 132
 Rechtsverweigerungsverbot 250, 257
 Reformation 154
 Regalien 166
 Regalienweistum, roncalisches 162
 Reichskammergerichtsordnung 235, 244
 Reichsrecht 240
 Reichsrechte 158, 162, 166
 Reichsreform 145, 154
 Reichstag, roncalischer 158, 161 f., 165, 169
 Reine Rechtslehre 286, 305, 307, 309 f.
 Renaissance 154
 renovatio imperii 153, 155, 158 f., 168, 169
 Rezeption 118, 144, 152–154, 229, 236, 241,
 243–245
 Rhetorik 28, 49, 123
 Richterkönigtum 248
 Richterrecht 251, 258–262, 265
 Römisches Recht 21, 25, 28, 31, 37, 116 f.,
 119 f., 122, 142 f., 153 f., 158 f., 161–164,
 169, 176, 180, 208, 210, 216, 221, 223, 225,
 230 f., 234–236, 238–245, 325 f., 327, 334
 Romanistik 22, 96

 Sachsenspiegel 149, 151, 163, 167 f., 170,
 243
 Sachsenrecht 151, 167
 Sächsisches Weichbild 151, 168
 Salamanca, Schule von 215, 217, 220, 222
 Satzung 149, 200, 203
 Schöffenstein 151
 Scholarenprivileg 158
 Scholastik 167, 172, 173, 184, 215, 217–219,
 223, 227, 333
 Schwabenspiegel 167 f., 237
 Sklaverei 222, 226, 332, 334
 Souveränität 164, 170, 213, 247, 255, 300
 spiritualia 160, 331
 Spiritualismus 325 f.
 sponsio 36, 61
 Staatsrecht 253
 Stadtherrschaft 323
 Stadtrecht 149–151, 168, 225, 239, 330
 Stammes(Volks-)rechte 141, 155–157, 169,
 225, 233, 236, 239, 330
 Statutargesetzgebung 252
 Statutarrecht 152, 223, 243
 Statutentheorie 151, 160 f., 169 f., 236
 Stipulation 36
 Stoa 106, 115, 207, 325 f.
 „Summa theologiae“ 216, 217
 Symbolismus 12, 14
 Szientismus 275

 temporalia 160, 331
 Thomismus 218, 223
 Tradition 5, 139, 148
 translatio imperii 153, 160, 166
 Tyrann (-nenmord) 176

 Umritt 157
 „Unam sanctam“ 184 f.
 Universitätsverfassung 158, 165 f.
 Untereigentum 221
 Usus modernus pandectarum 229–231,
 233 f., 237, 239, 243

 Verfassung 33, 166, 189 f., 193, 194, 253,
 256, 257, 261, 306, 318 f., 337
 Verfassungsgesetz 253
 Verfassungslehre 253, 331
 Verfassungstheorie 253
 Vernunftrecht 289

- Vertragsfreiheit 226
 Vertragstheorie 195
 Volksgeist(-lehre) 83, 116f., 120, 126–128,
 131, 154, 324f., 332
 Volksrechte, s. Stammesrechte
 Volkssouveränität 195, 255
 Voluntarismus 216–218
 Vorrang/Vorbehalt des Gesetzes 251, 261
 Widerstandsrecht 47, 165
 Willkür 111, 179, 203
 Willkür(-recht) 149f., 160
 Wormser Konkordat 160
 Zweigewaltenlehre 190
 Zwölftafelgesetz 82, 326

Personenregister

- Accursius 161
 Aegidius Romanus 182–187, 189f., 193
 Agobard von Lyon 159
 Alexander der Große 206
 Ambrosius 205
 Aristoteles 31, 73, 192–194, 197
 Atto von Vercelli 173f.
 Auctor ad Herennium 24, 26–28, 30, 42, 61,
 64, 67, 72f.
 Augustinus 106, 142, 186, 204–207, 311,
 333
 Augustinus von Ancona 188
 Bartolus de Sassoferrato 252
 Bergbohm, Karl 297
 Bernhard von Clairvaux 187
 Binder, Julius 271, 290
 Bodin, Jean 247
 Bonifaz VIII. 184f., 187, 190, 331
 Caesar, Gaius Iulius 75
 Cicero, Marcus Tullius 24–33, 35, 40f., 47–
 49, 52f., 55–59, 64, 66–71, 80, 87–89, 101,
 103–105, 108f., 111f., 122–124, 126, 177,
 205–207
 Coelestin V. 184
 Cohen, Hermann 272f., 275, 277, 279–284,
 291, 304f., 336
 Conring, Hermann 154, 231, 235–238, 240,
 242
 Dante Alighieri 172
 Duck, Arthur 243
 Duns Scotus 216, 218, 220, 224, 333
 Eike von Repchow 167
 Feuerbach, Paul Johann Anselm v. 249
 Friedrich I. Barbarossa 154f., 158, 160f.,
 163, 168–170
 Friedrich II. 154f., 163f.
 Gierke, Otto v. 324
 Gottfried von Viterbo 161
 Gratian 143, 159, 199, 210f., 213, 223, 332
 Gregor VII. 143, 148, 209, 329
 Grotius, Hugo 215
 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 128
 Heinrich der Löwe 168
 Heinrich III. von England 179
 Heinrich IV. 166
 Henry de Bracton 178–180
 Hermann von Metz 209
 Hobbes, Thomas 207, 247, 253, 266, 276,
 279, 299, 332
 Huguccio von Pisa 211
 Ihering, Rudolph v. 277, 279, 325, 332
 Irnerius 158
 Isidor von Sevilla 74, 77–79, 81, 100f.,
 142f., 199, 208–210, 219
 Jakob von Viterbo 188
 Jellinek, Georg 279, 309, 324
 Johannes Quidort 189f., 192
 Johannes von Salisbury 175f., 180
 Julianus, Salvius 23, 82, 95f., 98f., 101, 120

- Justinian I. 41, 81, 93, 153, 158, 165, 169, 235, 240, 244
- Kant, Immanuel 255, 266, 269, 272 f., 278, 283, 290 f., 299–301, 305, 307, 332, 336
- Karl der Große 142, 145, 167–169, 243 f.
- Karneades 25, 27, 29–31, 49–52, 57 f., 73
- Kelsen, Hans 273 f., 286, 294, 305, 308, 310 f.
- Kleitomachos 29 f., 49
- Konrad II. 157
- Kreittmayr, Wiguläus v. 248
- Kulpis, Johann Georg von 235, 237–240
- Lehmann, Christoph 237, 244
- Licinius Crassus 27–31
- Lindembrog, Friedrich 236, 244
- Locke, John 300, 333
- Lothar III. 153, 231, 236, 243, 244
- Ludolph, Georg Melchior 233
- Ludwig der Bayer 198, 331
- Ludwig der Fromme 142
- Luhmann, Niklas 138, 140
- Llull, Ramon 172
- Luther, Martin 209, 270
- Machiavelli, Nicolo 171
- Marsilius von Padua 191–197, 331
- Marx, Karl 334
- Maximilian I. 239
- Montesquieu, Charles de Secondet 248, 249, 256, 258, 261
- Otto III. 155
- Papinianus, Aurelius 241
- Petrus Lombardus 216
- Philipp der Schöne 185, 190
- Philon von Larissa 25, 29, 30, 49, 52
- Platon 91, 130
- Pompeius, Gnaeus 75, 79–81, 83
- Pomponius, Sextus 68
- Protagoras 130
- Puchta, Georg Friedrich 24, 121–129, 214, 325 f.,
- Pufendorff, Samuel 333
- Pyrrhon von Elis 51
- Quintilianus, Marcus Fabius 26, 51
- Radbruch, Gustav 270, 289, 297, 300
- Rothari 155
- Rousseau, Jean Jacques 213, 253, 255, 266, 299
- Rufinus 211
- Savigny, Friedrich Carl von 83, 116–121, 124, 128, 134, 154, 277, 279, 327, 332, 336
- Scaevola, Quintus Mucius 31, 66, 83, 106 f.
- Schilters, Johannes 238
- Schürpf, Hieronymus 232
- Seneca, Lucius Annaeus 333
- Soto, Domingo de 219 f., 224
- Stammler, Rudolf 270 f., 273 f., 284–289, 291–295, 297, 299, 301–305, 316, 319–321, 336, 338
- Stephan von Tournai 212
- Stryk, Samuel 237, 238
- Suarez, Francisco 224
- Sulpicius Rufus, Servius 25, 26, 28, 30–34, 48 f., 53, 82, 111
- Svarez, Carl Gottlieb 249
- Tertullianus, Quintus Septimius 142, 205
- Thomas von Aquin 160, 181 f., 193 f., 216, 219 f., 333
- Thomasius, Christian 240–242, 302
- Tiraquell, Andreas 232
- Ubertus de Orto 165
- Ulpianus, Domitius 40–45, 48, 50, 58, 72 f., 75 f., 85, 100 f., 103, 241
- Varro, Marcus Terentius 84, 103, 106 f.
- Vasquez, Fernando 218–221, 223 f., 226
- Vinzenz von Beauvais 180
- Vitoria, Francisco de 216 f., 219 f., 224
- Weber, Max 1–12, 14–17, 139, 153, 321–323, 325
- Wilhelm von Cremona 188
- Wilhelm von Ockham 196–198, 200 f., 220
- Windscheid, Bernhard 129 f.
- Zeiller, Franz v. 249

Schriften des Historischen Kollegs: Kolloquien

- 1 *Heinrich Lutz* (Hrsg.): Das römisch-deutsche Reich im politischen System Karls V., 1982, XII, 288 S. ISBN 3-486-51371-0
- 2 *Otto Pflanze* (Hrsg.): Innenpolitische Probleme des Bismarck-Reiches, 1983, XII, 304 S. ISBN 3-486-51481-4 *vergriffen*
- 3 *Hans Conrad Peyer* (Hrsg.): Gastfreundschaft, Taverne und Gasthaus im Mittelalter, 1983, XIV, 275 S. ISBN 3-486-51661-2 *vergriffen*
- 4 *Eberhard Weis* (Hrsg.): Reformen im rheinbündischen Deutschland, 1984, XVI, 310 S. ISBN 3-486-51671-X
- 5 *Heinz Angermeier* (Hrsg.): Säkulare Aspekte der Reformationszeit, 1983, XII, 278 S. ISBN 3-486-51841-0
- 6 *Gerald D. Feldman* (Hrsg.): Die Nachwirkungen der Inflation auf die deutsche Geschichte 1924–1933, 1985, XII, 407 S. ISBN 3-486-52221-3 *vergriffen*
- 7 *Jürgen Kocka* (Hrsg.): Arbeiter und Bürger im 19. Jahrhundert. Varianten ihres Verhältnisses im europäischen Vergleich, 1986, XVI, 342 S. ISBN 3-486-52871-8 *vergriffen*
- 8 *Konrad Repgen* (Hrsg.): Krieg und Politik 1618–1648. Europäische Probleme und Perspektiven, 1988, XII, 454 S. ISBN 3-486-53761-X *vergriffen*
- 9 *Antoni Mączak* (Hrsg.): Klientelsysteme im Europa der Frühen Neuzeit, 1988, X, 386 S. ISBN 3-486-54021-1
- 10 *Eberhard Kolb* (Hrsg.): Europa vor dem Krieg von 1870. Mächtekonstellation – Konfliktfelder – Kriegsausbruch, 1987, XII, 216 S. ISBN 3-486-54121-8
- 11 *Helmut Georg Koenigsberger* (Hrsg.): Republiken und Republikanismus im Europa der Frühen Neuzeit, 1988, XII, 323 S. ISBN 3-486-54341-5
- 12 *Winfried Schulze* (Hrsg.): Ständische Gesellschaft und soziale Mobilität, 1988, X, 416 S. ISBN 3-486-54351-2
- 13 *Johanne Autenrieth* (Hrsg.): Renaissance- und Humanistenhandschriften, 1988, XII, 214 S. mit Abbildungen ISBN 3-486-54511-6
- 14 *Ernst Schulin* (Hrsg.): Deutsche Geschichtswissenschaft nach dem Zweiten Weltkrieg (1945–1965), 1989, XI, 303 S. ISBN 3-486-54831-X
- 15 *Wilfried Barner* (Hrsg.): Tradition, Norm, Innovation. Soziales und literarisches Traditionsverhalten in der Frühzeit der deutschen Aufklärung, 1989, XXV, 370 S. ISBN 3-486-54771-2
- 16 *Hartmut Boockmann* (Hrsg.): Die Anfänge der ständischen Vertretungen in Preußen und seinen Nachbarländern, 1992, X, 264 S. ISBN 3-486-55840-4
- 17 *John C. G. Röhl* (Hrsg.): Der Ort Kaiser Wilhelms II. in der deutschen Geschichte, 1991, XIII, 366 S. ISBN 3-486-55841-2 *vergriffen*

Schriften des Historischen Kollegs: Kolloquien

- 18 *Gerhard A. Ritter* (Hrsg.): Der Aufstieg der deutschen Arbeiterbewegung. Sozialdemokratie und Freie Gewerkschaften im Parteiensystem und Sozialmilieu des Kaiserreichs, 1990, XXI, 461 S. ISBN 3-486-55641-X
- 19 *Roger Dufraisse* (Hrsg.): Revolution und Gegenrevolution 1789–1830. Zur geistigen Auseinandersetzung in Frankreich und Deutschland, 1991, XVIII, 274 S. ISBN 3-486-55844-7
- 20 *Klaus Schreiner* (Hrsg.): Laienfrömmigkeit im späten Mittelalter. Formen, Funktionen, politisch-soziale Zusammenhänge, 1992, XII, 411 S. ISBN 3-486-55902-8
- 21 *Jürgen Miethke* (Hrsg.): Das Publikum politischer Theorie im 14. Jahrhundert, 1992, IX, 301 S. ISBN 3-486-55898-6
- 22 *Dieter Simon* (Hrsg.): Eherecht und Familiengut in Antike und Mittelalter, 1992, IX, 168 S. ISBN 3-486-55885-4
- 23 *Volker Press* (Hrsg.): Alternativen zur Reichsverfassung in der Frühen Neuzeit? 1995, XII, 254 S. ISBN 3-486-56035-2
- 24 *Kurt Raaflaub* (Hrsg.): Anfänge politischen Denkens in der Antike. Griechenland und die nahöstlichen Kulturen, 1993, XXIV, 454 S. ISBN 3-486-55993-1
- 25 *Shulamit Volkov* (Hrsg.): Deutsche Juden und die Moderne, 1994, XXIV, 170 S. ISBN 3-486-56029-8
- 26 *Heinrich A. Winkler* (Hrsg.): Die deutsche Staatskrise 1930–1933. Handlungsspielräume und Alternativen, 1992, XIII, 296 S. ISBN 3-486-55943-5
- 27 *Johannes Fried* (Hrsg.): Dialektik und Rhetorik im früheren und hohen Mittelalter. Rezeption, Überlieferung und gesellschaftliche Wirkung antiker Gelehrsamkeit vornehmlich im 9. und 12. Jahrhundert, 1997, XXI, 304 S. ISBN 3-486-56028-X
- 28 *Paolo Prodi* (Hrsg.): Glaube und Eid. Treueformeln, Glaubensbekenntnisse und Sozialdisziplinierung zwischen Mittelalter und Neuzeit, 1993, XXX, 246 S. ISBN 3-486-55994-X
- 29 *Ludwig Schmugge* (Hrsg.): Illegitimität im Spätmittelalter, 1994, X, 314 S. ISBN 3-486-56069-7
- 30 *Bernhard Kölver* (Hrsg.): Recht, Staat und Verwaltung im klassischen Indien, 1997, XVIII, 257 S. ISBN 3-486-56193-6
- 31 *Elisabeth Fehrenbach* (Hrsg.): Adel und Bürgertum in Deutschland 1770–1848, 1994, XVI, 251 S. ISBN 3-486-56027-1
- 32 *Robert E. Lerner* (Hrsg.): Neue Richtungen in der hoch- und spätmittelalterlichen Biblexegese, 1996, XI, 191 S. ISBN 3-486-56083-2
- 33 *Klaus Hildebrand* (Hrsg.): Das Deutsche Reich im Urteil der Großen Mächte und europäischen Nachbarn (1871–1945), 1995, X, 232 S. ISBN 3-486-56084-0
- 34 *Wolfgang J. Mommsen* (Hrsg.): Kultur und Krieg. Die Rolle der Intellektuellen, Künstler und Schriftsteller im Ersten Weltkrieg, 1995, X, 282 S. ISBN 3-486-56085-9

Schriften des Historischen Kollegs: Kolloquien

- 35 *Peter Krüger* (Hrsg.): Das europäische Staatensystem im Wandel. Strukturelle Bedingungen und bewegende Kräfte seit der Frühen Neuzeit, 1996, XVI, 272 S. ISBN 3-486-56171-5
- 36 *Peter Blickle* (Hrsg.): Theorien kommunaler Ordnung in Europa, 1996, IX, 268 S. ISBN 3-486-56192-8
- 37 *Hans Eberhard Mayer* (Hrsg.): Die Kreuzfahrerstaaten als multikulturelle Gesellschaft. Einwanderer und Minderheiten im 12. und 13. Jahrhundert, 1997, XI, 187 S. ISBN 3-486-56257-6
- 38 *Manlio Bellomo* (Hrsg.): Die Kunst der Disputation. Probleme der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung im 13. und 14. Jahrhundert, 1997, 248 S. ISBN 3-486-56258-4
- 39 *František Šmahel* (Hrsg.): Häresie und vorzeitige Reformation im Spätmittelalter (mit Beiträgen von H. Boockmann, St. Bylina, W. Eberhard, K. Elm, V. Herold, I. Hlaváček, A. Hudson, H. Kaminsky, M. D. Lambert, J. Miethke, A. Patschovsky, F. Seibt, F. Šmahel, B. Töpfer, K. Walsh) 1998, XV, 304 S. ISBN 3-486-56259-2
- 40 *Alfred Haverkamp* (Hrsg.): Information, Kommunikation und Selbstdarstellung in mittelalterlichen Gemeinden (mit Beiträgen von G. Bönnes, R. Bordone, G. Fouquet, Chr. Hannick, A. Heinz, A. Linder, W. Meyer, M. Schwarz, R. van Uytven, J. Weitzel) 1998, XXII, 288 S. ISBN 3-486-56260-6
- 41 *Knut Schulz* (Hrsg.): Handwerk in Europa. Vom Spätmittelalter bis zur Frühen Neuzeit (mit Beiträgen von W. Blockmans, H. Braun, R. S. Elkar, A. Esch, S. Faroqhi, R. Holbach, F. Irsigler, M. Kintzinger, D. Kurze, P. Lourens, J. Lucasen, W. Reininghaus, J. Röhrkasten, L. Schmutge, Chr. Schuchard, K. Schulz, K. Wesoly) 1999, XIX, 313 S. ISBN 3-486-56395-5
- 42 *Werner Eck* (Hrsg.): Lokale Autonomie und römische Ordnungsmacht in den kaiserzeitlichen Provinzen vom 1. bis 3. Jahrhundert (mit Beiträgen von H. M. Cotton, W. Eck, H. Galsterer, J. Gascou, R. Haensch, H. Horstkotte, A. Jördens, E. Lo Cascio, S. Mitchell, D. Nörr, J. Nollé, M. Sharp, D. Thomas, H. Wolff) 1999, X, 327 S. ISBN 3-486-56385-8
- 43 *Manfred Hildermeier* (Hrsg.): Stalinismus vor dem Zweiten Weltkrieg. Neue Wege der Forschung / Stalinism before the Second World War. New Avenues of Research (mit Beiträgen von J. Baberowski, D. Beyrau, S. Fitzpatrick, G. L. Freeze, J. A. Getty, J. Hellbeck, M. Hildermeier, H. Kuromiya, S. Merl, D. Neutatz, S. Plaggenborg, G. T. Rittersporn, J. Šapoval, K. Schlögel, M. V. Škarovskij, R. C. Tucker) 1998, XVI, 345 S. ISBN 3-486-56350-5
- 44 *Aharon Oppenheimer* (Hrsg.): Jüdische Geschichte in hellenistisch-römischer Zeit. Wege der Forschung: Vom alten zum neuen Schürer (mit Beiträgen von H. M. Cotton, W. Eck, I. M. Gafni, D. M. Goodblatt, M. Goodman, M. Hengel, B. H. Isaac, H. Lichtenberger, M. Niehoff, A. Oppenheimer, P. Schäfer, L. H. Schiffman, M. Schlüter, D. R. Schwartz, G. Stemberger, G. Vermes) 1999, XI, 275 S. ISBN 3-486-56414-5

Schriften des Historischen Kollegs: Kolloquien

- 45 *Dietmar Willoweit* (Hrsg.): Die Begründung des Rechts als historisches Problem (mit Beiträgen von O. Behrends, S. Breuer, G. Dilcher, H. Hofmann, W. Kersting, P. Landau, J. Miethke, K. Seelmann, J. Weitzel, D. Willoweit) 2000, 345 S., ISBN 3-486-56482-X
- 46 *Stephen A. Schuker* (Hrsg.): Deutschland und Frankreich. Vom Konflikt zur Aussöhnung. Die Gestaltung der westeuropäischen Sicherheit, 1914–1963 (mit Beiträgen von M. Alexander, J. Bariéty, C. Buffet, G. D. Feldman, J. Gillingham, E. Glaser, D. Hüser, L. Kettenacker, M. Kipping, F. Knipping, P. Krüger, H.-J. Rupieper, G. Schmidt, St. A. Schuker, K. Schwabe, A. Sharp, D. Stevenson, M. Trachtenberg, C. Wurm) 2000, ca. XX, 280 S., ISBN 3-486-56496-X
- 47 *Wolfgang Reinhard* (Hrsg.): Verstaatlichung der Welt? Europäische Staatsmodelle und außereuropäische Machtprozesse (mit Beiträgen von J. M. Abun-Nasr, G. Dharampal-Frick, X. Gu, M. F. Hamzeh'ee, H. Haury, J. Heideking, G. Krämer, Chr. Marx, J. Osterhammel, W. Reinhard, M. Riekenberg, R. Rothermund, W. Schwentker, Chr. Tapscott, H. W. Tobler, T. v. Trotha, P. Waldmann, A. Wirz) 1999, XVI, 375 S. ISBN 3-486-56416-1
- 48 *Gerhard Besier* (Hrsg.): Zwischen „nationaler Revolution“ und militärischer Aggression. Transformationen in Kirche und Gesellschaft unter der konsolidierten NS-Gewaltherrschaft (Herbst 1934 bis Herbst 1935) (mit Beiträgen von D. L. Bergen, G. Besier, A. Chandler, J. S. Conway, T. Fandel, F. Hartweg, H. Kiesel, H.-M. Lauterer, K.-M. Mallmann, H. Mommsen, I. Montgomery, G. Ringshausen, J. Schoeps, K. Schwarz, J. Smolik, M. Wolffsohn) (in Vorbereitung)
- 49 *David Cohen* (Hrsg.): Demokratie, Recht und soziale Kontrolle im klassischen Athen (in Vorbereitung)
- 50 *Thomas A. Brady* (Hrsg.): Die deutsche Reformation zwischen Spätmittelalter und Früher Neuzeit (in Vorbereitung)
- 51 *Harold James* (Hrsg.): The Interwar Depression in an International Context (in Vorbereitung)
- 52 *Christof Dipper* (Hrsg.): Deutschland und Italien, 1860–1960 (in Vorbereitung)
- 53 *Frank-Rutger Hausmann* (Hrsg.): Die Rolle der Geisteswissenschaften im Dritten Reich 1933–1945 (in Vorbereitung)
- 54 *Frank Kolb* (Hrsg.): Chora und Polis (in Vorbereitung)
- 55 *Hans Günter Hockerts* (Hrsg.): Koordinaten deutscher Geschichte in der Epoche des Ost-West-Konflikts (in Vorbereitung)

Sonderveröffentlichung

Horst Fuhrmann (Hrsg.): Die Kaulbach-Villa als Haus des Historischen Kollegs. Reden und wissenschaftliche Beiträge zur Eröffnung, 1989, XII, 232 S. ISBN 3-486-55611-8

Oldenbourg

Schriften des Historischen Kollegs: Vorträge

- 1 *Heinrich Lutz*: Die deutsche Nation zu Beginn der Neuzeit. Fragen nach dem Gelingen und Scheitern deutscher Einheit im 16. Jahrhundert, 1982, IV, 31 S. *vergriffen*
- 2 *Otto Pflanze*: Bismarcks Herrschaftstechnik als Problem der gegenwärtigen Historiographie, 1982, IV, 39 S. *vergriffen*
- 3 *Hans Conrad Peyer*: Gastfreundschaft und kommerzielle Gastlichkeit im Mittelalter, 1983, IV, 24 S. *vergriffen*
- 4 *Eberhard Weis*: Bayern und Frankreich in der Zeit des Konsulats und des ersten Empire (1799–1815), 1984, 41 S. *vergriffen*
- 5 *Heinz Angermeier*: Reichsreform und Reformation, 1983, IV, 76 S. *vergriffen*
- 6 *Gerald D. Feldman*: Bayern und Sachsen in der Hyperinflation 1922/23, 1984, IV, 41 S. *vergriffen*
- 7 *Erich Angermann*: Abraham Lincoln und die Erneuerung der nationalen Identität der Vereinigten Staaten von Amerika, 1984, IV, 33 S. *vergriffen*
- 8 *Jürgen Kocka*: Traditionsbindung und Klassenbildung. Zum sozialhistorischen Ort der frühen deutschen Arbeiterbewegung, 1987, 48 S.
- 9 *Konrad Repgen*: Kriegslegitimationen in Alteuropa. Entwurf einer historischen Typologie, 1985, 27 S. *vergriffen*
- 10 *Antoni Mączak*: Der Staat als Unternehmen. Adel und Amtsträger in Polen und Europa in der Frühen Neuzeit, 1989, 32 S.
- 11 *Eberhard Kolb*: Der schwierige Weg zum Frieden. Das Problem der Kriegsbeendigung 1870/71, 1985, 33 S. *vergriffen*
- 12 *Helmut Georg Koenigsberger*: Fürst und Generalstände. Maximilian I. in den Niederlanden (1477–1493), 1987, 27 S. *vergriffen*
- 13 *Winfried Schulze*: Vom Gemeinnutz zum Eigennutz. Über den Normenwandel in der ständischen Gesellschaft der Frühen Neuzeit, 1987, 40 S. *vergriffen*
- 14 *Johanne Autenrieth*: „Litterae Virgilianae“. Vom Fortleben einer römischen Schrift, 1988, 51 S.
- 15 *Tilemann Grimm*: Blickpunkte auf Südostasien. Historische und kulturanthropologische Fragen zur Politik, 1988, 37 S.
- 16 *Ernst Schulin*: Geschichtswissenschaft in unserem Jahrhundert. Probleme und Umriss einer Geschichte der Historie, 1988, 34 S.
- 17 *Hartmut Boockmann*: Geschäfte und Geschäftigkeit auf dem Reichstag im späten Mittelalter, 1988, 33 S. *vergriffen*
- 18 *Wilfried Barner*: Literaturwissenschaft – eine Geschichtswissenschaft? 1990, 42 S.

Schriften des Historischen Kollegs: Vorträge

- 19 *John C. G. Röhl*: Kaiser Wilhelm II. Eine Studie über Cäsarenwahnsinn, 1989, 36 S. vergriffen
- 20 *Klaus Schreiner*: Mönchsein in der Adelsgesellschaft des hohen und späten Mittelalters. Klösterliche Gemeinschaftsbildung zwischen spiritueller Selbstbehauptung und sozialer Anpassung, 1989, 68 S. vergriffen
- 21 *Roger Dufraisse*: Die Deutschen und Napoleon im 20. Jahrhundert, 1991, 43 S.
- 22 *Gerhard A. Ritter*: Die Sozialdemokratie im Deutschen Kaiserreich in sozialgeschichtlicher Perspektive, 1989, 72 S.
- 23 *Jürgen Miethke*: Die mittelalterlichen Universitäten und das gesprochene Wort, 1990, 48 S.
- 24 *Dieter Simon*: Lob des Eunuchen, 1994, 27 S.
- 25 *Thomas Vogtherr*: Der König und der Heilige. Heinrich IV., der heilige Remaklus und die Mönche des Doppelklosters Stablo-Malmedy, 1990, 29 S.
- 26 *Johannes Schilling*: Gewesene Mönche. Lebensgeschichten in der Reformation, 1990, 36 S. vergriffen
- 27 *Kurt Raaflaub*: Politisches Denken und Krise der Polis. Athen im Verfassungskonflikt des späten 5. Jahrhunderts v. Chr., 1992, 63 S.
- 28 *Volker Press*: Altes Reich und Deutscher Bund. Kontinuität in der Diskontinuität, 1995, 31 S.
- 29 *Shulamit Volkov*: Die Erfindung einer Tradition. Zur Entstehung des modernen Judentums in Deutschland, 1992, 30 S.
- 30 *Franz Bauer*: Gehalt und Gestalt in der Monumentalsymbolik. Zur Ikonologie des Nationalstaats in Deutschland und Italien 1860–1914, 1992, 39 S.
- 31 *Heinrich A. Winkler*: Mußte Weimar scheitern? Das Ende der ersten Republik und die Kontinuität der deutschen Geschichte, 1991, 32 S.
- 32 *Johannes Fried*: Kunst und Kommerz. Über das Zusammenwirken von Wissenschaft und Wirtschaft im Mittelalter vornehmlich am Beispiel der Kaufleute und Handelsmessen, 1992, 40 S.
- 33 *Paolo Prodi*: Der Eid in der europäischen Verfassungsgeschichte, 1992, 35 S.
- 34 *Jean-Marie Moeglin*: Dynastisches Bewußtsein und Geschichtsschreibung. Zum Selbstverständnis der Wittelsbacher, Habsburger und Hohenzollern im Spätmittelalter, 1993, 47 S.
- 35 *Bernhard Kölver*: Ritual und historischer Raum. Zum indischen Geschichtsverständnis, 1993, 65 S.
- 36 *Elisabeth Fehrenbach*: Adel und Bürgertum im deutschen Vormärz, 1994, 31 S.

Schriften des Historischen Kollegs: Vorträge

- 37 *Ludwig Schmugge*: Schleichwege zu Pfründe und Altar. Päpstliche Dispense vom Geburtsmakel 1449–1533, 1994, 35 S.
- 38 *Hans-Werner Hahn*: Zwischen Fortschritt und Krisen. Die vierziger Jahre des 19. Jahrhunderts als Durchbruchphase der deutschen Industrialisierung, 1995, 47 S.
- 39 *Robert E. Lerner*: Himmelsvision oder Sinnendelirium? Franziskaner und Professoren als Traumdeuter im Paris des 13. Jahrhunderts, 1995, 35 S.
- 40 *Andreas Schulz*: Weltbürger und Geldaristokraten. Hanseatisches Bürgertum im 19. Jahrhundert, 1995, 38 S.
- 41 *Wolfgang J. Mommsen*: Die Herausforderung der bürgerlichen Kultur durch die künstlerische Avantgarde. Zum Verhältnis von Kultur und Politik im Wilhelminischen Deutschland, 1994, 30 S.
- 42 *Klaus Hildebrand*: Reich – Großmacht – Nation. Betrachtungen zur Geschichte der deutschen Außenpolitik 1871–1945, 1995, 25 S.
- 43 *Hans Eberhard Mayer*: Herrschaft und Verwaltung im Kreuzfahrerkönigreich Jerusalem, 1996, 38 S.
- 44 *Peter Blickle*: Reformation und kommunaler Geist. Die Antwort der Theologen auf den Wandel der Verfassung im Spätmittelalter, 1996, 42 S.
- 45 *Peter Krüger*: Wege und Widersprüche der europäischen Integration im 20. Jahrhundert, 1995, 39 S.
- 46 *Werner Greiling*: „Intelligenzblätter“ und gesellschaftlicher Wandel in Thüringen. Anzeigenwesen, Nachrichtenvermittlung, Rasonnement und Sozialdisziplinierung, 1995, 38 S.

Schriften des Historischen Kollegs: Dokumentationen

- 1 Stiftung Historisches Kolleg im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft:
Erste Verleihung des Preises des Historischen Kollegs. Aufgaben, Stipendiaten,
Schriften des Historischen Kollegs, 1984, VI, 70 S., mit Abbildungen *vergriffen*
- 2 Theodor-Schieder-Gedächtnisvorlesung: Horst Fuhrmann, Das Interesse am
Mittelalter in heutiger Zeit. Beobachtungen und Vermutungen – Lothar Gall,
Theodor Schieder 1908 bis 1984, 1987, 65 S. *vergriffen*
- 3 Leopold von Ranke: Vorträge anlässlich seines 100. Todestages. Gedenkfeier der
Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften und
der Stiftung Historisches Kolleg im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft
am 12. Mai 1986, 1987, 44 S. *vergriffen*
- 4 Stiftung Historisches Kolleg im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft:
Zweite Verleihung des Preises des Historischen Kollegs. Aufgaben, Stipendiaten,
Schriften des Historischen Kollegs, 1987, 98 S., mit Abbildungen
- 5 Theodor-Schieder-Gedächtnisvorlesung: Thomas Nipperdey, Religion und Gesell-
schaft: Deutschland um 1900, 1988, 29 S. *vergriffen*
- 6 Theodor-Schieder-Gedächtnisvorlesung: Christian Meier, Die Rolle des Krieges
im klassischen Athen, 1991, 55 S.
- 7 Stiftung Historisches Kolleg im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft:
Dritte Verleihung des Preises des Historischen Kollegs. Aufgaben, Stipendiaten,
Schriften des Historischen Kollegs, 1991, 122 S., mit Abbildungen *vergriffen*
- 8 Stiftung Historisches Kolleg im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft:
Historisches Kolleg 1980–1990. Vorträge anlässlich des zehnjährigen Bestehens
und zum Gedenken an Alfred Herrhausen, 1991, 63 S.
- 9 Theodor-Schieder-Gedächtnisvorlesung: Karl Leyser, Am Vorabend der ersten
europäischen Revolution. Das 11. Jahrhundert als Umbruchszeit, 1994, 32 S.
- 10 Stiftung Historisches Kolleg im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft:
Vierte Verleihung des Preises des Historischen Kollegs. Aufgaben, Stipendiaten,
Schriften des Historischen Kollegs, 1993, 98 S., mit Abbildungen
- 11 Theodor-Schieder-Gedächtnisvorlesung: Rudolf Smend, Mose als geschichtliche
Gestalt, 1995, 23 S.
- 12 Stiftung Historisches Kolleg im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft:
Über die Offenheit der Geschichte. Kolloquium der Mitglieder des Historischen
Kollegs, 20. und 21. November 1992, 1996, 84 S.

Vorträge und Dokumentationen ohne ISBN erscheinen nicht im Buchhandel;
sie können über die Geschäftsstelle des Historischen Kollegs (Kaulbachstraße 15,
80539 München) bezogen werden.

Schriften des Historischen Kollegs: Jahrbuch

Jahrbuch des Historischen Kollegs 1995:

Arnold Esch

Rom in der Renaissance. Seine Quellenlage als methodisches Problem

Manlio Bellomo

Geschichte eines Mannes: Bartolus von Sassoferrato und die moderne europäische Jurisprudenz

František Šmahel

Das verlorene Ideal der Stadt in der böhmischen Reformation

Alfred Haverkamp

„... an die große Glocke hängen“. Über Öffentlichkeit im Mittelalter

Hans-Christof Kraus

Montesquieu, Blackstone, De Lolme und die englische Verfassung des 18. Jahrhunderts

1996, VIII, 180 S. ISBN 3-486-56176-6

Jahrbuch des Historischen Kollegs 1996:

Johannes Fried

Wissenschaft und Phantasie. Das Beispiel der Geschichte

Manfred Hildermeier

Revolution und Kultur: Der „Neue Mensch“ in der frühen Sowjetunion

Knut Schulz

Handwerk im spätmittelalterlichen Europa. Zur Wanderung und Ausbildung von Lehrlingen in der Fremde

Werner Eck

Mord im Kaiserhaus? Ein politischer Prozeß im Rom des Jahres 20 n. Chr.

Wolfram Pyta

Konzert der Mächte und kollektives Sicherheitssystem: Neue Wege zwischenstaatlicher Friedenswahrung in Europa nach dem Wiener Kongreß 1815

1997, VIII, 202 S. ISBN 3-486-56300-9

Oldenbourg

Schriften des Historischen Kollegs: Jahrbuch

Jahrbuch des Historischen Kollegs 1997:

Eberhard Weis

Hardenberg und Montgelas. Versuch eines Vergleichs ihrer Persönlichkeiten und ihrer Politik

Dietmar Willoweit

Vom alten guten Recht. Normensuche zwischen Erfahrungswissen und Ursprungslegenden

Aharon Oppenheimer

Messianismus in römischer Zeit. Zur Pluralität eines Begriffes bei Juden und Christen

Stephen A. Schuker

Bayern und der rheinische Separatismus 1923–1924

Gerhard Schuck

Zwischen Ständeordnung und Arbeitsgesellschaft. Der Arbeitsbegriff in der frühneuzeitlichen Policey am Beispiel Bayerns

1998, VIII, 167 S. ISBN 3-486-56375-0

Jahrbuch des Historischen Kollegs 1998:

Peter Pulzer

Der deutsche Michel in John Bulls Spiegel: Das britische Deutschlandbild im 19. Jahrhundert

Gerhard Besier

„The friends ... in America need to know the truth ...“

Die deutschen Kirchen im Urteil der Vereinigten Staaten (1933–1941)

David Cohen

Die Schwestern der Medea. Frauen, Öffentlichkeit und soziale Kontrolle im klassischen Athen

Wolfgang Reinhard

Staat machen: Verfassungsgeschichte als Kulturgeschichte

Lutz Klinkhammer

Die Zivilisierung der Affekte. Kriminalitätsbekämpfung im Rheinland und in Piemont unter französischer Herrschaft 1798–1814

1999, 193 S., ISBN 3-486-56420-X

Oldenbourg

Schriften des Historischen Kollegs: Jahrbuch

Jahrbuch des Historischen Kollegs 1999:

Jan Assmann

Ägypten in der Gedächtnisgeschichte des Abendlandes

Thomas A. Brady

Ranke, Rom und die Reformation: Leopold von Rankes Entdeckung des Katholizismus

Harold James

Das Ende der Globalisierung: Lehren aus der Weltwirtschaftskrise

Christof Dipper

Helden überkreuz oder das Kreuz mit den Helden. Wie Deutsche und Italiener die Heroen der nationalen Einigung (der anderen) wahrnahmen.

Felicitas Schmieder

„... von etlichen geistlichen leyen“. Definitionen der Bürgerschaft im spätmittelalterlichen Frankfurt

2000, VI, 199 S., 7 Abb., ISBN 3-486-56492-7

